

REVUE LAMY

# Droit Civil

## Présentation de la réforme du droit des sûretés issue de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021

*Par Olivier GOUT*

– Pas de prise en considération de la pension de réversion née du chef d'un précédent conjoint dans l'évaluation du préjudice économique du conjoint survivant

*Par Anne-Catherine RICHTER*

– Le nouveau régime juridique du cautionnement réel : entre révolution et imperfections

*Par Michael TOTA*

– Un negotium ne peut en cacher un autre au sein d'un même instrumentum !

De la nécessité de la signature du cautionnement à l'aune de la réforme des sûretés

*Par Anaïs DÉPINOY*

– Chronique du droit des biens (juin – octobre 2021)

*Par Sandie LACROIX-DE SOUSA*

**198** | MENSUEL  
DÉCEMBRE 2021

# SOMMAIRE

REVUE LAMY

## Droit Civil

### CONSEIL SCIENTIFIQUE

Président Jacques MESTRE

**Bernard Beignier** : Professeur de droit privé,  
Doyen honoraire de la Faculté de droit de  
l'Université Toulouse 1 Capitole

**Philippe Brun** : Agrégé des facultés de droit,  
Avocat général en service extraordinaire  
à la Cour de cassation

**Rémy Cabrillac** : Professeur à la Faculté  
de droit de Montpellier I

**Bruno Camille** : Avocat

**Pierre Crocq †** : Professeur à l'Université  
Panthéon-Assas (Paris I)

**Philippe Delebecque** : Professeur à l'Université  
Panthéon-Sorbonne (Paris I)

**Bertrand Fages** : Professeur à l'Université  
Panthéon-Sorbonne (Paris I)

**Michel Giray** : Notaire à Paris

**Jean-Pierre Gridel** : Conseiller doyen  
à la Cour de cassation

**Hervé Lécuyer** : Professeur à l'Université  
Panthéon-Assas (Paris II)

**Denis Mazeaud** : Professeur à l'Université  
Panthéon-Assas (Paris II)

**Philippe Pierre** : Professeur à l'Université de Rennes I

**Éditeur** : WOLTERS KLUWER FRANCE • SAS au capital  
de 75 000 000 € • Siège social : 7, rue Emmy Noether -  
93400 Saint Ouen 17 RCS Bobigny 480 081 306  
• Associé unique : Holding Wolters Kluwer France

**Président, Directeur de publication** : Hubert Chemla  
**Directeur scientifique** : Jacques Mestre  
**Directrice des éditions, Droit général** :  
Sylvie Duras

**Responsable du Marché Avocats, Notaires et  
Huissiers de Justice** : Rachel Mourier

**Rédacteur en chef** : Sylvie de Roumefort  
sylvie.deroumefort@wolterskluwer.com

**Responsable de rubriques** : Sabine Dubost  
sabine.dubost@wolterskluwer.com

**Avec la collaboration de** :  
Marion Desolneux, Stavroula Koulocheri,  
Morgane Mayeux et Adrien Rouvet

N° Commission paritaire : 0224 T 84 333

Dépôt légal : à parution

N° ISSN : 1768-4099

Abonnement annuel : 604,43 € TTC

Prix au numéro : 54,95 € TTC

Périodicité mensuelle

Service clients : contact@wkl.fr

 **N°Cristal 09 69 39 58 58**

APPEL NON SURTAXE

Imprimerie : BIALEC - 23 allée des Grands Pâquis,  
54180 Heillecourt



Origine du papier : Pologne  
Taux de fibres recyclées : 0%  
Certification : PEFC N°2011-SKM-PEFC-43

Eutrophisation : Ptot 0,006 kg / tonne

Cette revue peut être référencée de la manière  
suivante : **RLDC 2021/198, n° 7017** (année/n° de  
la revue, n° du commentaire)



Suivez aussi la Revue Lamy Droit civil  
sur Twitter : @RLDCLamy



Wolters Kluwer

## ACTUALITÉ

LES ESSENTIELS ..... 5

### CONTRAT

- Présomption d'onérosité dans le contrat de mandat : l'influence de la qualité de professionnel éclipsée par le contexte familial  
Par Claire ROSSETTO ..... 10

### PATRIMOINE

- Pas de prise en considération de la pension de réversion née du chef d'un précédent conjoint dans l'évaluation du préjudice économique du conjoint survivant  
Par Anne-Catherine RICHTER ..... 13

### SÛRETÉS

- Présentation de la réforme du droit des sûretés issue de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021  
Par Olivier GOUT ..... 17
- Le nouveau régime juridique du cautionnement réel : entre révolution et imperfections  
Par Michael TOTA ..... 24
- Réforme du droit des sûretés. Retour sur deux évolutions importantes pour les banquiers : la mise en garde de la caution et la proportionnalité du cautionnement  
Par Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE ..... 29
- Un negotium ne peut en cacher un autre au sein d'un même instrumentum ! De la nécessité de la signature du cautionnement à l'aune de la réforme des sûretés  
Par Anaïs DÉPINOY ..... 33

## RENDEZ-VOUS

### LE MOT DU MOIS

- Image  
Par Cédric LATIL ..... 39

## PANORAMA

### DROIT DES BIENS

- Chronique du droit des biens (juin – octobre 2021)  
Par Sandie LACROIX-DE SOUSA ..... 42

## TABLE ANNUELLE

- Table annuelle 2021 ..... 48

Crédit photos : Getty Images



Par Jacques MESTRE

Directeur scientifique  
de la Revue Lamy Droit civil

## DE PASSAGE...

Il y a quelques mois, la Chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>(1)</sup> a rendu une décision, justement remarquée par les spécialistes de droit des sociétés et de droit financier, mais en revanche un peu délaissée par les civilistes qui, pourtant, pourraient y déceler une notion juridiquement intéressante : celle de la personne de passage. Alors, comme il n'est jamais trop tard pour... flâner un peu, arrêtons-nous quelques instants sur elle.

Au cœur de cet arrêt, la visite du siège social d'une société par des enquêteurs de l'Autorité des Marchés Financiers, autorisés de l'effectuer par une ordonnance du Premier président de la cour d'appel de Paris, confirmant la décision d'un juge des libertés et de la détention. Dans les locaux visités, s'était en effet réuni ce jour-là un conseil d'administration de la société. D'où la question de savoir si ces enquêteurs pouvaient valablement saisir, comme ils s'en étaient reconnus le droit, les ordinateurs portables et les téléphones mobiles des administrateurs. Le délégué du Premier président de la cour d'appel de Paris avait opté pour l'affirmative en observant que l'article L. 621-12 du Code monétaire et financier vise, pour le bon déroulement des visites et saisies destinées à rechercher d'éventuelles infractions aux articles L. 465-1 et suivants du Code monétaire et financier, « l'occupant des lieux ou son représentant », et que cet occupant doit être envisagé, non pas comme le propriétaire, le locataire ou encore le sous-locataire du local visité mais, très factuellement, comme « la personne se trouvant à l'intérieur de ce local, peu important que cette personne soit un occupant sans droit ni titre ».

Or, la Chambre commerciale a exercé sa censure au visa tant de cet article L. 621-12 que de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en rappelant que « l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et de la correspondance que constitue la saisie de données électroniques n'est tolérée que si elle est prévue par la loi, poursuit un but légitime et est nécessaire dans une société démocratique, pour atteindre ce but » et en concluant que « la simple présence de Mme U... au siège social le jour de la visite ne lui conférerait pas la qualité d'occupant des lieux au sens de l'article L. 621-12 du Code monétaire et financier ». À côté des occupants, avec droit et titre,

il y a donc place, de manière temporaire, pour la simple personne de passage, dont la vie privée mérite ici une protection renforcée.

Une personne de passage, au demeurant, assez fuyante dans notre droit car, à notre connaissance du moins, aucune disposition légale particulière ne la vise expressément. Tout juste est-il possible de l'entrevoir implicitement dans l'application que les juges font de l'article 1735 du Code civil qui, sur le terrain du bail immobilier, amène le locataire à répondre des dégradations et pertes dues aux « personnes de sa maison ». En effet, dans la mise en œuvre de cette disposition, nos magistrats refusent de rattacher à cette qualification les simples clients que le professionnel libéral reçoit ponctuellement dans les lieux qu'il loue ou encore les camarades ou invités de passage du locataire<sup>(2)</sup>. Et encore, cette appréhension reste-t-elle imparfaite puisque, en revanche, le plombier auquel le locataire a fait appel a été, pour sa part, qualifié de personne de la maison<sup>(3)</sup>, et il en a été de même du déménageur qui, par hypothèse, se contente pourtant de réaliser un tout dernier passage dans les lieux<sup>(4)</sup> !

C'est dire qu'une théorie générale des personnes de passage serait assurément bien difficile à construire, d'autant que de cette catégorie devraient encore être soigneusement distingués... les passagers auxquels la Cour de justice de l'Union européenne<sup>(5)</sup> vient de dédier un bel arrêt en précisant notamment, s'agissant d'un transport maritime prévu entre Dublin et Cherbourg, que lorsqu'un service de transport de passagers est annulé et qu'aucun service de transport de substitution sur la même liaison n'existe, le transporteur reste tenu de proposer au passager un réacheminement dans les conditions comparables et dans les meilleurs délais, au besoin en recourant au transport routier ou ferroviaire et en prenant en charge les éventuels surcoûts. Et, sans doute devraient-elles l'être aussi des clients de passage auxquels se réfère, quant à lui, l'article L. 324-1-1 du Code du tourisme lorsqu'il définit les meublés de tourisme comme « des villas, appartements ou stu-

(1) Cass. com., 14 oct. 2020, n<sup>os</sup> 18-15.840 et 18-17.174, Rev. sociétés sept. 2021, p. 524, note Reygrobbellet A.

(2) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 21 nov. 1968, Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 478 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 juin 2004, n<sup>o</sup> 03-12.528, Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 119.

(3) Cass. soc., 29 mai 1954, D. 1954, p. 571 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 janv. 2000, n<sup>o</sup> 98-12.697, Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 9.

(4) CA Dijon, 20 nov. 1980, D. 1981, IR, 225.

(5) CJUE, 2 sept. 2021, aff. C-570/19, *Irish Ferries Ltd*.

*dios meublés, à l'usage exclusif du locataire, offerts à la location à une clientèle de passage qui n'y élit pas domicile et qui effectue un séjour caractérisé par une location à la journée, à la semaine ou au moins » ... Car, à l'évidence, demeurer ainsi plusieurs jours au même endroit fonde une occupation qui ne s'accorde pas avec un simple passage marqué, par hypothèse, du sceau de la précarité.*

À moins, toutefois, qu'on ne passe insensiblement de la personne de passage au passage lui-même ! Car alors, c'est tout un droit, conçu non seulement pour les personnes mais aussi pour les biens, les affaires, les faits illicites ou même les opérations militaires qui pourrait se retrouver... mobilisé, depuis les fameuses servitudes de passage auxquelles s'intéressent de nombreux codes<sup>(6)</sup>, jusqu'au

passage à l'acte, cher aux criminologues et pénalistes, en faisant un détour intéressé par le passage des chalands à proximité du fonds de commerce, le droit de passage prévu pour un bon exercice du droit de pêche (C. env., art. L. 435-6), celui reconnu aux navires étrangers dans les eaux territoriales françaises (C. défense, art. R. 1522-1) et même le logement des troupes de passage dont se préoccupe le Code de la défense lorsqu'il reconnaît une indemnité au bénéfice de ceux qui l'assumeront (C. défense, art. L. 2234-8).

Bref, passer n'est pas aussi neutre qu'on pourrait, de prime abord, le croire. Il en reste bien toujours quelques traces, comme s'il y avait dans le simple passage une tentation inavouée d'éternité ! ■

---

(6) C. civ., art. 685 et s., mais aussi C. urb., art. R. 121-13 s. et C. rur., art. L. 152-13 et s.

## CONTRAT

→ RLDC 7017

### Prêt immobilier : TEG et frais de notaire et de publication

Les frais de notaire et de publication doivent être intégrés dans le TEG, sauf si le prêteur prouve qu'ils n'étaient pas déterminables à la date de signature de l'acte authentique.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 nov. 2021, n° 20-14.382, D

Le 17 juin 2011, une banque consent un prêt immobilier à une société. Le remboursement de ce prêt, réitéré par acte notarié du 24 juin 2011, est garanti par le cautionnement d'une personne physique et l'inscription d'un privilège de prêteur de deniers. Invoquant l'existence d'une erreur affectant le calcul du taux effectif global (TEG), l'emprunteur assigne la banque en annulation de la clause stipulant l'intérêt conventionnel. Il demande que soient réintégrés dans le calcul du TEG les frais d'information annuelle de la caution et les frais de notaire et de publication du privilège du prêteur de deniers. Les juges du fond rejettent sa demande d'annulation de la clause litigieuse. Le prêteur se pourvoit en cassation. Concernant les frais d'information annuelle de la caution, la Cour de cassation rappelle sa position. La cour d'appel a retenu à bon droit que ces frais, ne constituant pas une condition d'octroi du prêt, n'avaient pas à être intégrés dans le calcul du TEG (sur l'affirmation de ce principe, voir Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 oct. 2014, n° 13-19.241 et Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 oct. 2015, n° 14-19.747).

En revanche, au visa de l'article 1315 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, et de l'article L. 313-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, l'arrêt est cassé sur le refus d'intégrer les frais d'acte et de garantie.

Il résulte du second de ces textes que, « pour la détermination du TEG du prêt, comme pour celle du taux effectif pris comme référence, sont ajoutés aux intérêts les frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects, y compris ceux qui sont payés ou dus à des intermédiaires intervenus de quelque manière que ce soit dans l'octroi du prêt, même si ces frais, commissions ou rémunérations correspondent à des débours réels, mais que le taux effectif global d'un prêt immobilier constaté par acte notarié ne comprend pas les frais d'établissement de l'acte et ceux liés aux garanties qui assortissent le prêt, lorsque leur montant ne peut être connu avant la conclusion du contrat, ce qu'il incombe au prêteur de prouver. »

La Cour de cassation vient rappeler que c'était à la banque qu'il incombait de prouver que ces frais n'étaient pas déterminables, en se plaçant à la date d'établissement de l'acte notarié le 24 juin 2011, et non à celle de l'offre de prêt acceptée. La cour d'appel, en retenant que l'emprunteur ne démontrait pas que ces frais étaient déterminables avec précision le 17 juin 2011 et que les frais d'acte et de garantie n'avaient pas à être inclus dans le calcul du TEG, a inversé la charge de la preuve et violé les textes visés ci-dessus.

■ Sylvie de ROUMEFORT

Pour aller plus loin, voir *Le Lamy Droit du contrat*, n° 1369 et *Le Lamy Droit immobilier*, n° 4491.

→ RLDC 7018

### Le dol du mandataire engage-t-il la responsabilité du mandant ? La Chambre mixte tranche

La responsabilité civile du mandant n'est engagée que si la victime prouve que celui-ci a participé personnellement aux manœuvres dolosives commises par le mandataire dans l'exercice de son mandat.

Cass. ch. mixte, 29 oct. 2021, n° 19-18.470, B+R

La victime du dol peut intenter une action annulation de la convention pour vices du consentement. Si elle s'abstient de demander la nullité du contrat, elle dispose néanmoins d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir réparation du préjudice qu'elle a subi. Mais à l'encontre du mandataire seul ou à l'encontre du mandataire et de son mandant ? La jurisprudence étant hésitante sur cette question – ainsi que la doctrine – la Chambre commerciale a renvoyé l'affaire devant la Chambre mixte qui y répond.

**Les faits.** – Une holding, détenue à 65 % par une famille (l'époux 45 %, l'épouse 5 %, les trois enfants 5 % chacun), et à 35 % par un fonds d'investissement, est cédée en totalité, l'époux agissant en son nom personnel et comme mandataire des autres membres de la famille. L'acquéreur demande l'annulation partielle du protocole de cession pour dol estimant que le projet de départ du directeur général de la holding annoncé peu de temps avant la cession lui avait été caché, alors que l'une des conditions du rachat était l'existence au sein du groupe d'une direction stable et autonome. Puis, il renonce à demander l'annulation de la cession et limite sa demande à l'indemnisation de son préjudice à raison du dol subi, avec condamnation *in solidum* de tous les défendeurs en réparation de celui-ci.

Le tribunal de commerce retient l'existence d'un dol et condamne *in solidum* le mandataire, son épouse et les enfants à payer à l'acquéreur la somme de 600 000 euros. La cour d'appel confirme le jugement mais réduit le montant des dommages-intérêts à 400 000 euros, l'infirmité sur les condamnations *in solidum* de l'épouse et des enfants.

Le pourvoi de l'acquéreur est rejeté.

**Textes applicables.** – La Chambre mixte rappelle que la victime du dol a le choix entre :

- d'une part, la demande d'annulation de la convention pour vices du consentement, sur le fondement des articles 1137 et 1178, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil (auparavant de l'article 1116 du même code, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016) ;
- et d'autre part, une demande d'indemnisation en réparation du préjudice subi à raison du dol, sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil (auparavant des articles 1382 et 1383 du même code).

**Preuve de la faute personnelle du mandant.** – Pour l'Avocat général, le dol du mandataire doit être assimilé au dol du mandant, à l'instar de ce qui se juge au Royaume-Uni et aux Pays-Bas. La Chambre mixte en décide autrement : « Si le mandant est, en vertu de l'article 1998 du Code civil, contractuellement responsable des dommages subis du fait de l'inexécution des engagements contractés par son mandataire dans les limites du mandat conféré

ré, les manœuvres dolosives du mandataire, dans l'exercice de son mandat, n'engagent la responsabilité du mandant que s'il a personnellement commis une faute, qu'il incombe à la victime d'établir. »

La cour d'appel a retenu l'existence de manœuvres dolosives de la part de l'époux pour ne pas avoir révélé à l'acquéreur les doutes du directeur général de la holding sur le projet de reprise, la perspective de son prochain départ, et au contraire en laissant croire la réelle implication de celui-ci dans ce projet. Mais elle a estimé qu'aucun élément ne permettait d'établir que l'épouse et les enfants du mandataire avaient personnellement participé à ces arrangements dolosifs. Il en résultait qu'aucune faute de leur part n'était démontrée. La Chambre mixte approuve les juges du fond d'en avoir exactement déduit que leur responsabilité civile ne pouvait être engagée du seul fait d'avoir donné mandat à leur époux et père de céder leurs actions. ■ S. de R.

Pour aller plus loin, voir *Le Lamy Droit du contrat*, n° 648 et *Le Lamy Droit de la responsabilité*, n° 230-57.

## RESPONSABILITÉ

→ RLDC 7019

### Obligation de conseil et de mise en garde de l'avocat rédacteur d'actes

L'avocat rédacteur d'actes est titulaire d'une obligation de mise en garde concernant les effets et les risques des stipulations convenues.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 nov. 2021, n° 20-12.235, B

Les acquéreurs reprochent à l'avocat d'avoir manqué à ses obligations de conseil, d'information, et de mise en garde en ne les alertant pas sur le caractère précaire des concessions de cellules situées sur le domaine public. Pour ces raisons, ils décident de l'assigner en responsabilité et indemnisation. Sans succès, les juges du fond écartent tout manquement de l'avocat à ses obligations. En effet, l'arrêt retient « qu'il résulte des actes de concession annexés à l'acte de vente des parts sociales, par lui dressé, que les lieux dans lesquels la société exploitait le fonds de commerce étaient situés sur le domaine public et que, même si certaines dispositions se référaient à la notion de bail, la dénomination de ces actes annexés était claire, de sorte que Monsieur et Madame X avaient été informés des limites de leurs droits ».

La Haute juridiction ne partage pas cette analyse. La première chambre civile estime qu'il résulte de l'article 1147 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, que « l'avocat rédacteur d'acte est tenu à l'égard de toutes les parties, quelles que soient leurs compétences personnelles, d'une obligation de conseil et, le cas échéant, de mise en garde en ce qui concerne, notamment, les effets et les risques des stipulations convenues et que l'existence d'une clause claire dans l'acte ne le dispense pas de les informer sur les conséquences qui s'y attachent ». Au cas particulier, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel d'avoir statué comme elle l'a fait sans rechercher si l'avocat avait spécialement mis en garde les acqué-

reurs concernant les risques que comportait l'exploitation par la société en cause d'un fonds de commerce comportant de telles spécificités. ■ Adrien ROUVET

## PATRIMOINE

→ RLDC 7020

### Créance sur succession : financement du domicile familial par la vente d'un bien acquis en indivision

Lorsqu'un bien dépendant d'une indivision est aliéné avec le consentement des indivisaires, le prix de vente se substitue à la chose vendue dans la masse indivise.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 nov. 2021, n° 20-10.561, D

En l'espèce, au cours des opérations de comptes, liquidation et partage de la succession de son mari décédé, l'épouse survivante demandait à se voir reconnaître une créance sur la succession au titre du financement de leur résidence principale.

Or, les époux avaient payé la partie du prix d'acquisition de ce bien provenant de leurs deniers personnels grâce au produit de la vente d'une villa acquise indivisément pour moitié chacun. Par ailleurs, l'épouse ne démontrait pas avoir financé par des fonds « propres » le surplus du prix.

Constatant cela, la cour d'appel saisie en a justement déduit que l'épouse ne pouvait se voir reconnaître de créance sur la succession au titre de l'acquisition dudit bien. ■ Sabine DUBOST

→ RLDC 7021

### Liquidation de l'indivision : quid des mensualités réglées par l'assurance emprunteur ?

Les mensualités d'un emprunt ayant permis l'acquisition d'un bien indivis réglées par l'assurance décès-invalidité ne sont pas à inscrire au passif de l'indivision.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 oct. 2021, n° 20-11.921, B

Deux personnes, qui vivaient alors en concubinage, avaient acquis en indivision un immeuble, chacun pour moitié, au moyen de deux emprunts souscrits solidairement, pour lesquels ils avaient adhéré à une assurance garantissant, en cas d'invalidité, le remboursement de la totalité du prêt restant dû.

Après la séparation du couple et la vente du bien, des difficultés se sont élevées à l'occasion de la liquidation de l'indivision. L'ex-concubin demandait notamment l'inscription au passif de l'indivision des mensualités de remboursement des deux emprunts réglées pendant un an par l'assurance emprunteur à la suite de son invalidité.

À tort, confirme la Cour de cassation sur le fondement de l'article 815-13 du Code civil : la cour d'appel a retenu à bon droit que



l'ex-concubin, qui n'avait exposé aucune dépense au moyen de ses deniers personnels pendant cette période, n'était pas fondé à obtenir de l'indivision une indemnité correspondant aux sommes ainsi versées pour son compte. Et d'ajouter qu'en effet, l'établissement prêteur ayant, par l'effet de la stipulation ainsi faite à son profit, directement recueilli l'indemnité versée par l'assureur qui s'était substitué à l'assuré pour le remboursement du solde des prêts garantis, cette indemnité n'était jamais entrée dans le patrimoine de l'ex-concubin.

À noter, dans cette affaire, la Cour de cassation a également estimé que les sommes payées seul par l'ex-concubin au titre de l'assurance habitation participaient à la conservation de l'immeuble et devaient être imputées 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. ■ S. D.

## PROCÉDURE

→ RLDC 7022

### La procédure civile est de nouveau modifiée !

Un décret du 11 octobre 2021 a apporté de nouvelles modifications.

D. n° 2021-1322, 11 oct. 2021, JO 13 oct.

Le décret n° 2021-1322 du 11 octobre 2021 (JO 13 oct.) relatif à la procédure d'injonction de payer, aux décisions en matière de contestation des honoraires d'avocat et modifiant diverses dispositions de procédure civile a apporté les modifications suivantes :

**Sur le délai de remise de l'assignation à date au greffe.** – Le décret clarifie les règles de procédure civile relatives à l'assignation à date. Son 1<sup>er</sup> article modifie les dispositions l'article 754 du Code de procédure civile faisant partie des dispositions communes applicables devant le tribunal judiciaire ainsi que l'article 1108 du même code relatif au divorce et à la séparation de corps judiciaire. La distinction entre les deux délais à respecter quant à la remise au greffe de l'assignation à date signifiée par l'huissier de justice ne s'applique plus. Le délai de deux mois à compter de la communication par RPVA (réseau privé virtuel des avocats) de la date d'audience n'existant plus, seul est maintenu le délai de quinze jours avant la date de l'audience. Cette modification est entrée en vigueur au 14 octobre 2021 (décret, art. 8-II-1°).

**Sur le dépôt du dossier en matière de procédure écrite ordinaire.** – Le décret rétablit la possibilité de procéder au dépôt du dossier en procédure écrite. Son article 2-1° ajoute un alinéa après le 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 799 du Code de procédure civile (CPC) qui énonce que « Le président ou le juge de la mise en état, s'il a reçu délégation à cet effet, peut également, à la demande des avocats, et après accord, le cas échéant, du ministère public, autoriser le dépôt des dossiers au greffe de la chambre à une date qu'il fixe, quand il lui apparaît que l'affaire ne requiert pas de plaidoiries ». Il convient d'en déduire que les modifications apportées concernent les dossiers dans lesquels l'affaire ne nécessite pas de plaidoirie et pour lesquels les avocats ont fait une demande. Elles sont entrées

en vigueur au 1<sup>er</sup> novembre 2021 et s'appliquent aux instances en cours à cette date (décret, art. 8-I).

**Sur le recours à une procédure judiciaire de tentative de conciliation préalable.** – Le décret précise l'articulation entre l'obligation de tenter un mode alternatif de règlement des différends préalable à la saisine du juge et la possibilité de saisir la juridiction d'une demande de conciliation. Son article 2-2° interdit désormais le recours à une procédure judiciaire de tentative de conciliation préalable lorsqu'un mode alternatif de règlement des différends doit être tenté. Il ajoute un 1<sup>er</sup> alinéa à l'article 820 du CPC qui énonce « La demande en justice peut être formée aux fins de tentative préalable de conciliation hors les cas dans lesquels le premier alinéa de l'article 750-1 s'applique ». Cette modification est entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> novembre 2021 et est applicable aux instances en cours à cette date (décret, art. 8-I).

**Sur la représentation obligatoire devant le tribunal de commerce.** – L'article 2-3° du décret apporte des précisions sur les dérogations possibles en matière de représentation obligatoire par avocat devant le tribunal de commerce. Il ajoute un alinéa dans l'article 853 du CPC précisant que « L'État, les régions, les départements, les communes et leurs établissements publics peuvent se faire assister ou représenter par un fonctionnaire ou un agent de leur administration ». Cette modification est entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> novembre 2021 et est applicable aux instances en cours à cette date (décret, art. 8-I).

**Sur l'acte introductif d'instance devant le tribunal paritaire des baux ruraux.** – L'article 2-4° du décret modifie le 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 885 du CPC : les mots « 54 à 57 » sont remplacés par les mots « 54, 56 à l'exception de ses deuxième et cinquième alinéas, et 57 ». Ainsi, il ne faut plus indiquer dans l'acte introductif d'instance devant le tribunal paritaire des baux ruraux la date d'audience et les modalités de comparution devant cette juridiction. Ces modifications sont entrées en vigueur au 1<sup>er</sup> novembre 2021 et sont applicables aux instances en cours à cette date (décret, art. 8-I).

**Sur la rédaction de la déclaration d'appel.** – L'article 2-5° du décret modifie le 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 901 qui énoncera « La déclaration d'appel est faite par acte contenant, outre les mentions prescrites par les 2° et 3° de l'article 54 et par le cinquième [au lieu de « troisième »] alinéa de l'article 57, et à peine de nullité : ». Il modifie ainsi le contenu de la déclaration d'appel en matière de procédure ordinaire avec représentation obligatoire. Le 5<sup>e</sup> alinéa de l'article 57 se rapporte à la nécessité de dater et signer la déclaration d'appel. La modification apportée par le décret est peu compréhensible dans le sens où la nécessité de signer la déclaration d'appel est déjà prévue dans l'article 901 du CPC. Elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2021 et est applicable aux instances en cours à cette date (décret, art. 8-I).

**Sur la procédure d'injonction de payer.** – L'article 3 du décret simplifie la procédure d'injonction de payer en prévoyant que l'ordonnance portant injonction de payer est immédiatement revêtue de la formule exécutoire. Plus précisément :

- l'article 1407 du CPC énoncera que « La demande est formée par requête remise ou adressée, selon le cas, au greffe par le créancier ou par tout mandataire. Outre les mentions prescrites par l'article 57, la requête contient l'indication précise du montant de la somme réclamée avec le décompte des différents éléments de la créance, le fondement de celle-ci ainsi que le bordereau des documents justificatifs produits à l'appui de la requête. Elle est accompagnée de ces documents » ;

- l'article 1410 énoncera que « L'ordonnance portant injonction de payer et la requête sont conservées à titre de minute au greffe. En cas d'acceptation de la requête, le greffe remet au requérant une copie certifiée conforme de la requête et de l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire et lui restitue les documents produits. En cas de rejet de la requête, celle-ci et les documents produits sont restitués au requérant » ;
- l'article 1411 énoncera que « Une copie certifiée conforme de la requête et de l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire est signifiée, à l'initiative du créancier, à chacun des débiteurs. Les documents justificatifs produits à l'appui de la requête sont joints à la copie de la requête signifiée. L'ordonnance portant injonction de payer est non avenue si elle n'a pas été signifiée dans les six mois de sa date » ;
- l'article 1413 énoncera également que l'acte de signification de l'ordonnance portant injonction de payer indique de manière très apparente le délai dans lequel l'opposition doit être formée, le tribunal devant lequel elle doit être portée ainsi que les modalités selon lesquelles ce recours peut être exercé ;
- l'article 1415 énoncera également qu'à peine de nullité, l'opposition mentionne l'adresse du débiteur ;
- un nouvel article 1419-1 énoncera que « Le désistement du débiteur qui a formé opposition obéit aux règles prévues aux articles 400 à 405 » ;
- l'article 1422 sera remplacé par les dispositions suivantes : « Quelles que soient les modalités de la signification, le délai d'opposition prévu au premier alinéa de l'article 1416 est suspensif d'exécution. L'opposition formée dans ce délai est également suspensive. L'ordonnance ne constitue un titre exécutoire et ne produit les effets d'un tel titre ou d'une décision de justice qu'à l'expiration des causes suspensives d'exécution prévues au premier alinéa. Elle produit alors tous les effets d'un jugement contradictoire. Elle n'est pas susceptible d'appel même si elle accorde des délais de paiement » ;
- les articles 1423 et 1424 seront abrogés.

Ces modifications entreront en vigueur à une date fixée par arrêté du garde des Sceaux, ministre de la Justice, et au plus tard le 1<sup>er</sup> mars 2022 (décret, art. 8-II-2°).

**Sur la procédure participative aux fins de mise en état.** – Le décret supprime le caractère automatique de la purge des vices de procédure et fins de non-recevoir lors de la conclusion d'une convention de procédure participative. Son article 4 améliore la procédure participative aux fins de mise en état. L'article 1546-1 du CPC est

ainsi rédigé : « Les parties peuvent conclure une convention de procédure participative aux fins de mise en état à tout moment de l'instance.

Les parties ont, à tout moment, la possibilité de renoncer expressément à se prévaloir de toute fin de non-recevoir, de toute exception de procédure et des dispositions de l'article 47, à l'exception de celles qui surviennent ou sont révélées postérieurement à la signature de la convention de procédure participative.

Lorsque les parties et leurs avocats justifient avoir conclu une convention de procédure participative aux fins de mise en état, le juge peut, à leur demande, fixer la date de l'audience de clôture de l'instruction et la date de l'audience de plaidoiries. Il renvoie l'examen de l'affaire à la première audience précitée. À défaut de demande en ce sens, le juge ordonne le retrait du rôle ».

Par ailleurs, le décret confère à l'expertise décidée dans ce cadre une valeur identique à celle de l'expertise judiciaire. Son article 4 modifie l'article 1554 du CPC qui, concernant le rapport élaboré par le technicien choisi par les parties dans le cadre de la convention de procédure participative aux fins de mise en état, énoncera que « le rapport a valeur de rapport d'expertise judiciaire ».

Ces modifications sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2021 et sont applicables aux instances en cours à cette date (décret, art. 8-I).

**Sur les autres modifications.** – Le décret apporte enfin des modifications :

- à l'article 31 de l'annexe du CPC relative à son application dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle (décret, art. 5). Ces modifications sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2021 et sont applicables aux instances en cours à cette date (décret, art. 8-I) ;
  - aux articles 175-1, 177, 178, 283, 283-1, 284 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 (JO 28 nov.) organisant la profession d'avocat (décret, art. 6). En effet, certaines décisions rendues par le bâtonnier peuvent de plein droit être rendues exécutoires nonobstant l'existence d'un recours ; le bâtonnier peut prévoir une telle possibilité, le cas échéant en fixant des conditions et garanties prévues par le Code de procédure civile. Ces modifications sont applicables aux réclamations introduites depuis de la date d'entrée en vigueur du décret (décret, art. 8-II-3°) ;
  - aux articles 1575 et 1578 du CPC (décret, art. 7, 8-I et 8-II-4°). ■
- Stavroula KOULOCHERI**

## En bref...

PATRIMOINE

ASSEMBLÉE  
NATIONALE

## Pacs à répétition : pas de modification législative à venir

Le ministre de l'Intérieur a été interrogé sur les cas d'enregistrements et de dissolutions de Pacs à répétition, ce que la législation actuelle permet. Après avoir indiqué que les déclarations, les modifications et les dissolutions de Pacs sont, depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2017, enregistrées en mairie (L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, art. 48, compétences auparavant dévolues aux greffiers des tribunaux d'instance), le ministre a également rappelé les modalités de dissolution d'un Pacs, qui peut s'effectuer par déclaration conjointe des partenaires ou décision unilatérale de l'un d'eux. Dans tous les cas, l'officier de l'état civil doit vérifier que l'ensemble des pièces requises lui ont bien été produites (D. n° 2006-1806, 23 déc. 2006, art. 4 et art. 5). En outre, à l'occasion de l'enregistrement d'un Pacs, l'officier de l'état civil doit notamment s'assurer que les futurs partenaires consentent valablement à organiser leur vie commune telle que le précise leur convention de Pacs. Il peut également leur rappeler les dispositions des articles 515-1 et 515-4 du Code civil, ainsi que leur attestation sur l'honneur de résidence commune. Ces préconisations permettent d'éviter la banalisation de la conclusion et de la dissolution des Pacs.

Aussi, le ministre considère que les vérifications et formalités opérées par l'officier de l'état civil sont moindres qu'en matière de mariage, lequel nécessite une publication des bans, l'audition des futurs époux sauf si elle n'est pas estimée nécessaire, le contrôle de pièces supplémentaires telles que celles relatives aux témoins ainsi qu'une cérémonie publique. Ainsi, en l'état, le

Gouvernement n'envisage pas de modifier les dispositions applicables aux Pacs. (Rép. min. à QE n° 22688, JOAN Q. 12 oct. 2021, p. 7568) ■

Marion DESOLNEUX



## Surendettement des particuliers et impôt sur le revenu

Selon la Cour de cassation, l'impôt sur le revenu ne constitue pas une dette professionnelle, mais personnelle, quelle que soit la source de ce revenu. Elle doit être distinguée de la dette due au titre de la TVA, qui est de nature professionnelle. En l'espèce, des époux ont formé un recours contre la décision d'une commission de surendettement des particuliers ayant préconisé un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire afin d'effacer leurs dettes, principalement fiscales, dues à la suite du contrôle fiscal réalisé après la procédure pénale diligentée contre les époux pour des infractions en matière de stupéfiants et d'achats/ventes de véhicules avec l'argent issu de ce trafic.

Le tribunal a jugé que les époux étaient inéligibles à la procédure de surendettement des particuliers.

La cour d'appel a confirmé ce jugement, retenant que l'époux était redevable auprès de l'administration fiscale de sommes au titre de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) et de rehaussement de BIC et que ces deux créances fiscales ayant pris naissance dans l'activité professionnelle occulte de commerce de véhicules exercée par l'époux, elles revêtaient un caractère professionnel, justifiant qu'elles soient écartées pour étudier la situation de surendettement des débiteurs.

La Cour de cassation casse et annule l'arrêt rendu par la cour d'appel d'Amiens et renvoie l'affaire devant la cour d'appel de Douai. En effet, la Cour de cassation précise qu'il résulte de la combinaison des articles L. 711-1 du Code de la consommation et 1 A, 6 et 156 du Code général des impôts que « l'impôt sur le revenu, qui frappe le revenu annuel net global d'un foyer fiscal, quelle que soit la source de ce revenu, selon des moda-

lités prenant en considération la situation propre de ce foyer fiscal, n'est pas une dette professionnelle, mais personnelle ». Par conséquent, « la cour d'appel, qui, au surplus, n'a pas opéré une distinction entre la dette due au titre de la TVA, de nature professionnelle, et la dette d'impôt sur le revenu, de nature personnelle, a violé les textes susvisés ». (Cass 2<sup>e</sup> civ., 4 nov. 2021, n° 20-15.008, B) ■ Morgane MAYEUX

ASSEMBLÉE  
NATIONALE

## Comptes détenus à l'étranger : prochaine intégration dans FICOBA

Par réponse ministérielle en date du 20 juillet 2021, le Gouvernement a annoncé la prochaine inscription automatique au fichier des comptes bancaires (FICOBA) des comptes ouverts ou détenus par des résidents fiscaux français à l'étranger (Rép. min. à QE n° 39208, JOAN Q. 20 juill. 2021, p. 5742).

Rappelons que les notaires peuvent consulter directement les données de ce fichier pour le règlement des successions pour lesquelles ils ont été mandatés.

Interrogé sur la date de mise en œuvre de cette mesure ainsi que sur l'inclusion ou non dans FICOBA des actifs à l'étranger tombés en déshérence, le Gouvernement indique que la réécriture du fichier des comptes bancaires FICOBA qui est en cours et dont la mise en production est programmée en 2024 permettra de prendre en compte les IBAN qui ne sont pas français (ce qui n'est pas possible à l'heure actuelle en raison de l'obsolescence technique de l'actuel FICOBA). En parallèle, une étude est inscrite en 2022 au plan d'activité afin de prendre en compte ces nouvelles données à travers un couloir de valorisation du lac des données permettant ainsi de les collecter, stocker, analyser et de ce fait, pouvoir les mobiliser à titre d'informations et actions. (Rép. min. à QE n° 40502, JOAN Q. 19 oct. 2021, p. 7682) ■ S. D.



Par Claire ROSSETTO

Docteur en droit privé et sciences criminelles  
Qualifiée aux fonctions de maître de conférences  
Enseignant-chercheur contractuel à l'Université de Tours  
Membre de l'IRJI

→ RLDC 7023

## Présomption d'onérosité dans le contrat de mandat : l'influence de la qualité de professionnel éclipsée par le contexte familial

Par un arrêt en date du 5 novembre 2020, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a écarté l'application de la présomption d'onérosité dans un contrat de mandat à propos d'un litige opposant une avocate à son ex-mari.

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 nov. 2020, n° 19-20.314, B

**A**u cours de leur mariage, une épouse se charge de la défense des intérêts de son époux et de la sœur de ce dernier dans la succession de leur père. Aucune convention d'honoraire n'est conclue entre eux. Quelques mois avant leur divorce, l'avocate adresse une facture à son époux pour le paiement de ses diligences. Faute d'en avoir obtenu le versement, elle saisit le bâtonnier de son ordre d'une demande de fixation de ses honoraires. Le divorce prononcé, elle assigne son ex-mari en vue d'obtenir le paiement des sommes.

Le Premier président rejette la demande de l'avocate, estimant que cette dernière n'avait pas établi que le mandat lui avait été confié à titre onéreux<sup>(1)</sup>. L'avocate forme alors un pourvoi en cassation, arguant de deux principaux reproches contre l'ordonnance attaquée. D'une part, elle estime qu'il n'était pas dans le pouvoir du Premier président de se prononcer sur le caractère onéreux ou gratuit du mandat ; il lui appartenait seulement de statuer sur le montant et le recouvrement des honoraires. Il aurait ainsi violé l'article 174 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 en excédant son office. D'autre part, elle invoque la violation des articles 1986 et 1353 du Code civil : le Premier président aurait principalement inversé la charge de la preuve en considérant que c'était à l'avocate de démontrer le caractère onéreux du mandat, et non au client de prouver sa gratuité. D'après le demandeur, la présomption d'onérosité s'appliquant lorsque le service est rendu dans le cadre de la profession habituelle du mandataire aurait été écartée à tort.

Deux questions étaient ainsi essentiellement posées au juge de cassation. En premier lieu, l'article 174 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 empêche-t-il le juge de l'honoraire de statuer sur la nature onéreuse ou gratuite du mandat ? En second lieu, est-il

possible de faire échec à la traditionnelle présomption d'onérosité attachée au mandat alors que celui-ci est réalisé par une personne dans le cadre de sa profession habituelle ? Autrement dit, l'interrogation principale était de savoir si les liens familiaux existant entre le mandant et le mandataire pouvaient écarter cette présomption.

La Cour de cassation répond par la négative à la première question mais apporte une réponse positive à la seconde. Elle rejette le pourvoi formé par l'avocate. Selon la deuxième chambre civile, « [d]ès lors qu'il résulte de l'article 174 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 que la procédure de contestation en matière d'honoraires et débours d'avocats concerne les contestations relatives au montant et au recouvrement de leurs honoraires, il relève de l'office même du juge de l'honoraire de déterminer, lorsque cela est contesté, si les prestations de l'avocat ont été fournies ou non à titre onéreux »<sup>(2)</sup>. Concernant la seconde interrogation, la Cour de cassation estime que le Premier président n'a pas inversé la charge de la preuve. Elle approuve la mise à l'écart de la présomption d'onérosité justifiée par le « contexte familial dans lequel l'assistance avait été apportée ». Il incombait bien à l'avocate de démontrer le caractère onéreux du mandat qui lui avait été confié, preuve qu'elle n'avait pas réussi à apporter en l'espèce. La solution délivrée par la deuxième chambre civile mérite d'être éclairée à l'aune de deux principes jurisprudentiels traditionnels : le premier dominant la détermination de la nature onéreuse ou gratuite des conventions, le second relatif aux conséquences juridiques attachées à la qualité de professionnel. Partant, la mise à l'écart de la présomption d'onérosité constitue une solution en rupture avec la jurisprudence traditionnelle (I) laissant entrevoir la primauté du lien familial sur la qualité de professionnel (II).

(1) CA Versailles, ord. 22 mai 2019.

(2) Voir sur ce point, Caseau-Roche C., La compétence du juge de l'honoraire pour apprécier la nature du mandat, D. Actu 27 nov. 2020.



## I – LA MISE À L'ÉCART DE LA PRÉSUMPTION D'ONÉROSITÉ, UNE SOLUTION EN RUPTURE AVEC LA JURISPRUDENCE TRADITIONNELLE

### État du droit positif concernant l'influence de la qualité de professionnel

En droit positif, la qualité de professionnel influe incontestablement sur les règles applicables aux opérations contractuelles. Les juges considèrent, depuis de nombreuses années, que le vendeur professionnel est assujéti à une présomption de connaissance des vices<sup>(3)</sup>, qui l'empêche d'invoquer notamment des clauses exclusives de garanties et qui permet à la victime d'obtenir la restitution du prix ainsi que des dommages et intérêts<sup>(4)</sup>.

En matière de prestation de service, la jurisprudence applique une présomption d'onérosité lorsque le mandataire agit dans le cadre de sa sphère de compétences<sup>(5)</sup>. L'étude des décisions de justice révèlent d'ailleurs que certains juges du fond soutiennent parfois cette même logique dans le contrat de dépôt<sup>(6)</sup>. Cette présomption d'onérosité, jugée trop avantageuse pour le professionnel par certains<sup>(7)</sup>, fait peser la charge de la preuve sur le client, qui devra démontrer que le service était gratuit. Cette règle est également contestable car elle prend place au sein de contrats qui, à l'origine, étaient envisagés comme des contrats de bienfaisance<sup>(8)</sup>. L'article 1986 du Code civil dispose effectivement que « [l]e mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire » et ce principe est rigoureusement appliqué par les juges lorsque le mandataire n'agit pas dans le cadre de sa profession habituelle<sup>(9)</sup>.

### Tempérament apporté à la jurisprudence traditionnelle

La jurisprudence concernant le contrat de mandat semblait bien établie. Mais l'arrêt du 5 novembre 2020 est venu apporter un

tempérament à la règle de la présomption d'onérosité. En l'espèce, le Premier président avait écarté cette règle traditionnelle en s'appuyant sur la circonstance selon laquelle l'avocate et le client « étaient mariés lorsque ce dernier a demandé à son épouse de se charger de la défense de ses intérêts et de ceux de sa sœur, dans le cadre de la succession de son père ». Sa démarche est approuvée par la Haute juridiction, qui reconnaît que certaines circonstances peuvent faire échec à la présomption d'onérosité. Selon le juge, le « contexte familial dans lequel l'assistance avait été apportée » primait sur l'application d'une telle règle.

## II – LA MISE À L'ÉCART DE LA PRÉSUMPTION D'ONÉROSITÉ, MARQUE DE PRIMAUTÉ DU LIEN FAMILIAL SUR LA QUALITÉ DE PROFESSIONNEL

### Une hiérarchisation bienvenue des facteurs d'influence

La solution apportée hiérarchise ainsi les facteurs d'influence au sein du régime de la preuve. Dès lors que le mandat est exécuté par un professionnel dans le cadre de sa profession habituelle, la détermination de la charge de la preuve procède de l'examen de la nature des relations unissant les parties. Lorsque ces dernières sont d'ordre familial, on présume que les parties ont désiré conclure le contrat gratuitement. C'est alors au mandataire de démontrer que le mandat était, en réalité, à titre onéreux, pour obtenir le paiement de ses honoraires et non l'inverse.

Cette solution est entièrement logique : il est particulièrement opportun de faire peser la charge de la preuve sur la partie la plus avertie. Le mandataire faisant profession de ses services est plus à même que le mandant de penser à se préconstituer une preuve destinée à étayer le caractère onéreux de son intervention. Faire peser cette charge sur le client profane, qui plus est, un membre de la famille (lequel n' imagine pas avoir à rémunérer le service) est une aberration qu'il est bienvenu d'abandonner. Il convient donc d'espérer qu'à l'avenir, les juges choisiront de suivre cette avancée jurisprudentielle.

### Influences de la gratuité sur le régime du mandat

Les incidences entraînées par la nature du mandat sont importantes. Outre le droit au paiement des honoraires, c'est également l'intensité de l'obligation essentielle du mandataire qui en dépend.

En vertu d'une jurisprudence constante<sup>(10)</sup>, le mandataire qui exécute gratuitement la mission lui ayant été confiée profite d'une mesure de faveur. Conformément à l'article 1992, alinéa 2, du

(3) Voir par exemple, Cass. com., 29 nov. 2017, n° 16-14.701 ; CA Grenoble, 29 mai 2012, n° 10/03664 ; Cass. com., 27 nov. 1991, n° 89-19546 ; Cass. com., 23 nov. 1982, n° 81-14.802 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 avr. 1978, n° 76-14764 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 janv. 1965, D. 1965, p. 389, RTD civ. 1965, p. 665, obs. Cornu G.

(4) C. civ., art. 1645. Voir par exemple, CA Orléans, 6 déc. 2018, n° 17/03179.

(5) Voir, notamment, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juin 1998, n° 96-10718, Bull. civ. I, n° 211 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 déc. 1989, Bull. civ. I, n° 399. Voir également Gilson-Maes A., Mandat et responsabilité civile, th. Reims, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2016, p. 124, n° 279 et Noblot C., Le contractant professionnel à l'épreuve du réalisme judiciaire, LPA 9 déc. 2001, n° 224, p. 3.

(6) Voir CA Lyon, 5 juin 2014, n° 13/01975 : « s'il est de principe que le dépôt pour réparation fait entre les mains d'un professionnel est présumé avoir été conclu à titre onéreux, cette présomption ne vaut qu'à défaut de preuve contraire et le client peut établir le caractère gratuit du contrat de dépôt ».

(7) Bouloc B., Dépôt salarié. Preuve. Charge, note sous. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 avr. 2005, n° 02-16926, RTD com. 2006, p. 185.

(8) Voir notamment la classification de Pothier : Œuvres complètes, Tome 8, nouvelle éd., Traité des contrats de bienfaisance, Paris, Thomine et Fortin Libraires, 1821, Chapitre préliminaire. Voir aussi sur les « petits contrats » de service (le mandat, le dépôt, le prêt à usage et le cautionnement), Carbonnier J., Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2001, p. 340.

(9) Voir, notamment, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mai 2012, n° 11-10.943, LEDC n° 6, p. 2, obs. Latina M.

(10) Voir, par exemple, CA Rennes, 2 févr. 2012, n° 10/04600 ; CA Aix-en-Provence, 2 févr. 2012, n° 10/19272 ; CA Montpellier, 14 mai 2008, n° 05/01175 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mai 2006, n° 03-19936, JCP G 2006, IV, 2272 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 juin 2000, n° 98-17752, CCC 2000, comm. 156 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mai 1989, n° 87-15105 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 févr. 1956, Bull. civ. II, n° 127.

Code civil, le juge apprécie sa responsabilité avec indulgence<sup>(11)</sup>. Le mandataire agissant à titre gratuit bénéficie d'un abaissement du niveau de diligence requis de sa part ; il est assujéti à une obligation de « petits moyens », et non à une obligation de moyens ordinaires comme l'exige le droit commun<sup>(12)</sup>. Contrairement à ce que l'on constate dans les autres anciens « petits contrats » de service (dans le dépôt notamment<sup>(13)</sup>), la bienveillance n'est pas réservée au prestataire fournissant la prestation à titre désintéressé<sup>(14)</sup>. Les juges appliquent effectivement l'article 1992, alinéa 2, du Code civil au mandataire qui exécute sa mission gratuitement et de manière intéressée<sup>(15)</sup>. En l'espèce, puisque le mandataire n'avait pas réussi à apporter la preuve du caractère onéreux du mandat, ce dernier était envisagé comme gratuit.

Par conséquent, même si l'avocate agissait sûrement à titre intéressé (en représentant son mari dans le cadre d'une succession, le mandataire était susceptible de retirer un avantage indirect de l'exécution du service car les biens entrant dans la succession pouvaient tomber dans le patrimoine de son mari), sa responsabilité aurait été appréciée avec bienveillance. L'intérêt économique recherché et la qualité de professionnel du mandataire ne font pas obstacle à la clémence du juge<sup>(16)</sup>.

### Vers une extension de la solution à toutes les relations d'affection ?

Il est légitime de se demander si la solution retenue par les juges dans l'arrêt du 5 novembre 2020 pourrait avoir vocation à s'appliquer plus largement ; autrement dit, si la présomption d'onérosité peut être écartée à chaque fois que le mandant et le mandataire entretiennent des liens étroits, d'affection, d'amitié (plus larges que des liens familiaux).

En droit, il n'est pas rare que de telles circonstances influent sur le régime juridique applicable à l'opération contractuelle. Par exemple, l'amitié peut permettre au plaideur d'invoquer une impossibilité morale de produire un écrit<sup>(17)</sup>.

De surcroît, la jurisprudence a déjà considéré qu'un dépositaire agissant dans le cadre de sa profession habituelle pouvait se prévaloir de la directive de faveur prévue à l'article 1927 du Code civil, car il avait gardé la chose en raison « des relations personnelles d'amitié »<sup>(18)</sup> qui le liaient au déposant. Pour le savoir, il faut attendre de voir si la solution du 5 novembre 2020 sera confirmée et si les juges se montrent suffisamment séduits pour l'appliquer à tous les mandats conclus dans le cadre de relations d'affection.

(11) Voir, notamment, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 janv. 1980, Bull. civ. I, n° 11, RTD civ. 1981, p. 406, obs. Cornu G.

(12) Voir, sur ce point, Leduc F., L'intensité juridique de l'obligation contractuelle, RRJ 2011-3, p. 1284.

(13) Voir, notamment, CA Angers, 5 juin 2012, n° 11/01414 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 oct. 2008, n° 07-19595 ; Cass. com., 12 nov. 1986, Bull. civ. IV, n° 205 ; Cass. com., 10 févr. 1959, Bull. civ. III, n° 72. Voir, sur ce point, Rossetto C., Le service gratuit. De la tradition au numérique, th. Tours, 2020, p. 112.

(14) Voir Rossetto C., Le service gratuit. De la tradition au numérique, th. Tours, 2020, p. 248 et s.

(15) Voir, par exemple, CA Angers, 29 oct. 2013, n° 12/00963 et CA Versailles, 18 févr. 2010, n° 08/09143.

(16) Voir, par exemple, CA Angers, 29 juin 2010, n° 09/01432 ; CA Versailles, 24 mars 2016, n° 14/02529 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 juin 2000, n° 98-17752, CCC 2000, n° 156, note Leveneur L., RTD com. 2000, p. 973, obs. Starck B.

(17) Voir, par exemple, Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 janv. 1981, Bull. civ. I, n° 7. Voir sur ce point, Rochat C., L'amitié en droit privé, th. Aix-Marseille, PUAM, coll. Laboratoire de droit privé en sciences criminelles, 2019, p. 57 et s.

(18) CA Lyon, 16 nov. 1972, JCP 1973, IV, 134, obs. Coste.

## Texte de l'arrêt (extraits) :

« Réponse de la Cour :

6. Dès lors qu'il résulte de l'article 174 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 que la procédure de contestation en matière d'honoraires et débours d'avocats concerne les contestations relatives au montant et au recouvrement de leurs honoraires, il relève de l'office même du juge de l'honoraire de déterminer, lorsque cela est contesté, si les prestations de l'avocat ont été fournies ou non à titre onéreux.

7. Par suite, c'est sans excéder ses pouvoirs que le premier président a décidé que le mandat qui liait l'avocate à M. Q... n'avait pas été donné à titre onéreux.

8. Le moyen n'est, dès lors, pas fondé.

(...)

Réponse de la Cour :

10. Le Premier président, après avoir relevé que Mme J... et M. Q... « étaient mariés lorsque ce dernier a demandé à son épouse de se charger de la défense de ses intérêts et de ceux de sa sœur, dans le cadre de la succession de son père », et pris ainsi en considération « le contexte des relations entretenues alors par les parties », a pu en déduire qu'aucune rémunération n'avait été convenue entre elles.

11. Dès lors, c'est sans inverser la charge de la preuve que le Premier président, écartant de la sorte, en raison du contexte familial dans lequel l'assistance avait été apportée, la présomption selon laquelle le mandat est salarié lorsqu'il est exercé par une personne dans

le cadre de sa profession habituelle, puis estimant souverainement que les termes des courriels du 6 mars 2016 émanant de M. Q... et invoqués par l'avocate ne permettaient pas d'établir que le mandat avait été confié à titre onéreux, a statué.

12. Pour conclure à l'inexistence d'un mandat à titre onéreux le premier président ne s'est ainsi fondé, ni sur l'absence entre les parties d'une convention d'honoraires, ou d'échanges relatifs à des honoraires de diligences, ni sur un pacte de quota litis qui aurait été conclu entre elles.

13. Le moyen, qui n'est donc pas fondé en sa deuxième branche, et qui est inopérant en ses troisième, quatrième, cinquième et septième branches, ne peut dès lors être accueilli. »

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 nov. 2020, n° 19-20.314, B



Par Anne-Catherine RICHTER

Docteur en droit privé  
Qualifiée aux fonctions de maître de conférences

→ RLDC 7024

## Pas de prise en considération de la pension de réversion née du chef d'un précédent conjoint dans l'évaluation du préjudice économique du conjoint survivant

La pension de réversion née du chef d'un précédent conjoint ne doit pas être prise en compte pour évaluer le préjudice économique du conjoint survivant. L'énoncé de la solution est l'occasion pour la Cour de cassation de donner une force formelle nouvelle au principe gouvernant, dans l'évaluation de ce préjudice, l'appréciation des revenus nouveaux du conjoint survivant.

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 sept. 2021, n° 20-14.383, B

Dans un arrêt de la deuxième chambre civile en date du 16 septembre 2021, la Cour de cassation revient une nouvelle fois sur l'épineuse question de l'évaluation du préjudice économique du conjoint survivant.

En l'espèce, un pêcheur est décédé au cours de l'abordage de son navire par un cargo, laissant derrière lui une veuve. Une cour d'appel a reconnu le capitaine et le second capitaine du cargo coupables des délits d'homicide involontaire, de fuite, et d'omission de porter secours, et les a condamnés à réparer le préjudice moral de la veuve. Cette dernière a saisi une commission d'indemnisation des victimes d'infraction afin d'obtenir l'indemnisation de ses préjudices.

La cour d'appel a, dans l'évaluation du préjudice économique, imposé de tenir compte de la pension de réversion dont la veuve bénéficiait du chef de son premier conjoint, et dont le versement, suspendu pendant le temps de son mariage, avait repris à la suite de la dissolution de ce dernier du fait du décès du conjoint.

C'est cette prise en considération que la veuve conteste dans son pourvoi, au motif que « ce revenu n'est pas une conséquence nécessaire du fait dommageable et qu'il ne peut donc pas diminuer le montant du préjudice économique du conjoint survivant ». La veuve invoque ainsi une violation des articles 1240 du Code civil et 706-3 et 706-9 du Code de procédure pénale.

La question qui se posait devant la Cour de cassation était donc celle de savoir si la pension de réversion, dont le conjoint survivant bénéficie du chef d'un premier conjoint, devait être prise en consi-

dération dans l'évaluation du préjudice économique du conjoint survivant.

La Cour de cassation, au visa des articles 706-3 et 706-9 du Code de procédure pénale et du « principe de la réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime », répond par la négative, au motif que cette pension de réversion ne constituait pas un revenu du foyer des époux d'une part, et n'était pas la conséquence directe et nécessaire du décès du second conjoint d'autre part.

Confrontée à une question inédite dans l'évaluation du préjudice économique du conjoint survivant (I), la Cour de cassation confirme le critère du lien de causalité direct et nécessaire du revenu considéré avec le fait dommageable, auquel elle confère une place formelle nouvelle (II).

### I – UNE QUESTION INÉDITE : LA PRISE EN CONSIDÉRATION DE LA PENSION DE RÉVERSION NÉE DU CHEF D'UN PRÉCÉDENT CONJOINT DANS L'ÉVALUATION DU PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE DU CONJOINT SURVIVANT

Comme toute évaluation de préjudice, celle du préjudice économique du conjoint survivant obéit à deux grands principes : celui de la réparation intégrale du préjudice, et celui de l'évaluation du préjudice au jour où le juge statue. Le premier, rappelé par l'article

706-3 du Code de procédure pénale implique, conformément au but de la responsabilité, de « replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit »<sup>(1)</sup>, une identité – évidemment seulement juridique – entre les situations *ante* et *post damnum*. Et le second, dégagé par la jurisprudence en 1942<sup>(2)</sup>, implique de prendre en considération les changements intervenus dans la situation de la victime entre le moment où le dommage s'est produit et le moment où le juge statue<sup>(3)</sup>.

Traditionnellement considérée comme une question de fait, laissée à la libre appréciation du juge<sup>(4)</sup>, l'évaluation du préjudice économique du conjoint survivant a fait l'objet d'un contrôle croissant de la part de la Cour de cassation. Elle a ainsi dégagé, conformément à ce que préconise la nomenclature *Dintilhac*<sup>(5)</sup>, la méthode d'évaluation, rappelée encore par l'arrêt commenté, consistant à estimer dans un premier temps le revenu global du foyer avant le décès, et à en soustraire la part de consommation personnelle du défunt, et dans un second temps à comparer ce revenu global du foyer antérieurement au décès avec la nouvelle situation économique du conjoint survivant<sup>(6)</sup>. Il s'agit alors de faire apparaître une différence entre les deux situations, due au décès du conjoint, et d'indemniser cette différence.

Chacune de ces étapes a fait l'objet de précisions en jurisprudence. Ainsi il a pu être considéré que, dans l'évaluation des revenus du foyer *ante damnum*, il fallait prendre en considération les avantages en nature<sup>(7)</sup>, comme les chances de promotion de la victime<sup>(8)</sup>. La Cour de cassation a également souligné le pouvoir souverain des juges dans l'évaluation de la part personnelle du défunt dans la consommation du foyer<sup>(9)</sup>. Mais c'est la dernière étape, celle de l'évaluation de la nouvelle situation économique du conjoint survivant, qui cristallise les enjeux et les interrogations, et c'est elle

qui retient également essentiellement l'attention des juges dans la présente espèce.

Les enjeux tiennent au respect du principe de réparation intégrale du préjudice : il faut éviter d'une part, en prenant en considération les ressources nouvelles pour l'évaluation du préjudice, de ne pas le réparer entièrement et, d'autre part, en refusant d'en tenir compte, de permettre à la victime de cumuler pour le même préjudice des indemnités de sources différentes. Les interrogations tiennent au fait qu'entre le moment où le dommage s'est produit et celui auquel le juge statue, la situation économique du conjoint survivant a pu être modifiée, que la modification soit une conséquence directe du décès lorsque le conjoint survivant bénéficie de différentes indemnités, ou le fait de l'exercice de sa liberté lorsqu'il commence ou reprend une activité professionnelle, ou encore lorsqu'il fonde un nouveau foyer. Lorsque ces modifications permettent au conjoint survivant de retrouver la situation économique qu'il connaissait avant la survenue du dommage, voire de l'améliorer, il serait alors tentant de considérer que le préjudice est, au moment où le juge statue, effacé et qu'une réparation n'a plus lieu d'être. Ce serait cependant oublier que si ces ressources nouvelles réparent économiquement le préjudice, elles ne le réparent pas toujours juridiquement, en ce qu'elles n'en constituent pas toujours une indemnisation. Leur incidence sur la consistance juridique du préjudice n'est donc pas systématique. C'est pourquoi le principe est en jurisprudence le refus de la prise en considération de ces ressources nouvelles, à moins qu'elles ne présentent un caractère indemnitaire (dans ce dernier cas en matière pénale la solution est portée par l'article 706-9 du Code pénal, comme le rappelle l'arrêt sous étude). La solution, commandée par le principe de réparation intégrale, est aussi à mettre en lien avec l'absence, en droit français, d'obligation de minimiser son dommage. Ainsi il a pu être jugé que les revenus tirés d'une nouvelle activité professionnelle<sup>(10)</sup>, comme ceux tirés d'un remariage<sup>(11)</sup>, les gains ou pertes successoraux<sup>(12)</sup>, comme les droits de mutation<sup>(13)</sup>, ne doivent pas entrer en ligne de compte. À l'inverse il a pu être jugé que le capital-décès versé par un assureur présentait un caractère indemnitaire et devait par conséquent être pris en compte<sup>(14)</sup>.

La pension de réversion a suscité à ce titre un contentieux abondant. Née du décret-loi du 28 octobre 1935<sup>(15)</sup>, la pension de réversion est versée au conjoint survivant ou conjoint divorcé en cas de

(1) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 oct. 1954, Bull. civ. II, n° 328, JCP 1955, II, 8765, note Savatier R., RTD civ. 1955, p. 324, obs. Mazeaud H et Mazeaud L. ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 oct. 1962, Bull. civ. II, n° 647 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 févr. 1982, n° 80-17.139, JCP 1982, II, 19894, note Barbiéri J.-F. ; Crim. 12 avr. 1994, n° 93-82.579, Bull. crim. n° 146, JCP G 1994, I, 3809, n° 5, obs. Viney G. ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 avr. 2021, n° 19-21.290 (jurisp. constante). La formule est empruntée à Savatier (voir *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II, LGDJ, 1939, spéc. n° 601, p. 188).

(2) Cass. civ., 23 mars 1942, D. 1942, p. 118, S. 1942, p. 135, Gaz. Pal. 1942, 1, 224, RTD civ. 1942, p. 289.

(3) Ainsi notamment le juge est obligé de tenir compte des avantages que la victime aura retiré de son dommage : voir Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 sept. 2016, n° 15-18.904, D. 2016, 2061, obs. Carval S., *ibid.* 2017, p. 24, obs. Brun Ph., Dalloz IP/IT 2017, p. 46, obs. Daoud E. et Péronne G., RTD civ. 2016, p. 847, obs. Barbier H., JCP G 2017, I, 257, obs. Stoffel-Munck Ph.

(4) Cass. ass., 26 mars 1999, n° 95-20.640 : « Une cour d'appel apprécie souverainement le montant du préjudice dont elle justifie l'existence par l'évaluation qu'elle en fait, sans être tenue d'en préciser les divers éléments ».

(5) Voir le Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, p. 43.

(6) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 févr. 2011, n° 10-10.089, RCA 2011, comm. 178, note Groutel H., JCP S 2011, actu. 83, obs. Dauxerre N., *ibid.*, 1278, obs. Asquinazi-Bailleux D. ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 mars 2015, n° 14-14.198, Gaz. Pal. 2015, n° 181, p. 38, note Renelier A. ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 mai 2018, n° 17-19.740, Gaz. Pal. 2018, n° 35, p. 55, note Tapinos D. ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 oct. 2019, n° 18-14.211, D. actu. 27 nov. 2019, obs. Hortala S., RCA 2020, comm. 33, note Groutel H., Gaz. Pal. 2020, n° 2, p. 31, note Gerry-Vernières S., *ibid.*, n° 3, p. 71, note Irman C. La même solution a également été adoptée en droit administratif : voir par exemple CE, 25 juill. 2008, n° 297226 ; CE, 20 juin 2017, n° 400676 ; CE, 8 juill. 2019, n° 422375.

(7) Cass. crim., 21 févr. 2006, n° 05-84.175.

(8) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 oct. 2005, n° 04-16.034.

(9) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 févr. 2020, nos 18-21.696 et 18-25.751.

(10) Voir notamment Cass. crim., 3 mars 1993, n° 91-86.961, Bull. crim. n° 97, RTD civ. 1995, p. 128, obs. Jourdain P., RCA 1993, comm. 357 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 nov. 1994, n° 93-12.509, Bull. civ. II, n° 217, RTD civ. 1995, p. 128, obs. Jourdain P., RCA 1995, comm. 50, JCP G 1995, I, 3853, n° 21, obs. Viney G. ; Cass. crim., 13 déc. 1995, n° 95-80.790, Bull. crim. n° 377 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 déc. 2006, n° 05-20.984, RCA 2007, comm. 80 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 févr. 2009, n° 08-12.706, Bull. civ. II, n° 41, RCA 2009, comm. 130 (revenus de ferme).

(11) Cass. crim., 29 juin 2010, n° 09-82.462, Bull. crim. n° 118, D. 2010, p. 1999, RCA 2010, comm. 268, JCP G 2011, 435, n° 3, obs. Stoffel-Munck Ph. ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 oct. 2020, n° 19-17.041, D. actu. 18 nov. 2020, obs. Hacene-Kebir A., D. 2020, p. 2008, Gaz. Pal. 2020, n° 43, p. 22, note Guégan A., *ibid.*, 2021, n° 2, p. 34, note Dugué M., *ibid.*, n° 3, p. 73, note Bodilis W., RCA 2021, comm. 3, obs. Bloch L., RTD civ. 2021, p. 145, note Jourdain P.

(12) Cass. crim., 1<sup>er</sup> juin 1999, n° 98-82.616, Bull. crim., n° 114, RTD civ. 1999, p. 847, obs. Jourdain P.

(13) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 avr. 1986, n°84-15.810, Bull. civ. I, n° 91.

(14) Voir not. Cass. crim., 21 sept. 2010, n° 09-87.683 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 mars 2011, n° 10-19.718 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 23 mars 2017, n° 16-14.456 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 mars 2020, n° 19-12.546.

(15) D.-L. 28 oct. 1935, JO 31 oct. 1935 ; D. 1935, IV, p. 492, art. II, § II.



décès ou de disparition depuis plus d'un an de l'assuré, sous conditions de ressources, et, jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2004<sup>(16)</sup>, de durée du mariage (deux ans), et de non remariage. Elle constitue donc pour le conjoint survivant une source de revenus nés du fait dommageable. *A priori*, son caractère indemnitaire devrait conduire à sa prise en considération dans l'évaluation du préjudice du conjoint survivant. La réalité de la jurisprudence est cependant plus complexe, en ce qu'elle tient également compte de l'existence d'un recours subrogatoire ouvert au débiteur de la pension. Ainsi, lorsqu'un tel recours est ouvert, la pension ne doit pas être prise en considération dans l'évaluation du préjudice, pour éviter une double imputation de cette pension, en amont dans l'évaluation du préjudice, et en aval sur l'indemnité allouée en réparation du préjudice<sup>(17)</sup>. En revanche lorsqu'un tel recours est fermé, le caractère indemnitaire de la pension conduit à sa prise en considération, pour éviter une double réparation du même préjudice<sup>(18)</sup>.

Les principes sont donc clairement établis en jurisprudence en matière de pension de réversion. Cependant la pension de réversion à propos de laquelle la jurisprudence se prononçait était jusqu'à présent celle née du chef de la victime directe. Dans l'arrêt sous étude, la pension de réversion litigieuse était née du chef d'un précédent conjoint et faisait donc naître une question inédite, à laquelle la Cour de cassation apporte une réponse attendue au fond, mais inédite sur la forme.

## II – UNE SOLUTION ORTHODOXE : L'EXCLUSION DE LA PRISE EN CONSIDÉRATION DE LA PENSION DE RÉVERSION EN L'ABSENCE DE LIEN DE CAUSALITÉ DIRECT ET NÉCESSAIRE AVEC LE FAIT DOMMAGEABLE

Sans surprise au vu des principes sus-énoncés, la Cour de cassation écarte la prise en considération de la pension de réver-

sion née du chef d'un précédent conjoint. Elle l'écarte à deux étapes de l'évaluation du préjudice : celle de l'évaluation de la situation économique du foyer *ante damnum*, et *post damnum*. *Ante damnum*, il était évident que la pension de réversion ne pouvait pas être prise en considération puisque, suspendue pendant le temps du second mariage, elle n'existait pas. *Post damnum*, l'absence de son caractère indemnitaire devait conduire également à ce qu'elle soit écartée. Née du chef du précédent conjoint, elle sert en effet à réparer le préjudice économique né du décès de ce dernier, et non celui né du décès du second conjoint. La solution ne surprend donc guère, et seul le caractère inédit de la question semble de prime abord justifier la publication de l'arrêt.

**La pension de réversion  
née du chef d'un précédent  
conjoint ne diminue pas le  
montant de la réparation du  
préjudice économique du  
conjoint survivant.**

L'arrêt présente cependant deux intérêts supplémentaires qui peuvent également justifier cette publication. Le premier est d'asseoir plus fermement encore, par sa confirmation, le principe qui préside à la distinction entre les revenus nouveaux dans l'évaluation du préjudice : seuls les revenus nouveaux qui sont « *la conséquence directe et nécessaire du décès* » sont pris en considération pour diminuer le *quantum* du préjudice et son indemnisation. La formulation n'est pas nouvelle<sup>(19)</sup>, et elle se justifie pleinement en ce qu'elle n'est qu'une expression du caractère indemnitaire du revenu considéré, et que l'exigence du caractère indemnitaire du revenu considéré est elle-même nécessaire pour satisfaire au principe de réparation intégrale du préjudice. La manière formelle dont la règle est énoncée est en revanche nouvelle. Elle est en effet à la suite des règles d'évaluation tirées de la nomenclature *Dintilhac*, et non plus seulement au terme du syllogisme juridique, à titre de justification. Formellement la règle fait donc désormais partie intégrante des méthodes d'évaluation du préjudice économique du conjoint survivant. L'arrêt contribue sur ce point à une meilleure clarté, intelligibilité et par conséquent accessibilité du droit, ce pour quoi il mérite d'être salué.

Il n'est pas certain cependant que sa forme nouvelle suffise pour permettre à la règle de mettre fin au contentieux suscité par l'évaluation du préjudice économique du conjoint survivant. En tant que « *conséquence directe et nécessaire du décès* », le revenu nouveau appelle dans son évaluation à une utilisation du concept de causa-

(16) La loi n° 2003-775 du 21 août 2003 (JO 22 août) portant réforme des retraites, supprime ces deux dernières conditions à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2004.

(17) Voir, notamment, Cass. crim., 5 mai 1993, n° 92-81.931, Bull. crim. n° 167 ; Cass. crim., 2 mai 2001, n° 00-83.073 et n° 00-85.526, D. 2002, p. 1313, obs. Jourdain P., RCA 2001, comm. 257, obs. Groutel H. ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 nov. 2014, n° 13-24.954 ; Cass. crim., 13 janv. 2015, n° 13-87.040 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 mai 2018, n° 16-24.099 et 16-25.476, D. 2018, p. 1009, *ibid.*, p. 2048, chron de Leiris E., Becuwe O., Touati N. et Palle N., RTD civ. 2018, p. 685, note Jourdain P., Gaz. Pal. 2018, n° 20, p. 36, note Berlaud C.

(18) Voir, notamment, Cass. crim., 15 févr. 1995, n° 93-83.848, Bull. crim. n° 67, D. 1995, IR p. 123, RCA 1995, comm. 255, *ibid.* chron. 33, note Groutel H., RTD civ. 1995, p. 907, note Jourdain P. ; Cass. crim., 22 août 1995, n° 94-83.417, Bull. crim., n° 266, RCA 1995, comm. 356 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 févr. 1996, n° 94-13.084, Bull. civ. II, n° 55, D. 1996, IR p. 91, RCA 1996, comm. 116 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 mai 1997, n° 95-21.194, Bull. civ. II, n° 155, RCA 1997, comm. 257, obs. Groutel H. ; Cass. crim., 5 nov. 1997, n° 96-85.366, Bull. crim., n° 373, D. 1998, IR p. 31, RCA 1998, comm. 80 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 31 mai 2000, n° 98-20.980, RCA 2000, comm. 293 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 juin 2001, n° 99-15.645, RCA 2001, comm. 288, D. 2002, p. 1313, obs. Jourdain P. ; Cass. crim. 21 sept. 2004, n° 03-87.928 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 nov. 2005, n° 04-16.600, RCA 2006 comm. 14, note Groutel H. ; Cass. crim., 27 nov. 2007, n° 07-81.403, RCA 2008, comm. 54, obs. Groutel H. La justification de certains arrêts (par exemple, Cass. crim., 15 févr. 1995, n° 93-83.848) est cependant difficile à saisir en ce que les magistrats se fondent sur le fait que la pension de réversion « *ne contribue pas à la réparation* » du préjudice économique du conjoint survivant, pour en déduire « *par suite* » qu'elle doit être prise en considération dans l'évaluation de sa nouvelle situation économique, et ce pour éviter qu'il ne bénéficie d'un « *avantage indu* ». Or l'avantage ne saurait être indu que si la pension de réversion précisément vient réparer le préjudice économique.

(19) Voir, par exemple, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 nov. 1994, n° 93-12.509, précité ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 févr. 2009, n° 08-12.706, précité ; CA Toulouse, 3<sup>e</sup> ch., 28 janv. 2021, n°19/01394. La jurisprudence ajoute parfois une justification par l'obligation corrélatrice incombant au responsable de réparer l'intégralité du dommage : voir par exemple, Cass. crim., 3 mars 1993, n° 91-86.961, précité ; Cass. crim., 13 déc. 1995, n° 95-80.790, précité ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 déc. 2006, n° 05-20.984, précité ; Cass. crim., 29 juin 2010, n° 09-82.462, précité ; CA Montpellier, 5<sup>e</sup> ch., 12 janv. 2021, n° 17/03950.

lité. Or, en tant qu'abstraction<sup>(20)</sup>, ce concept laisse une place à l'appréciation des juges. En matière de responsabilité le lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et le dommage dont il est demandé réparation peut être apprécié par les juges à travers l'utilisation de l'une ou l'autre de deux théories de la causalité. La théorie de l'équivalence des causes, d'une part, conduit à retenir comme cause juridique du dommage tout événement sans lequel le dommage ne se serait pas produit. La théorie de la causalité adéquate, d'autre part, conduit à choisir parmi tous les événements conditions *sine qua non* du dommage celui qui semble avoir joué un rôle causal prépondérant, cette prépondérance étant identifiée par le recours à la notion de cours normal des choses : est cause adéquate du dommage l'événement qui, selon le cours normal des choses, est propre à le produire. Et les juges choisissent souverainement entre l'une ou l'autre de ces deux théories.

En sera-t-il de même pour apprécier le lien de causalité entre le revenu nouveau et le fait dommageable ? La réponse à cette question dépend du sens à donner aux qualificatifs « direct » et « nécessaire »

qui accompagnent l'exigence de causalité dans sa formulation. Il est en effet possible d'y voir une simple répétition, tautologique donc, de l'exigence de causalité<sup>(21)</sup>, qui ouvre alors la voie à une appréciation souveraine de cette causalité par les juges, et par conséquent à l'utilisation souveraine de l'une ou l'autre des deux théories de la causalité. Il semble cependant que la solution en l'espèce, comme la logique présidant plus largement en jurisprudence à l'appréciation des revenus nouveaux, doivent conduire à voir dans ces qualificatifs une imposition de la théorie de la causalité adéquate. Avec l'utilisation de cette théorie, en effet, seuls les revenus à caractère indemnitaire peuvent être considérés comme une conséquence directe et nécessaire de la survenue du dommage. Pour tous les autres, parce qu'ils résultent d'un choix de vie de la victime par ricochet, la chaîne de causalité est rompue entre le fait dommageable et leur existence. L'intervention de la liberté individuelle interdit de raisonner en termes de « cours normal des choses ».

L'avenir devra donc confirmer cette interprétation. ■

(20) Le Tourneau Ph., *Rép. de droit civil*, Dalloz, v° Responsabilité – généralités, actu. janv. 2020, spéc. n° 33.

(21) Ainsi pour certains auteurs, la double exigence doit toujours accompagner celle du lien de causalité : voir par exemple, Le Tourneau Ph., *ibid.*, spéc. n° 54.

## Texte de l'arrêt (extrait) :

« Vu les articles 706-3 et 706-9 du Code de procédure pénale et le principe de la réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime :

5. Il résulte du premier texte et du principe susvisés qu'en cas de décès de la victime directe, le préjudice patrimonial subi par l'ensemble de la famille proche du défunt doit être évalué en prenant pour élément de référence le revenu annuel du foyer avant le dommage ayant entraîné le décès de la victime directe, en tenant compte de la part de consommation personnelle de celle-ci, et des revenus que continue à percevoir le conjoint, le partenaire d'un pacte civil de solidarité ou le concubin survivant. Pour déterminer le montant de ces derniers, seuls doivent être pris en considération les revenus perçus par le conjoint survivant

antérieurement au décès et maintenus après celui-ci, ainsi que tout nouveau revenu qui est la conséquence directe et nécessaire du décès.

6. Il résulte du second des textes susvisés que la commission d'indemnisation des victimes d'infractions tient compte, dans le montant des sommes allouées à la victime au titre de la réparation de son préjudice, des indemnités de toute nature reçues ou à recevoir d'autres débiteurs au titre du même préjudice.

7. Il découle de l'ensemble de ces dispositions que la circonstance qu'après le décès du dernier conjoint ou concubin, le survivant perçoive, du chef d'un précédent conjoint ou concubin, une pension de réversion, dont le versement, suspendu à la suite du remariage, a repris après le décès, n'est pas de nature à diminuer le montant de la réparation du préjudice économique subi.

8. Pour allouer à Mme [C] la somme qu'il retient au titre de son préjudice économique, l'arrêt constate que le solde du revenu annuel

du foyer, pour l'année 2006, doit être ramené à une certaine somme, compte tenu de la part d'autoconsommation de [I] [C], qu'il fixe à 40 %.

9. L'arrêt ajoute que, sur ce montant, il convient de déduire les revenus existant avant le décès et subsistant après celui-ci, de même que les revenus consécutifs au décès, à savoir la pension de réversion versée du chef de [I] [C] et la pension de réversion versée du chef du premier conjoint de Mme [C], qui avait été suspendue pendant le temps du mariage, et lui a été à nouveau versée, après le décès de [I] [C].

10. En statuant ainsi, alors qu'elle constatait que la pension de réversion versée du chef du premier conjoint, suspendue pendant le temps du mariage de M. et Mme [C], ne constituait pas un revenu de leur foyer et qu'elle n'était pas la conséquence directe et nécessaire du décès de M. [C], la cour d'appel a violé les textes et le principe susvisés. »

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 sept. 2021, n° 20-14.383, B



Olivier GOUT

Professeur à l'Université Jean Moulin - Lyon 3  
Codirecteur de l'Équipe de Recherche  
Louis Josserand

→ RLDC 7025

## Présentation de la réforme du droit des sûretés issue de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021

La réforme du droit des sûretés s'est un peu fait attendre. Initialement fixée au 23 mai 2021, elle n'a finalement vu le jour que le 15 septembre 2021 à l'occasion de l'ordonnance n° 2021-1192, ce léger retard étant imputable, lui aussi, à la crise sanitaire qui nous affecte<sup>(1)</sup>. Sans conteste, le nouveau texte marque une nouvelle page de la discipline et la pratique doit rapidement trouver ses marques dans la mesure où la réforme entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2022.

Cette réforme est cependant le fruit d'un long parcours. Il faut en effet rappeler que c'est la loi n° 2019-486 relative à la croissance et à la transformation des entreprises (dite loi Pacte) qui avait, dans son article 60, autorisé le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance pour modifier le droit des sûretés. Cette loi s'est appuyée sur un rapport commandé à l'Association Henri Capitant, et piloté par le Professeur Grimaldi, qui a été rendu en septembre 2017<sup>(2)</sup>. Et la Direction des affaires civiles et du Sceau a par la suite soumis, à la fin de l'année 2020, un avant-projet d'ordonnance à la communauté juridique pour qu'elle fasse valoir ses observations. L'actuelle réforme parachève par ailleurs, faut-il le rappeler, celle de 2006<sup>(3)</sup> qui avait laissé un certain nombre de questions en suspens, dont notamment le cautionnement ainsi que la simplification de certaines sûretés réelles<sup>(4)</sup>.

Lors de la présentation de la loi Pacte, le Ministre de l'économie, B. Le Maire, expliquait au Parlement, dans l'exposé des motifs, que la réforme du droit des sûretés présentait un double objectif : d'une part, clarifier et améliorer la lisibilité du droit des sûretés, dans un souci de sécurité juridique et d'attractivité du droit français ; d'autre part renforcer son efficacité, afin de faciliter le crédit et donc le financement de l'activité économique, tout en assurant l'équilibre

entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants. On retrouve l'ensemble de ces considérations dans le rapport remis au Président de la République qui accompagne l'ordonnance du 15 septembre 2021 réformant les sûretés<sup>(5)</sup>.

Loin d'être exhaustive, l'étude proposée a pour objet de dresser un panorama général et synthétique de la réforme, libre ensuite au lecteur d'approfondir les aspects susceptibles de l'intéresser plus particulièrement<sup>(6)</sup>. Il paraît possible de le faire en insistant tout particulièrement sur trois traits marquants : la recomposition de l'offre de sûretés (I), la refonte du droit du cautionnement (II) et l'ajustement du régime juridique de plusieurs sûretés réelles (III).

Auparavant, il convient de faire état d'une disposition de la réforme transcendant l'ensemble des catégories de sûretés : la promotion de la conclusion des sûretés par voie électronique. Pour y parvenir, l'ordonnance supprime le 2° de l'article 1175 du Code civil qui réserve la possibilité de conclure une sûreté personnelle ou réelle par voie électronique aux personnes agissant pour les besoins de leur profession. Demain, toutes les sûretés pourront ainsi être conclues par cette voie électronique, étant entendu que les exigences formelles relatives à chaque sûreté devront toujours être respectées<sup>(7)</sup>. L'article 1174 du Code civil qui pose le principe de l'équivalence entre l'écrit papier et l'écrit électronique rend possible cette perspective.

(1) L'article 14 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 avait en effet reporté de 4 mois l'échéance initialement fixée.

(2) <http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes.pdf>.

(3) Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006, JO 24 mars.

(4) À l'époque déjà, les auteurs de la réforme s'étaient appuyés sur un rapport rédigé sous l'impulsion du Professeur Grimaldi, Rapport remis au garde des Sceaux le 31 mars 2005 : [www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/rapportgrimaldi.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/rapportgrimaldi.pdf).

En 2021, La Chancellerie s'est à nouveau appuyée sur un rapport commandé à l'Association Henri Capitant et piloté par le Professeur Grimaldi, qui a été rendu en septembre 2017 : <http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes.pdf>.

(5) <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT00004404298>.

(6) Tous les aspects de la réforme ne pourront par ailleurs être ici étudiés ou même évoqués. L'étude se contente par conséquent d'insister sur les points qui semblent être les plus caractéristiques de la réforme. Voir RLDA 2021/175 supplément, Le nouveau droit des sûretés sous l'angle des affaires.

(7) Ainsi, pour un cautionnement, par exemple, la caution personne physique devra toujours apposer une mention spécifique, mais elle le fera de manière électronique.

## I – LA RECOMPOSITION DE L'OFFRE DE SÛRETÉS

L'importance du mouvement de recomposition ne doit pas être exagéré car ceux qui pratiquent le droit des sûretés ne seront pas dépayés par les nouveaux textes<sup>(8)</sup>. Outre que la répartition des sûretés en deux grandes catégories perdure<sup>(9)</sup>, l'opposition au sein des sûretés réelles entre les sûretés immobilières et les sûretés mobilières est confirmée alors qu'un classement entre les sûretés réelles faisant naître un droit d'exclusivité et celles faisant naître un droit de préférence aurait sans doute été préférable parce qu'évitant des redits pour les sûretés pouvant concerner aussi bien des meubles que des immeubles. Toutefois, il ne faut pas sous-estimer les changements opérés par la réforme qui a non seulement abrogé certaines sûretés (1) mais en a aussi consacré de nouvelles (2).

### 1. – Les sûretés abrogées

Trois justifications essentielles président à leur suppression.

**D'abord la volonté de faire disparaître certaines sûretés tombées en désuétude.** – Sont tout particulièrement concernés les privilèges qui n'ont eu de cesse de se multiplier au fil du temps sans pour autant qu'ils ne disparaissent lorsqu'ils étaient devenus quasi inutiles. On pense tout particulièrement à certains privilèges mobiliers généraux qui n'ont plus de raison d'être depuis la généralisation de la Sécurité sociale et des organismes sociaux, tels que par exemple ceux portant sur les frais de dernière maladie, les créances de fourniture de subsistance, la créance de la victime d'un accident ou les créances des caisses de compensation, ou à d'autres privilèges spéciaux obsolètes, tel que le privilège de l'aubergiste sur les effets des voyageurs, le privilège des créances nées d'un accident ...

**Ensuite la nécessité de faire disparaître des sûretés inutiles.** – Tel est le cas des gages spéciaux qui ne se justifient plus depuis que l'ordonnance de 2006 a consacré le gage sans dépossession dans le droit commun. Rappelons en effet que les gages spéciaux sont nés à l'époque où le contrat de gage était un contrat réel justifiant la remise du bien gagé. Il s'agissait ainsi de permettre au constituant de conserver la chose gagée nécessaire à son activité (véhicule...) ou à l'exercice de sa profession (outils de travail...). Ces gages spéciaux n'avaient donc plus de raison d'être depuis la précédente réforme. Sauf que, à l'époque, non seulement le législateur ne les a pas fait disparaître mais il a aussi, de surcroît, réussi à créer un nouveau gage spécial, celui des stocks de marchandises, dont la coordination avec le droit commun a été, on le sait, chaotique<sup>(10)</sup>. Il importe donc de se réjouir de l'abrogation du gage de stocks, du gage commercial, du gage de l'outillage et du matériel d'équipement, des warrants pétroliers, hôteliers et des stocks de guerre et industriels. Le gage automobile réintègre également le giron du droit commun, même s'il conservera des spécificités

pour son inscription qui continuera à être réalisée sur le système d'immatriculation des véhicules. Le warrant agricole est quant à lui conservé à la demande de la pratique.

**Enfin la volonté de rationaliser le droit des sûretés.** – Cette rationalisation s'opère ici par la suppression des privilèges immobiliers spéciaux. Mais à vrai dire, il s'agit d'un « fausse-vraie » suppression car les privilèges immobiliers spéciaux seront intégrés dans la catégorie des hypothèques légales<sup>(11)</sup>. La solution était déjà préconisée par les auteurs du rapport Grimaldi en 2005, mais le législateur de l'époque n'avait pas souhaité suivre cette suggestion. Elle voit aujourd'hui le jour et se justifie non seulement par la volonté de clarifier le droit des sûretés mais aussi par celle de promouvoir la sécurité juridique et une plus grande égalité entre les créanciers. Jusqu'à la réforme issue de l'ordonnance du 15 septembre 2021, les privilèges immobiliers spéciaux prenaient rang avant la date de leur inscription. En effet, dès lors que l'inscription était réalisée dans les deux mois, ils prenaient rang rétroactivement au jour de leur naissance. Il en résultait une rupture d'égalité entre les hypothèques et les privilèges. Les anciens privilèges immobiliers spéciaux sont donc transformés en hypothèques légales et suivront donc à ce titre les règles qui président aux secondes. Autrement dit, le Code civil ne connaîtra plus de privilèges immobiliers spéciaux, ceux-ci étant requalifiés en hypothèques légales spéciales.

En tout état de cause, il résulte de cette opération de toilette une simplification bienvenue de notre droit, contribuant à la rendre plus lisible, notamment de l'étranger.

### 2. – Les sûretés créées

La propriété cédée à titre de garantie s'enrichit de deux nouvelles sûretés en plus de la fiducie à titre de garantie déjà présente dans le Code civil.

L'ordonnance valide tout d'abord une proposition formulée par le groupe Grimaldi avec la **création de la cession de créances à titre de garantie** dans une sous-section désormais dédiée à cet outil. Il s'agit, selon les promoteurs de ce texte, de renforcer l'attractivité internationale de la loi française. On sait que la Cour de cassation a toujours refusé de reconnaître cette sûreté et a requalifié l'opération en nantissement de créance lorsque la pratique a tenté d'y recourir<sup>(12)</sup>. Il en résulte qu'une telle cession n'est possible qu'au profit des établissements bancaires et assimilés *via* la cession *Dailly*. Désormais, le droit commun permettra de céder sa créance à titre de garantie selon les modalités des nouveaux articles 2373-1 à 2372-3 dédiés à cette nouvelle garantie.

L'ordonnance consacre ensuite la **cession de somme d'argent à titre de garantie**<sup>(13)</sup>. L'origine de cette création résulte d'un amendement adopté au Parlement, des sénateurs ayant estimé que cette garantie, aussi parfois dénommée « gage-espèce », serait très utilisée en pratique. Il est toutefois possible d'être hésitant quant

(8) Sauf peut-être s'agissant de la disparition de certains privilèges ou de la transformation de certains en hypothèques légales.

(9) On aurait pu imaginer une troisième catégorie à côté des sûretés personnelles et des sûretés réelles s'agissant de la sûreté réelle pour autrui qui pourrait bénéficier d'un régime juridique emprunté à celui des deux premières catégories citées.

(10) Voir parmi les nombreux articles, Borga N., Réforme du gage de stocks : l'art législatif au plus mal, Bull. Joly entr. diff., 03/2016 ; Juillet C., La réforme du gage de stocks, D. 2016, p. 561 et s.

(11) Y compris d'ailleurs les privilèges immobiliers spéciaux nés avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance. En effet, aux termes de l'article 37, IV de l'ordonnance réformant le droit des sûretés, il est indiqué que les privilèges immobiliers spéciaux sont, pour l'avenir, assimilés à des hypothèques légales, sans préjudice, le cas échéant, de la rétroactivité de leur rang.

(12) Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-16.395, Bull. civ. IV, n° 250, p. 275.

(13) Voir C. civ., art. 2374 à 2374-6.



à l'opportunité de cette mesure, quand on sait qu'à l'occasion de l'ordonnance du 23 mars 2006, le législateur avait inséré à l'article 2341, alinéa 2, du Code civil, la règle selon laquelle le gagiste de choses fongibles peut se voir transférer la propriété des choses et peut en disposer. Est-il alors bien utile de mettre en place un dispositif concurrent ?

## II – LA REFORME DU DROIT DU CAUTIONNEMENT

Si la précédente réforme du droit des sûretés de 2006 a fait entrer dans le Code civil la garantie autonome<sup>(14)</sup> et la lettre d'intention<sup>(15)</sup>, le cautionnement avait quant à lui été écarté de la réforme par le Parlement qui n'avait pas octroyé au pouvoir exécutif le soin de refondre la plus emblématique des sûretés françaises. Elle méritait, disait-on à l'époque, un débat parlementaire. C'est pourtant le pouvoir exécutif qui vient de modifier le cautionnement puisque légiférer par voie d'ordonnance s'est, comme on le sait, « démocratisé » ces dernières années<sup>(16)</sup>. Quoi qu'il en soit, les évolutions proposées vont dans le bon sens et permettent de répondre pour l'essentiel aux critiques formulées à l'encontre du droit positif. Seront ainsi successivement évoqués le nouveau critère de qualification du cautionnement commercial (1), les règles relatives au formalisme (2), la réécriture de l'exigence de proportionnalité et du devoir de mise en place (3), l'insertion dans le Code civil d'obligations d'information au profit de la caution (4) et l'élargissement des exceptions du débiteur pouvant être invoquées par la caution (5).

### 1. – La qualification commerciale du cautionnement

Il ne s'agissait pas de la modification la plus attendue mais elle est bienvenue. Aujourd'hui, le cautionnement est un acte civil par nature, mais il peut devenir commercial dans quatre cas. Si les trois premiers ne posent guère difficulté et s'inscrivent dans les règles applicables aux autres actes juridiques<sup>(17)</sup>, le quatrième, d'origine jurisprudentielle, soulève des hésitations. La Cour de cassation a en effet posé en règle que le cautionnement devient commercial lorsque la caution a un intérêt personnel dans l'opération garantie<sup>(18)</sup>, les juges du fond appréciant au cas par cas cet intérêt. La matière est donc casuistique et donne lieu à des interprétations parfois différentes.

Aussi, on sera sensible à la nouvelle règle posée par la réforme qui introduit dans l'article L. 110-1, 11° du Code de commerce un nouvel acte de commerce : la loi réputera en effet commercial, entre toutes personnes, le cautionnement d'une dette commerciale. La solution présente le mérite essentiel d'éviter les écueils préalablement énoncés et surtout de soumettre à la même juridiction la

dette principale et le contrat de cautionnement, et de promouvoir ainsi une bonne administration de la justice.

### 2. – Rationalisation du formalisme applicable au cautionnement

Les textes qui régissent aujourd'hui le formalisme du cautionnement figurent à la fois dans le Code civil, qui pose en règle que la mention manuscrite est une exigence de preuve<sup>(19)</sup> et dans des textes spéciaux, en particulier dans le Code de la consommation, qui affirme notamment que la caution personne physique qui s'engage au profit d'un créancier professionnel doit satisfaire à une mention manuscrite type<sup>(20)</sup>. À la faveur d'une jurisprudence que nous pourrions qualifier de laxiste, puisqu'elle sauve des contrats de cautionnement qui ne respectent pas scrupuleusement les dispositions de l'article L. 331-1 du Code de la consommation<sup>(21)</sup>, le contentieux relatif à la question du formalisme est omniprésent.

Aussi, l'ordonnance entend-elle régler la question en proposant dans un nouvel article 2297, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, une mention manuscrite moins rigoureuse, mais profitant à toutes les cautions personnes physiques et s'imposant à tous les créanciers, quels qu'ils soient, et ce, à peine de nullité. La caution devra indiquer dans la mention qu'elle apposera elle-même qu'elle s'engage à payer au créancier une somme dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres. Une mention type sera également exigée pour les cautionnements solidaires puisque l'article 2297, alinéa 2, du Code civil précise que si la caution est privée des bénéfices de discussion ou de division, elle doit reconnaître dans la mention qu'elle appose, ne pouvoir exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur ou qu'il divise ses poursuites entre les cautions.

### 3. – Clarification et articulation des exigences de proportionnalité et de mise en garde

La matière est passablement complexe parce que, là encore, l'exigence de proportionnalité a plusieurs sources<sup>(22)</sup> et se confond parfois avec le devoir de mise en garde. Désormais, le Code civil fixe les règles applicables à ces deux exigences.

S'agissant de la proportionnalité, elle jouera au profit de toutes les cautions personnes physiques s'engageant envers un créancier professionnel, lorsque leur engagement sera, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution (C. civ., art. 2300). La sanction sera dorénavant la réduction du cautionnement au montant à hauteur duquel la caution pouvait s'engager.

(14) Voir C. civ., art. 2321.

(15) Voir C. civ., art. 2322.

(16) Il suffit de songer au fait que le droit des contrats et le régime général des obligations ont été réformés dans le cadre d'une ordonnance. La méthode a fait ses preuves, l'utilisation des ordonnances présentant au moins les vertus de rapidité, d'efficacité ou encore de la clarté des textes proposés.

(17) Acte de commerce par nature (C. com., art. L. 110-1), par la forme (aval d'une lettre de change : C. com., art. L. 511-21) et par accessoire (C. com., art. L. 121-1).

(18) Voir, par exemple, Cass. com., 7 juill. 1969, D. 1970, 14.

(19) Le cautionnement étant un contrat unilatéral répondant ainsi à l'article 1376 du Code civil.

(20) C. consom., art. L. 331-1 ; voir, également, art. L. 314-15 et s. pour les cautionnements de crédit à la consommation ou de crédits immobiliers consentis à des particuliers.

(21) Alors pourtant que la lettre de la loi ne semble pas lui laisser cette liberté : voir par exemple, Cass. com., 5 avr. 2011, n° 09-14.358, Bull. civ. IV, n° 55.

(22) Les articles L. 314-18, L. 332-1 et L. 343-4 du Code de la consommation qui imposent au créancier professionnel une exigence de proportionnalité, coexistent avec la jurisprudence de la Cour de cassation ayant, elle aussi, mis en place cette exigence dans certaines situations résiduelles : voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juill. 2003, note Picod Y., D. 2004, p. 204, n° 4.

Quant au devoir de mise en garde, il suscite lui aussi un important contentieux. Pour tenter de l'endiguer, les nouveaux textes viennent le définir dans un article 2299 du Code civil qui dispose que tout 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. Il en résulte que toute caution, et pas seulement la caution non avertie, bénéficiera de cette obligation de mise en garde. Seule l'adaptation de l'engagement du débiteur à ses capacités financières comptera. Exit ainsi l'appréciation de la capacité financière de la caution. Exit également l'obligation de mettre en garde quant à l'absence de viabilité du projet financé par le prêt garanti par le cautionnement, aujourd'hui imposée par la jurisprudence. Il importe également de noter que la sanction prévue par le nouveau texte est différente de celle que l'on connaissait puisqu'au lieu de voir sa responsabilité engagée, le créancier sera déchu de son droit contre la caution à hauteur du préjudice subi par la caution.

Les sanctions envisagées en cas de non-respect de l'exigence de proportionnalité ou du devoir de mise en garde ne vont certainement pas tarir le contentieux car il importera, au cas par cas, de se prononcer sur la sanction de la réduction ou celle de la déchéance.

#### 4. – Introduction dans le Code civil de l'ensemble des obligations d'information bénéficiant à la caution

Les spécialistes du droit des sûretés savent que les dispositions qui consacrent un droit à l'information de la caution se trouvent aussi bien dans le Code monétaire et financier<sup>(23)</sup> que le Code de la consommation<sup>(24)</sup> et le Code civil<sup>(25)</sup>, avec parfois des hypothèses de chevauchements. Il convient ainsi d'être critique face à ce foisonnement de textes qui n'est pas le produit d'une législation cohérente et réfléchi.

### La réforme rapatrie l'ensemble des obligations d'information de la caution dans le Code civil.

Dès lors, la réforme rapatrie l'ensemble de ces obligations d'information dans le Code civil. Ainsi, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022, profiteront d'un droit à l'information relatif à l'évolution de la dette du débiteur et à sa défaillance toutes les cautions personnes physiques s'engageant au profit d'un créancier professionnel (C. civ., art. 2302 et 2303).

#### 5. – Affirmation de la possibilité pour la caution de se prévaloir de l'ensemble des exceptions tenant au contrat principal

Dans un arrêt discutable, la Chambre mixte de la Cour de cassation a affirmé que la caution ne pouvait opposer au créancier la nullité pour dol du contrat principal<sup>(26)</sup>. Pour justifier sa position, elle s'est

appuyée sur l'article 2313, alinéa 2, du Code civil selon lequel la caution ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur. Depuis, la Cour de cassation juge que la caution ne peut opposer au créancier que les exceptions inhérentes à la dette. Outre le fait que cette solution semble porter atteinte au caractère accessoire du cautionnement, elle suscite des incertitudes lorsqu'il s'agit de délimiter les exceptions purement personnelles au débiteur et celles qui sont inhérentes à la dette.

Pour résoudre la difficulté, la réforme pose en règle que la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur<sup>(27)</sup>. La solution est incontestablement bienvenue. Le second alinéa de l'article 2298 du Code civil précise toutefois que 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 règle se justifie car le cautionnement a précisément pour finalité de couvrir une telle défaillance. Le droit des procédures collectives ou le droit du surendettement peuvent en effet prévoir des solutions différentes en fonction des objectifs qui sont les leurs.

## III – LES MODIFICATIONS AFFECTANT LES SÛRETÉS RÉELLES

Le lecteur nous pardonnera cette troisième partie dans laquelle, sous forme de pot-pourri ou de mélange hétéroclite, nous tenterons de présenter de manière pédagogique et structurée les autres principaux apports de la réforme qui concernent les sûretés réelles puisque, à l'exception du cautionnement, les autres sûretés personnelles<sup>(28)</sup> n'ont pas été retouchés par les nouveaux textes. Rappelons que la présente étude n'ambitionne pas de décrire l'ensemble des modifications mais d'insister sur certaines évolutions marquantes. Nous évoquerons pour commencer des évolutions qui transcendent les catégories ou certaines catégories de sûretés réelles (1), pour voir ensuite les évolutions spécifiques à certaines sûretés réelles (2).

### 1. – Les évolutions transcendant certaines catégories de sûretés

Deux évolutions méritent de retenir tout particulièrement l'attention, celle ayant trait à la publicité des sûretés réelles et celle concernant la sûreté réelle pour autrui.

#### Harmonisation des règles de publicité pour les sûretés mobilières

La multiplicité des registres sur lesquels doivent être publiées les sûretés mobilières constitue aujourd'hui une véritable difficulté pour les praticiens qui doivent tantôt se rendre au greffe du tribunal de commerce (gage sans dépossession), tantôt au greffe du tribunal judiciaire (warrants agricoles) et consulter des fichiers distincts. La loi Pacte avait ainsi enjoint le pouvoir exécutif d'harmoniser et de simplifier les règles de publicité des sûretés mobilières, ce qui ne peut que susciter l'adhésion.

(23) C. mon. et fin., art. L. 313-22.

(24) C. consom., art. L. 332-2, L. 333-1 et L. 313-9.

(25) C. civ., art. 2293, al. 2.

(26) Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602, Bull. ch. mixte, n° 5.

(27) C. civ., art. 2298.

(28) Nous faisons référence ici à la garantie autonome et à la lettre d'intention.



Cette centralisation des inscriptions mobilières dans un seul registre est envisagée par l'article 31 de l'ordonnance qui conduit à modifier divers codes afin d'harmoniser les règles de publicité. Mais elle ne verra pas le jour au 1<sup>er</sup> janvier 2022. En effet, sa mise en place requiert des mesures réglementaires, un décret en Conseil d'État devant introduire ce nouveau registre. L'entrée en vigueur de ces règles est aujourd'hui décalée au plus tard au 1<sup>er</sup> janvier 2023<sup>(29)</sup>. Il reste à espérer que les délais seront tenus car nous avons tous en mémoire qu'en 2006 l'ordonnance de l'époque avait prévu une mesure de publicité spécifique pour la publicité des gages de véhicules automobiles qui devait être adoptée par le pouvoir réglementaire et qui n'a toujours pas vu le jour....

### Édiction de règles dédiées à la sûreté réelle pour autrui

Dans un arrêt qui avait fait grand bruit, la Cour de cassation a jugé en Chambre mixte qu'une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'implique aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui et n'est pas dès lors un cautionnement<sup>(30)</sup>. La solution est loin de faire l'unanimité<sup>(31)</sup>. La sûreté réelle pour autrui, qui peut porter sur un bien meuble (gage, nantissement, fiducie-sûreté mobilière...) comme sur un bien immeuble (hypothèque, gage immobilier, fiducie-sûreté immobilière), est une forme hybride de garantie car elle emprunte aux sûretés réelles sa technique juridique et aux sûretés personnelles l'absence d'identité du débiteur et du constituant. Cette sûreté repose en effet sur la constitution d'un droit réel accessoire par un tiers non débiteur de la créance garantie. *Quid* alors de la protection du garant ? Le groupe de travail Grimaldi avait suggéré d'introduire cette sûreté dans le giron du cautionnement, pour lui conférer l'étiquette de « cautionnement réel » qu'on lui connaissait avant l'arrêt précité de la Chambre mixte.

L'ordonnance rejette cette proposition mais ne reste pas insensible à la situation du garant réel pour autrui. Elle lui dédie un texte spécifique qui réaffirme la nature exclusivement réelle de cette sûreté (C. civ., art. 2325, al. 2 nouv.). Surtout, le garant réel pour autrui pourra bénéficier d'un certain nombre de règles protectrices dont jouissent les cautions. En effet, dans son deuxième alinéa, l'article 2325 dispose que « lorsque la sûreté réelle 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 ». Ce garant bénéficie alors, au même titre que la caution, d'un devoir de mise en garde, de créances d'obligations d'information, du bénéfice de discussion, du bénéfice de subrogation, et de recours identiques à la caution. L'équilibre ainsi trouvé par le nouveau droit paraît satisfaisant.

## 2. – Les évolutions spécifiques à certaines sûretés réelles

### Les sûretés-propiété

Comme on le sait, il est tout d'abord possible de **retenir la propriété à titre de garantie**, notamment en stipulant dans un contrat

une clause permettant de se réserver la propriété d'un bien jusqu'à complet paiement. Il importe de mentionner, s'agissant de cette garantie, un second alinéa ajouté à l'article 2372 du Code civil qui vise à combattre la jurisprudence qui interdit au sous-acquéreur d'un bien acquis sous réserve de propriété d'opposer au vendeur réservataire les exceptions dont il aurait pu se prévaloir contre l'acheteur-revendeur, ce qui conduit à sacrifier les intérêts du sous-acquéreur de bonne foi<sup>(32)</sup>. Désormais l'article 2372, alinéa 2, dispose que le sous-acquéreur ou l'assureur peut opposer au créancier les exceptions inhérentes à la date ainsi que les exceptions nées de ses rapports avec le débiteur avant qu'il ait eu connaissance du report.

### Le nantissement de créances n'a pas, lui non plus, été oublié par l'ordonnance.

Il est également possible de **céder la propriété à titre de garantie**, via notamment la technique dite de la fiducie-sûreté. Certaines dispositions de la réforme visent à assouplir sa constitution et sa réalisation. S'agissant de sa constitution, il convient de noter que les articles 2372-1 (fiducie mobilière) et 2488-1 (fiducie immobilière) du Code civil indiquent désormais que « l'obligation garantie peut être présente ou future ; dans ce dernier cas, elle doit être déterminable ». À vrai dire, il s'agit d'harmoniser cette sûreté avec d'autres sûretés réelles pour lesquelles la règle est déjà expressément prévue.

Par ailleurs, disparaissent des textes l'exigence d'évaluation du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire<sup>(33)</sup>. Il s'agit de tirer les conséquences du fait que cette règle n'est prévue pour aucune autre sûreté. Rien n'interdira en revanche aux parties de recourir à une telle évaluation si elles le souhaitent.

Enfin, et afin de répondre aux attentes de la pratique, les articles 2372-3 et 2488-3 du Code civil sont complétés afin d'instaurer plus de souplesse dans les modalités de vente des biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire. Il est ainsi désormais possible de vendre les biens ou droits à un prix différent de celui fixé par l'expert, seulement, toutefois, si la vente à ce prix n'a pas été possible. Le fiduciaire devra justifier d'une telle impossibilité et vendre au prix qu'il estime correspondre à la valeur du bien, mais sous sa responsabilité.

### Les sûretés fondées sur un droit de préférence

Le gage de meubles corporels fait l'objet de plusieurs retouches qui vont dans le bon sens.

On notera d'abord la possibilité de constituer *ab initio* un gage sur un meuble immobilisé par destination (C. civ., art. 2334 nouv.). La règle présente l'intérêt de permettre le maintien du gage dont l'assiette viendrait à être immobilisée par destination après la constitution du gage. La mesure se justifie par le fait que ces biens constituent une réserve de crédit difficilement exploitable par leur

(29) Voir article 37 de l'ordonnance ici commentée.

(30) Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18.210, Bull. ch. mixte, n° 7, p. 17.

(31) Voir par exemple pour une étude d'ensemble parmi d'autres, Gout O., Le cautionnement réel, in La réforme du droit des sûretés, sous dir. Andreu L. et Mignot M., Institut Universitaire Varenne, Coll. Colloques et Essais, 2019, p. 93-112.

(32) Cass. com., 5 juin 2007, n° 05-21. 349, Bull. civ. IV, n° 152.

(33) C. civ., art. 2372-2 pour la fiducie mobilière et art. 2488-2 pour la fiducie immobilière.

propriétaire. Le nouveau texte permettra donc que le gage porte sur des biens meubles, généralement d'une valeur importante, qui ont vocation à être intégrés à des immeubles (ex : turbines, transformateurs, panneaux solaires ou autres équipements des parcs éoliens, centrales solaires ou installations industrielles ou minières...). Comme le précise le rapport remis au Président de la République, la nouvelle règle permet de couvrir les situations dans lesquelles un bien meuble sur lequel un gage a été constitué a été par la suite intégré à un immeuble, et est ainsi devenu immeuble par destination, et celle où le gage est constitué *ab initio* sur un bien meuble immobilisé par destination.

Par ailleurs, les nouveaux textes facilitent l'aliénation des biens gagés, qu'ils soient en possession du constituant<sup>(34)</sup> ou du créancier<sup>(35)</sup>, tout comme la réalisation du gage en cas de défaillance du débiteur. En effet, comme le prévoit le nouvel article 2346 du Code civil, « *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* ». Il s'agit d'introduire dans le Code civil la procédure simplifiée de réalisation prévue pour le gage commercial. Comme il est possible de le relever, la règle est étendue à tous les gages constitués en garantie d'une dette professionnelle.

Enfin, s'agissant de l'évaluation du bien gagé, la réforme consacre la possibilité de recourir à une plateforme de négociation pour déterminer la valeur du bien<sup>(36)</sup>, plutôt qu'à « un marché organisé », comme tel est le cas actuellement. Il s'agit pour l'essentiel de tenir compte de ce qui existe dans le Code monétaire et financier.

Le nantissement de créances n'a pas, lui non plus, été oublié par l'ordonnance. Des précisions opportunes sont apportées, relatives à la preuve de la date du nantissement<sup>(37)</sup>, à l'affirmation de la possibilité de constituer plusieurs nantissements sur une même créance<sup>(38)</sup>, au règlement de la question du conflit entre créanciers nantis dont l'un a déjà reçu le paiement<sup>(39)</sup>. Surtout, le nouvel article 2363 du Code civil affirme désormais « *qu'après notification, le créancier nanti bénéficie d'un droit de rétention*

sur la créance et a seul le droit à son paiement tant en capital qu'en intérêts ». Le texte a pour ambition de marquer l'efficacité absolue du nantissement.

Si l'on se tourne du côté des sûretés immobilières, on a déjà eu l'occasion de souligner que la principale modification les affectant tenait à ce que les privilèges immobiliers seront dorénavant tous généraux, les anciens privilèges immobiliers spéciaux étant désormais intégrés dans la catégorie des **hypothèques légales**, laquelle se voit donc élargie d'autant. Il en résulte que les hypothèques légales seront, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022, classées en deux groupes, celles générales, celles spéciales.

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, nouv., reformulant l'ancien art. 2401).

Quant au créancier bénéficiaire d'une hypothèque spéciale, il ne peut inscrire son droit que sur l'immeuble sur lequel elle porte<sup>(40)</sup>. Il s'agit ici de respecter le principe de spécialité de l'inscription hypothécaire. Le nouvel article 2393 dresse la liste des hypothèques générales en reprenant, tout en le modernisant, le contenu de l'ancien article 2400 du Code civil. On notera notamment que l'hypothèque légale des époux n'est conservée que pour le régime matrimonial de la participation aux acquêts.

Il faut également relever la reconnaissance officielle de l'hypothèque légale du mineur qui, au lendemain de la loi n° 2007-208 du 5 mars 2007, avait été incertaine du fait de la suppression d'une référence à ce sujet dans l'article 2409 du Code civil.

Un nouveau paragraphe est consacré au jugement de condamnation (C. civ., art. 2401), ce type de jugement étant à tort traditionnellement qualifié d'hypothèque judiciaire alors que la loi octroie automatiquement le bénéfice de cette hypothèque lorsque ses conditions sont réunies.

Quant aux hypothèques spéciales, elles sont visées par les nouveaux articles 2402 à 2407 qui modernisent les règles existantes. Au titre de ces hypothèques, on trouve la créance de prix de vente d'un immeuble qui est garantie sur celui-ci, la créance de celui qui a fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble, les créances de toutes natures du syndicat des copropriétaires pour les quatre dernières années... On précisera simplement, cette liste étant bien connue, que les nouveaux textes suppriment le privilège des architectes et entrepreneurs en raison de la complexité et de la lourdeur de ses conditions d'exercice.

Parmi les autres innovations à mentionner, on évoquera, s'agissant des **hypothèques conventionnelles**, celle qui figure dans le nouvel article 2414 qui renverse le principe classique de prohibition des hypothèques sur bien futur, qui est depuis longtemps privé de sa substance par les nombreuses exceptions dont il fait l'objet. Dans un autre ordre d'idée, le nouvel article 2385 du Code civil propose une définition plus claire de l'hypothèque : il s'agit de « *l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation, sans dépossession de celui qui la constitue* ».

(34) Voir le nouvel article 2342 du Code civil qui autorise le constituant, sauf convention contraire, à aliéner les biens gagés à charge de les remplacer par des choses équivalentes. Jusqu'à la réforme, il convenait d'une stipulation expresse du contrat autorisant cette aliénation.

(35) Voir le nouvel article 2341, alinéa 3, qui autorise le créancier, lorsque la convention le prévoit, à aliéner les choses gagées à charge de les remplacer par des choses équivalentes.

(36) Voir le nouvel article 2348, alinéa 2, du Code civil.

(37) C. civ., art. 2361. « *En cas de contestation, la preuve de la date incombe au créancier nanti, qui peut la rapporter par tout moyen* ». La solution retenue est ainsi alignée avec celle de la cession de créance de droit commun issue de l'ordonnance du 10 février 2016 à l'article 1323 du Code civil, solution qui s'applique également pour la cession Dailly (C. mon. fin., art. L. 313-27, al. 4).

(38) Voir l'article 2361-1 du Code civil. Il s'agit là d'une règle propre au nantissement, sûreté non translatrice, et une telle possibilité ne se retrouve pas dans la cession fiduciaire de créance à titre de garantie.

(39) L'article 2361-1 du Code civil règle également une question qui avait divisée les auteurs au lendemain de la réforme du 23 mars 2006, quant au point de savoir comment se règle le conflit entre créanciers nantis dont l'un a déjà reçu paiement de la créance. Le principe est donc que le paiement est sans conséquence sur le classement des différentes sûretés, de sorte que le créancier premier en date peut exercer un recours contre un accipiens second en date. Il s'agit de la reprise de la solution prévue pour la cession de créance à l'article 1325 du Code civil.

(40) Voir le nouvel article 2392, alinéa 3, du Code civil.

Cette étude aura montré au lecteur que la réforme du droit des sûretés opérée par l'ordonnance du 15 septembre 2021 est une étape importante de l'évolution de la discipline. Incontestablement, il en résulte une simplification, ne serait-ce que par l'abrogation de nombreuses sûretés inutiles ou désuètes qui en dé-

coulent. Mais le droit français continuera de briller par son offre de sûretés impressionnante si on le compare aux droits étrangers. En attestent les sûretés sur créances qui pourront désormais emprunter de multiples habillages juridiques. Et il n'est pas certain qu'il faille s'en féliciter. ■

The advertisement features the Wolters Kluwer logo at the top left. The central text reads: "Toute l'actualité juridique, fiscale et sociale du droit des personnes et de la famille !". To the left, there is a cover of the "Personnes & Famille" journal, issue 12, dated December 2021. The cover highlights the article: "D'un devoir de fidélité à un devoir de loyauté : le devoir de fidélité dans le mariage fait-il encore sens ?". Below the journal cover is a tablet displaying the same article. To the right of the text, there are three small images: a woman talking to an elderly woman, a woman with a child, and a person writing at a desk with a gavel. At the bottom right, the website "www.wkf.fr" and the phone number "N°Cristal 09 69 39 58 58" are listed, along with the text "APPEL NON SURTAXÉ".



Par Michael TOTA

ATER à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

→ RLDC 7026

## Le nouveau régime juridique du cautionnement réel : entre révolution et imperfections

L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés opère une révolution pour le cautionnement réel. Alors que la jurisprudence refusait, depuis un arrêt d'une Chambre mixte du 2 décembre 2005, de lui appliquer les règles du cautionnement, le nouvel article 2325 du Code civil prévoit au contraire l'application de certaines règles du cautionnement. Mais la rédaction de ce texte s'avère cependant maladroite dans la mesure où elle procède essentiellement par des renvois aux dispositions du cautionnement, ce qui devrait parfois soulever quelques difficultés.

Ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, JO du 16

Le cautionnement réel n'est pas un cautionnement. L'affirmation est connue depuis l'arrêt d'une Chambre mixte du 2 décembre 2005<sup>(1)</sup> et la Cour de cassation n'a eu de cesse, ces dernières années, d'en tirer des conséquences toujours plus rigoureuses pour la caution réelle, la privant de l'arsenal législatif de protection propre au cautionnement. Pourtant, le cautionnement et la sûreté réelle pour autrui ont en commun d'être des sûretés pour autrui<sup>(2)</sup>. Ce point commun justifie d'ailleurs probablement que le législateur, lorsqu'il intervient dans le droit des procédures collectives, fasse profiter la caution réelle des dispositions protectrices qu'il instaure pour les garants personnels<sup>(3)</sup>.

Prenant en compte les nombreuses critiques doctrinales relatives à cette jurisprudence controversée, ainsi que l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant, les rédacteurs de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés ont en partie modifié le régime du cautionnement réel pour le soumettre à certaines dispositions régissant le cautionnement. Il faut d'emblée relever leur manque d'ambition. Là où l'avant-projet de l'Association Henri Capitant proposait de

consacrer la terminologie de « cautionnement réel »<sup>(4)</sup> et de classer le texte la prévoyant parmi les dispositions relatives au cautionnement, les rédacteurs de l'ordonnance se contentent de classer le nouvel article 2325 du Code civil – qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2022 – dans les dispositions relatives aux sûretés réelles. Sa rédaction se révèle au reste décevante. Ambiguë, elle procède essentiellement par des renvois lorsqu'il s'agit d'appliquer les règles relatives au cautionnement, ce qui soulève des difficultés lorsqu'une adaptation de ces règles est nécessaire pour tenir compte de la spécificité du cautionnement réel. Il ressort en tout cas de cette disposition que les règles relatives au cautionnement s'appliquent de manière limitée à la formation du cautionnement réel (I), mais de manière extensive à ses effets (II).

### I – L'APPLICATION LIMITÉE DES RÈGLES DU CAUTIONNEMENT À LA FORMATION DU CAUTIONNEMENT RÉEL

Le droit du cautionnement prévoit de longue date des dispositions protectrices pour la caution, personne physique, au stade de la formation de cette sûreté. L'ordonnance du 15 septembre 2021 qui

(1) Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18.210, Bull. mixte, n° 7, D. 2006, p. 729, concl. Sainte-Rose J., *ibid.* p. 61, obs. Avena-Robardet A., *ibid.* p. 733, note Aynès L., *ibid.* p. 1414, obs. Lemouland J.-J. et Vigneau D., *ibid.* 2855, obs. Crocq P., AJ famille 2006, p. 113, obs. Hilt P., RTD civ. 2006, p. 357, obs. Vareille B., *ibid.* p. 594, obs. Crocq P., RTD com. 2006, p. 465, obs. Legeais D.

(2) En ce sens : Aynès A., JCP G 2018, 670, note sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 avr. 2018, n° 17-17.542, Bull. civ. III, n° 46.

(3) Par exemple : C. com., art. L. 622-28, L. 626-11 et ancien art. L. 631-20.

(4) Selon des auteurs qui participèrent aux travaux de l'Association Henri Capitant, « l'objectif de ce retour à la dénomination antérieure à 2005 est donc de permettre l'application de celles des règles du cautionnement qui sont communes aux engagements pour autrui », Aynès L., Crocq P., Aynès A., Droit des sûretés, LGDJ, 14<sup>e</sup> éd., 2020, n° 66, p. 84.

consacre le devoir de mise en garde l'a étendu au bénéfice de la caution réelle (A), mais si elle a considérablement assoupli le formalisme de la mention manuscrite, de manière justifiée, elle ne l'étend pas à la caution réelle (B).

### A – L'extension du devoir de mise en garde à la caution réelle

L'article 2299 du Code civil consacre légalement le devoir de mise en garde développé par la jurisprudence. Ce devoir pesait sur le créancier envers l'emprunteur, puis elle l'étendit à la caution. Elle refusait toutefois qu'il puisse bénéficier à la caution réelle<sup>(5)</sup>, ce qui était difficilement compréhensible dans la mesure où, comme le relevait un auteur, « *le risque lié à la garantie tient cependant à la qualité de tiers à l'opération* » car le garant « *n'a pas à sa disposition tous les éléments lui permettant de mesurer le risque pris en s'engageant* »<sup>(6)</sup>. Cette solution contestable sera écartée, puisque le nouvel article 2325 du Code civil relatif au cautionnement réel renvoie à ce nouvel article 2299 du Code civil. Le domaine de ce devoir de mise en garde demeure cependant limité dans la mesure où il ne s'impose qu'en présence d'une caution personne physique et cette limitation devrait logiquement valoir pour la caution réelle<sup>(7)</sup>. Il s'agit là probablement d'une évolution par rapport à la jurisprudence antérieure, le texte ne faisant aucune référence à la qualité de la caution personne physique alors que la jurisprudence exigeait que la caution soit non avertie<sup>(8)</sup>, ce qui n'est pas sans lien avec la sanction qu'elle retenait.

Traditionnellement, elle sanctionnait l'inexécution de ce devoir sur le terrain de la responsabilité contractuelle<sup>(9)</sup>. Il fallait donc pouvoir retenir une faute à l'encontre du créancier, laquelle s'appréciait en fonction de la qualité de la caution. Sa sanction donnait alors lieu à l'allocation de dommages et intérêts équivalents à la chance perdue de ne pas contracter<sup>(10)</sup>. Le nouvel article 2299 du Code civil retient en revanche comme sanction une déchéance partielle « *à la hauteur du préjudice subi* » par la caution. Si la sanction est pragmatique pour un cautionnement, elle s'avère, à notre avis, plus délicate à mettre en œuvre pour le cautionnement réel. En effet, l'article 2325 du Code civil limite l'action du bénéficiaire de cette sûreté réelle pour autrui au bien constitué en garantie, ce qui laisse entendre que celui-ci ne pourra pas demander le paiement de la dette à la caution réelle. C'est donc lors de la réalisation de la sû-

reté réelle consentie que devra être mise en œuvre cette sanction, au besoin avec le paiement d'une soule par le créancier en cas d'attribution judiciaire<sup>(11)</sup> ou conventionnelle<sup>(12)</sup> si la valeur du bien est supérieure au montant de la dette garantie. La mise en œuvre de la sanction de l'inexécution du devoir de mise en garde impliquera donc d'appliquer les règles relatives aux sûretés réelles.

### B – L'exclusion justifiée de l'exigence d'une mention spéciale

La mention spéciale que la caution personne physique doit apposer à peine de nullité du cautionnement est désormais prévue par le nouvel article 2297 du Code civil. Cette entrée dans le Code civil s'accompagne d'un assouplissement considérable de son contenu par rapport aux mentions sacramentelles du Code de la consommation issues des lois *Neiertz* et *Dutreil* qui suscitaient un contentieux important. La caution réelle qui était dispensée de ces dernières<sup>(13)</sup> le sera aussi de la nouvelle mention, puisque le nouvel article 2325 du Code civil ne renvoie pas au nouvel article 2297 du même code.

## Le cautionnement réel demeure soumis au formalisme de la sûreté réelle constituée pour garantir la dette d'autrui.

Le maintien d'une telle exclusion pourrait surprendre. Si l'on comprend que les mentions manuscrites sacramentelles du Code de la consommation ne s'étendent pas au cautionnement réel en raison de la référence aux éléments caractéristiques du cautionnement dont plusieurs étaient incompatibles avec la conception du cautionnement réel retenue par Cour de cassation, ce choix apparaît plus contestable pour la nouvelle mention considérablement assouplie. En effet, bien que l'action du créancier soit limitée au seul bien affecté en garantie de la dette d'autrui, il n'en demeure pas moins que cette sûreté reste dangereuse pour la caution réelle. À la vérité, il semble toutefois que le contenu de la nouvelle mention apparaisse inadapté au cautionnement réel<sup>(14)</sup>, puisque la mention doit contenir que la caution s'engage « *à payer au créancier ce que lui doit le débiteur* »<sup>(15)</sup>. Même si la formule n'est pas sacramentelle, elle paraît donc difficilement compatible avec l'action du créancier limitée au seul bien affecté en garantie.

(5) Cass. com., 24 mars 2009, n° 08-13.034, Bull. civ. IV, n° 43, D. 2009, p. 1661, note Borgia N., JCP G 2009, II, 10091, note Gourio A., JCP E 2009, 1399, note Legeais D., Gaz. Pal. 12 sept. 2009, p. 12, obs. Bury B., Rev. Proc. coll. 2009, comm. 100, obs. Martin-Serf A.

(6) Legeais D., JCP E 2009, 1399, note sous Cass. com., 24 mars 2009, n° 08-13.034, Bull. civ. IV, n° 43.

(7) Le rapport au Président de la République est en ce sens.

(8) Cass. com., 28 nov. 2006, n° 05-13.559, RD banc. et fin. janv.-févr. 2007, n° 7, obs. Legeais D.; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 févr. 2007, n° 05-12.262.

(9) Cela est douteux dans la mesure où ce devoir de mise en garde relève de la période précontractuelle. Des auteurs expliquaient néanmoins ce rattachement « *par un effet d'attraction du contrat sur l'information : l'information portant sur les risques de l'exécution des conventions de prêt et de cautionnement, elle peut en ce sens être qualifiée d'obligation d'information contractuelle* », Barthez A.-S., Houtcieff D., *Traité de droit civil – Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n° 352, p. 253.

(10) Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274, Bull. civ. IV, n° 127, D. 2009, p. 2971, note Houtcieff D., JCP G 2009, 482, note Piedelièvre S., JCP E 2009, 2053, note Legeais D.

(11) Pour le gage, C. civ., art. 2347.

(12) Pour le gage, C. civ., art. 2348.

(13) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 sept. 2016, n° 15-20.664, D. 2016, p. 1996, obs. Crocq P., Dr. & patr. janv. 2017, p. 86, obs. Dupichot Ph.

(14) Du moins selon la volonté annoncée des rédacteurs de l'ordonnance du 15 septembre 2021 dans la mesure où le rapport au Président de la République précise que « *la nature de sûreté réelle de cette figure est ainsi réaffirmée, conformément à la jurisprudence actuelle et dans un souci de sécurité juridique* ».

(15) En ce sens Gouëzel A., Bougerol L., *Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification*, D. 2018, p. 679 : ces auteurs se prononcent à propos de la mention spéciale de l'article 2298 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant, mais la mention requise par le nouvel article 2297 du Code civil dans sa version issue de la réforme opérée par l'ordonnance du 15 septembre 2015 est la même.

Il convient également de ne pas omettre que le cautionnement réel demeure soumis au formalisme de la sûreté réelle constituée pour garantir la dette d'autrui. Or, lorsqu'une sûreté réelle immobilière est consentie, un acte notarié est requis pour sa formation. Un tel acte est dispensé en principe des mentions manuscrites exigées<sup>(16)</sup> et surtout la caution réelle bénéficiera du devoir de conseil du notaire qui sera sans doute bien plus adapté pour l'éclairer sur la dangerosité de l'opération que la rédaction d'une simple mention<sup>(17)</sup>. Il est cependant vrai qu'en matière mobilière, un simple acte sous signature privée étant suffisant, la caution réelle serait privée de la protection offerte par le notaire. Néanmoins, même si l'acte constitutif ne fait pas l'objet d'une mention spéciale, il doit désigner la créance et la dette garantie<sup>(18)</sup>, ce qui devrait tout de même attirer l'attention de la caution réelle et, à tout le moins, lui faire comprendre que son bien servira à garantir la dette d'autrui. Rajouter une mention spéciale tirée du droit du cautionnement aurait donc inutilement alourdi sa constitution. On se reportera donc au formalisme des sûretés réelles pour connaître les conditions de forme du cautionnement réel.

## Il faut peut-être comprendre le silence du nouvel article 2325 du Code civil comme une manifestation de la liberté contractuelle qui autoriserait des figures autres que le « cautionnement réel » comme sûreté réelle pour autrui

L'extension des règles protectrices du cautionnement à la formation du cautionnement réel demeure donc heureusement limitée au seul devoir de mise en garde, la formation de cette sûreté restant essentiellement sous l'emprise des règles de formation des sûretés réelles. Elle se justifie néanmoins aisément car elle permettra à la caution réelle d'obtenir des informations qui pourraient être déterminantes pour décider ou non de garantir la dette d'autrui. En revanche, cette extension est beaucoup plus importante au stade des effets du cautionnement réel.

## II – L'APPLICATION EXTENSIVE DES RÈGLES DU CAUTIONNEMENT AUX EFFETS DU CAUTIONNEMENT RÉEL

En procédant par renvoi, le nouvel article 2325 du Code civil offre une protection accrue de la caution réelle en lui étendant des règles protectrices jusque-là spécifiques au cautionnement (A). La

rédaction de ce nouveau texte soulève toutefois des incertitudes relatives au droit du bénéficiaire d'un cautionnement réel (B).

### A – Une protection accrue de la caution réelle

Le nouvel article 2325 du Code civil étend les devoirs d'information incombant antérieurement à la réforme au seul créancier d'un cautionnement. Un premier renvoi est opéré au nouvel article 2302 pour le devoir d'information annuel incombant au créancier, qui n'est pas sans rappeler les articles L. 313-22 du Code monétaire et financier et L. 333-2 du Code de la consommation qui seront abrogés au 1<sup>er</sup> janvier 2022. La Cour de cassation refusait que la caution réelle puisse bénéficier de l'information prévue par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier<sup>(19)</sup>, ce qui était parfois approuvé<sup>(20)</sup>. La solution s'avérait pourtant critiquable, car le constituant d'une sûreté réelle pour autrui « peut trouver une utilité à l'information annuelle sur l'état de la dette garantie, ne serait-ce que pour interférer auprès du débiteur afin qu'il s'exécute ou réduise son endettement »<sup>(21)</sup>. La réforme opérée par l'ordonnance du 15 septembre 2021 apporte donc une réponse satisfaisante à un problème créé par la position dogmatique de la Cour de cassation. Elle emporte comme conséquence l'extension du domaine la règle spéciale relative à l'imputation des paiements : les paiements partiels effectués par le débiteur principal seront réputés dans les rapports entre la caution réelle et le créancier professionnel s'imputer prioritairement sur le principal de la dette<sup>(22)</sup>. Au reste, le renvoi au nouvel article 2303 du Code civil permettra à la caution réelle, si elle est une personne physique, de bénéficier d'une information en cas d'incident de paiement du débiteur principal.

Ensuite, alors que la jurisprudence refusait que la caution réelle puisse invoquer le bénéfice de discussion<sup>(23)</sup>, ce qu'approuvait une partie de la doctrine<sup>(24)</sup>, notamment parce qu'il était écarté en matière hypothécaire<sup>(25)</sup>, le nouvel article 2325 du Code civil, opérant par renvoi au nouvel article 2305 du même code, autorisera la caution réelle à se prévaloir de ce bénéfice. Évidemment, la caution pouvant renoncer à ce bénéfice, la caution réelle le pourra aussi. Seule différence notable, alors qu'une mention spéciale est requise pour que la caution y renonce<sup>(26)</sup>, elle ne devrait pas l'être pour la caution réelle puisque l'article 2325 du Code civil ne renvoie à l'article 2297 du même code.

(16) C. civ., art. 1369, al. 3.

(17) Un auteur notait déjà, à propos des mentions manuscrites du Code de la consommation, qu'« il est certain que cette information sera beaucoup plus personnalisée que celle résultant du recopiage d'une ou de deux formules obligatoires et peu claires qui ne permettent en réalité pas une bonne information », Piédelièvre S., Droit de la consommation, Economica, 3<sup>e</sup> éd., 2020, n° 411, p. 481-482.

(18) C. civ., art. 2336.

(19) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 févr. 2006, n° 02-16.010, Bull. civ. I, n° 53, D. 2006, p. 1543, note Bonnet V., RD banc. et fin. 2006, comm. 66, obs. Legeais D. ; Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-13.762, Bull. civ. IV, n° 59, D. 2006, AJ, p. 782, obs. Lienhard A., RD banc. et fin. 2006, comm. 101, obs. Legeais D. ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2000, n° 98-11.390, Bull. civ. I, n° 33, D. 2001, somm. p. 694, obs. Aynès L.

(20) Aynès L., D. 2001, p. 694, obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 févr. 2000, n° 98-10.902.

(21) Bourassin M., Brémond V., Droit des sûretés, Sirey, 7<sup>e</sup> éd., 2020, n° 1303, p. 925. Voir aussi Mignot M., Le devenir de la sûreté réelle pour autrui dans la jurisprudence récente, JCP N 2012, 1340, spéc. n° 2.

(22) La règle de droit commun de l'imputation des paiements partiels est prévue par l'article 1343-1 du Code civil (anciennement 1254).

(23) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 nov. 2015, n° 14-21.332, JCP G 2016, 218, note Pellier J.-D., RD banc. et fin. 2016, comm. 20, obs. Legeais D.

(24) Par exemple : Pellier J.-D., JCP G 2016, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 nov. 2015, n° 14-21.332. Voir aussi Legeais D., RD banc. et fin. 2016, comm. 20, obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 nov. 2015, n° 14-21.332.

(25) Bourassin M., Brémond V., Droit des sûretés, Sirey, 6<sup>e</sup> éd., 2018, n° 1298, p. 851-852 ; Mestre J., Putman E., Billiau M., Traité de droit civil – Droit spécial des sûretés réelles, LGDJ, 1996, n° 559, p. 14.

(26) Nouvel article 2297 du Code civil.



S'agissant des recours, les renvois du nouvel article 2325 du Code civil aux nouveaux articles 2308 et 2309 du même code permettent de consacrer expressément pour la caution réelle un recours personnel et un recours subrogatoire contre le débiteur principal. Un texte prévoyant le recours subrogatoire n'est pas superflu, car même si l'article 1346 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 retient une ouverture large de la subrogation légale, l'application rigoureuse de ce texte « paraît exclure la subrogation au profit du constituant d'une sûreté réelle pour autrui, sauf lorsqu'il choisit de payer la dette garantie pour empêcher la réalisation de la sûreté »<sup>(27)</sup>. Toutefois, plutôt qu'un renvoi, il aurait mieux valu créer une disposition spéciale propre aux recours de la caution réelle dans la mesure où la référence au « paiement » par ces textes est inadaptée, car il n'y a pas de paiement *stricto sensu* si le créancier réalise sa sûreté réelle<sup>(28)</sup>. La consécration du recours subrogatoire permet néanmoins une autre innovation majeure, celle de l'extension du domaine du bénéfice de subrogation autorisée par un renvoi à l'article 2314 du Code civil. On sait en effet que la jurisprudence refusait que la caution réelle puisse s'en prévaloir<sup>(29)</sup>. Une telle solution s'avérait inopportune, car la *ratio legis* imposait l'extension à la caution réelle<sup>(30)</sup>. Le cautionnement réel connaît donc une nouvelle cause d'extinction<sup>(31)</sup>. La difficulté risque toutefois de survenir en raison de la nouvelle rédaction de l'article 2314 du Code civil. Selon la nouvelle formulation, la décharge sera « à concurrence du préjudice » subi par la caution, et donc par extension, à celui subi par la caution réelle. Certes, cette règle non inscrite dans l'article 2314 avant la réforme était déjà appliquée par la jurisprudence<sup>(32)</sup>. Il n'empêche qu'elle s'avère délicate à mettre en œuvre dans le cadre de la réalisation d'une sûreté réelle<sup>(33)</sup>.

(27) Aynès A., JCP G 2018, 670, note sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 avr. 2018, n° 17-17.542, Bull. civ. III, n° 46. Au reste, le recours subrogatoire de la subrogation réelle sur le fondement de l'article 1346 du Code civil est généralement admis lorsqu'elle a volontairement payé la dette du débiteur (Atsarias S., La protection des garants des dettes de l'entreprise, LGDJ, 2018, n° 971, p. 634). Cela se comprend si l'on considère que l'intérêt légitime visé par ce texte serait « un intérêt au paiement distinct de son intérêt à la subrogation » (François J., Traité de droit civil, t. 4, Les obligations – Régime général, Economica, 5<sup>e</sup> éd., 2020, n° 567, p. 558). La caution réelle qui paye le créancier pour éviter de perdre son bien a alors un tel intérêt.

(28) Le paiement est en effet selon l'article 1<sup>er</sup> article 1342 du Code civil « l'exécution volontaire de la prestation due ». Or, la réalisation de la sûreté par le créancier n'implique pas une exécution « volontaire » de la caution réelle qui se contente de la subir.

(29) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 avr. 2018, n° 17-17.542, Bull. civ. III, n° 46, D. 2018, p. 1540, note Gouëzel, D. 2018, p. 1884, obs. Crocq P., RDI 2018, p. 385, obs. Heugas-Darvaspen H., AJ contrat 2018, p. 241, obs. Houtcieff D., RTD civ. 2018, p. 461, obs. Crocq P., RTD com. 2018, p. 773, obs. Martin-Serf, JCP G 2018, 670, note Aynès A., JCP E 2018, 1302, note Legeais D., Rev. proc. coll. 2018, comm. 114, note Gijssbers Ch. Des auteurs relèvent à propos de cet arrêt que la troisième chambre civile a « curieusement refusé » cette possibilité, Aynès L., Croc P., Aynès A., Droit des sûretés, LGDJ, 14<sup>e</sup> éd., n° 66, p. 83.

(30) Gouëzel A., note sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 avr. 2018, n° 17-17.542, D. 2018, p. 1543.

(31) Le bénéfice de subrogation – qui devrait plutôt s'appeler « bénéfice de non-subrogation », car « c'est la privation des avantages de la subrogation qui emporte » la décharge – est une cause d'extinction à titre principal (Simler Ph., Delebecque Ph., Les sûretés – La publicité foncière, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2016, n° 267, p. 261).

(32) Pour un exemple : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 févr. 1987, n° 85-12.406, Bull. civ. I, n° 64, D. 1987, p. 451, obs. Aynès L.

(33) La déchéance partielle aboutira à diminuer le montant de la dette garantie par le cautionnement réel. Si la valeur du bien s'avère supérieure à celle du montant diminué par cette déchéance, le créancier devra alors payer une soule à la caution réelle s'il demande l'attribution judiciaire ou conventionnelle du bien objet de la sûreté.

Au reste, en cas de pluralité de cautions, le nouvel article 2325 du Code civil permet – par renvoi à l'article 2312 du même Code – à la caution réelle d'avoir un recours personnel et un recours subrogatoire contre les autres cautions, chacune pour sa part. Une fois encore, la référence au « paiement » est malheureuse, mais ce renvoi soulève d'autres difficultés. La première tient à ce qu'il faut déterminer les parts de chacune et donc celle de la caution réelle qui exercera le recours. Le créancier n'ayant qu'une action limitée au bien donné en garantie, c'est la valeur de ce dernier qui devrait servir à déterminer la part de la caution réelle, mais le problème tient alors à la détermination de la date d'appréciation de sa valeur<sup>(34)</sup>. La seconde tient à l'hypothèse d'une pluralité de cautions réelles. L'action du créancier étant limitée au bien donné en garantie, celle subrogée dans ses droits ne pourrait pas demander le paiement aux autres ; elle ne pourrait que réaliser la sûreté réelle consentie<sup>(35)</sup>, avec le risque de devoir payer une soule. Des textes spécifiques au cautionnement réel apparaîssent donc nécessaires, on ne peut donc que regretter que les rédacteurs de l'ordonnance se soient bornés à procéder à un simple renvoi au droit du cautionnement.

## B – Les incertitudes relatives au droit du créancier

La volonté affirmée des rédacteurs de l'ordonnance du 15 septembre 2021 était de maintenir l'analyse moniste du cautionnement réel dans la mesure où le rapport au Président de la République précise que « la nature de sûreté réelle de cette figure est ainsi réaffirmée, conformément à la jurisprudence actuelle et dans un souci de sécurité juridique »<sup>(36)</sup>. Pourtant la formulation du nouvel article 2325 du Code civil pourrait aboutir à retenir une conception mixte du cautionnement réel. En effet, d'une part, ce texte fait expressément référence à la qualité de « créancier » alors que la jurisprudence déniait cette qualité au bénéficiaire d'un cautionnement réel. D'autre part, il dispose que « le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie ». Or, l'article 30 du Code de procédure civile invite à distinguer l'action du droit substantiel<sup>(37)</sup>, de sorte que l'on pourrait déduire qu'en dépit d'une restriction de son droit d'agir, le créancier dispose bien d'un droit personnel contre la caution réelle<sup>(38)</sup>. Le cautionnement réel serait alors un engagement personnel avec une limitation du droit de poursuite au bien donné en garanti<sup>(39)</sup> lequel fait l'objet d'une sûreté réelle dont est

(34) Sur ce problème, voir Ansault J.-J., Le cautionnement réel, Defrénois, 2009, n° 502 et s., p. 446 et s.

(35) Toutefois, s'il s'agit du recours personnel qui est exercée, une telle restriction ne devrait pas s'appliquer. En ce sens, voir Ansault J.-J., Le cautionnement réel, Defrénois, 2009, n° 499, p. 443-444 : l'auteur se prononce à propos de l'article 2310 du Code civil dans sa version antérieure à l'ordonnance du 15 septembre 2021, mais il analyse le recours prévu par ce texte, non comme l'exercice du droit du créancier, mais comme un recours personnel.

(36) Notons aussi que ce texte est placé dans un chapitre consacré aux dispositions relatives aux sûretés réelles, alors que l'article 2291 de l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant était placé dans un chapitre relatif au cautionnement.

(37) En ce sens : Cadiet L., Jeuland E., Droit judiciaire privé, LexisNexis, 11<sup>e</sup> éd., 2020, n° 316, p. 283-284.

(38) Contra : Gouëzel A., Bougerol L., Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification, D. 2018, p. 678. Ces auteurs se prononcent à propos de l'article 2291 de l'avant-projet de l'Association Henri Capitant, mais comme ce texte, le nouvel article 2325 du Code civil limite l'action au bien affecté en garantie.

(39) En ce sens, il convient de ne pas omettre que la Cour de cassation admet les limitations conventionnelles du droit de gage général (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 févr. 1972,

titulaire le créancier. Une telle analyse ne serait pas sans incidence sur le terrain des procédures collectives.

En effet, la jurisprudence déniait la qualité de « créancier » au bénéficiaire du cautionnement réel, elle en a récemment déduit que lors du placement de la caution réelle en procédure collective, il n'a pas à déclarer sa créance<sup>(40)</sup>. Pire, elle en déduit également qu'il échappait à la règle d'arrêt et d'interdiction des poursuites individuelles<sup>(41)</sup> au mépris du principe de l'effet réel des procédures collectives, ce qui paraissait aboutir à une situation d'exclusivité<sup>(42)</sup>. Ces solutions justifiées par une interprétation littérale des textes du Code de commerce deviennent intenable dès lors que le nouvel article 2325 du Code civil qualifie lui-même de « créancier » le bénéficiaire du cautionnement réel. Au reste, sans entrer dans ce débat, le renversement de cette jurisprudence pourrait aussi venir de la nouvelle version de l'article L. 622-21, II du Code de commerce modifié par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 – entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2021 –, qui ne fait plus référence aux « créanciers » pour la règle de l'arrêt ou de l'interdiction des procédures d'exécution sur les meubles et immeubles.

Enfin, il paraît curieux qu'aucun renvoi ne soit fait au nouvel article 2298 du Code civil s'agissant de l'opposabilité des exceptions alors que le deuxième alinéa du nouvel article 2355 du Code civil consacre la possibilité pour le tiers acquéreur « *comme le pourrait une caution, opposer au créancier toutes les exceptions qui*

*appartiennent au débiteur principal* »<sup>(43)</sup>. Certes, l'opposabilité des exceptions est un moyen de défense pour la caution. Néanmoins, elle intéresse le droit du créancier qui pourrait voir un obstacle se lever lorsqu'il demandera la réalisation de sa sûreté réelle. Il faut peut-être comprendre le silence du nouvel article 2325 du Code civil comme une manifestation de la liberté contractuelle qui autoriserait des figures autres que le « cautionnement réel » comme sûreté réelle pour autrui, par exemple une sûreté réelle pour autrui à première demande dont le régime s'inspirerait de celui de la garantie autonome, en prévoyant une inopposabilité des exceptions. Reste une incohérence dans ce cas, celle tenant à ce que garant réel aurait le droit de se prévaloir du bénéfice de subrogation – qui est d'ordre public –, là où le garant autonome ne devrait pas pouvoir s'en prévaloir.

Ainsi, en dépit de changements majeurs apportés au régime juridique du cautionnement réel, l'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés laisse l'impression d'un travail inachevé. Consacrer une seule disposition à la formulation ambiguë qui se borne essentiellement à renvoyer à des règles du cautionnement se révèle largement insuffisant lorsque l'application de telles règles nécessite une adaptation à la spécificité du cautionnement réel pour autrui. On ne peut donc que regretter l'occasion manquée par les rédacteurs de la réforme du droit des sûretés de doter le cautionnement réel d'un régime propre. ■

n° 70-12.756, Bull. civ. I, n° 50). Dans le cadre du cautionnement réel, le créancier ne pourrait donc pas demander l'exécution forcée de l'obligation.

(40) Cass. com., 17 juin 2020, n° 19-13.153, D. 2020, p. 1863, obs. Cagnoli P., D. 2020, p. 1925, obs. Ansault J.-J., RTD civ. 2020, p. 671, obs. Gijssbers C., JCP E 2020, 1353, n° 18, obs. Pétel Ph., JCP G 2020, 1037, obs. Mignot M., Bull. Joly Entreprises en difficulté sept. 2020, p. 24, obs. Favre Rochex ; Cass. com., 25 nov. 2020, n° 18-26.272 ;

(41) Cass. com., 25 nov. 2020, n° 19-11.525, D. 2021, p. 555, note Robine D., Gaz. Pal. 2 févr. 2021, p. 68, obs. Houin-Bressand C., Gaz. Pal. 16 févr. 2021, p. 32, obs. Dumont M.-P., RD bancaire. et fin. 2021, comm. 10, obs. Legeais D., Act. proc. coll. 2021, n° 36, obs. Cagnoli P., RDC mars 2021, p. 129, obs. Danos F., RLDC 2021/191, n° 6916, nos obs.

(42) En ce sens, voir nos observations sous Cass. com., 25 nov. 2020, n° 19-11.525, RLDC 2021/191 n° 6916.

(43) Il est vrai que le garant réel pour autrui n'est pas assimilable à un tiers détenteur, mais un rapprochement demeure possible.



Par Jérôme  
LASSERRE CAPDEVILLE

Maître de conférences HDR  
Université de Strasbourg

→ RLDC 7027

## Réforme du droit des sûretés. Retour sur deux évolutions importantes pour les banquiers : la mise en garde de la caution et la proportionnalité du cautionnement

L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 est venue récemment modifier de façon notable le droit des sûretés. Or, certaines nouveautés dégagées en matière de cautionnement sont particulièrement importantes pour le banquier dispensateur de crédit. Il en va plus particulièrement ainsi à propos de l'obligation de mise en garde de la caution et de l'obligation de proportionnalité du cautionnement. Cette contribution revient sur ces deux évolutions qui devraient avoir de réels impacts sur la pratique bancaire au quotidien.

1. Le droit des sûretés est enfin réformé ! En application de l'article 60 de la loi dite loi Pacte (plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises) du 22 mai 2019<sup>(1)</sup>, le gouvernement est venu modifier cette matière par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021<sup>(2)</sup>.

2. Cette réforme, qui était très attendue<sup>(3)</sup>, poursuit des objectifs notables. En premier lieu, elle tend à améliorer la sécurité juridique. En effet, l'ordonnance cherche à rendre plus lisible et plus accessible le droit des sûretés, notamment en clarifiant certaines notions, en précisant les textes actuels ou encore en intégrant dans le corps de la loi certaines solutions dégagées par la jurisprudence. En second lieu, la réforme veille à renforcer l'efficacité du droit des

sûretés, tout en maintenant un niveau de protection satisfaisant des constituants et des garants. Cette situation est très nette avec le cautionnement dont les dispositions figurant dans les différents codes sont abrogées pour être insérées d'une façon unique dans le Code civil. En dernier lieu, l'ordonnance permet d'améliorer le recours à la digitalisation en droit des sûretés. En ce sens, elle autorise la dématérialisation de l'ensemble de ces dernières, alors que jusqu'à présent notre droit n'admettait que la conclusion par voie électronique des actes sous signatures privée relatifs à des sûretés réelles ou personnelles à des fins professionnelles<sup>(4)</sup>.

3. Au final, le texte en question est à l'origine d'un grand nombre d'évolutions intéressantes tant le Code civil, que le Code de commerce, le Code monétaire et financier ou encore le Code de procédures civiles d'exécution. La plupart des sûretés réelles et des sûretés personnelles sont concernées par cette réforme qui entrera en vigueur, pour l'essentiel de ses dispositions, le 1<sup>er</sup> janvier 2022.

4. Nos propos ne porteront ici que sur une seule de ces sûretés, le cautionnement. L'article 2288, alinéa 1<sup>er</sup>, définit désormais ce dernier comme « le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci ».

5. Les évolutions y sont importantes<sup>(5)</sup>. Il est vrai que l'ordonnance réalise la réforme qui n'avait pu être entreprise en 2006 en raison

(1) L. n° 2019-486, 22 mai 2019, art. 60, JO, 23 mai 2019, texte n° 2.

(2) Ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, JO, 16 sept. 2021, texte n° 19. Pour une présentation générale, voir Gout O., Présentation de la réforme du droit des sûretés issue de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021, RLDC 2021/198, n° 7025, voir également RLDA 2021/175 supplément, Le nouveau droit des sûretés sous l'angle des affaires. Mais aussi, Legeais D., Ce qu'il faut retenir de l'ordonnance réformant le droit des sûretés, RD banc. fin. sept.-oct. 2021, n° 5, alerte 122 ; Séjean-Chazal Cl., L'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, JCP N, 24 sept. 2021, n° 38-39, act. 885 ; Dupichot Ph., 15 ans après, une réforme des sûretés à sa maturité, JCP E 2021, n° 50, 1439 ; Pellier J.-D., Réforme du droit des sûretés : saison 2, Dalloz actualité, 17 sept. 2021 ; An-sault J.-J. et Gijssbers Ch., Droit des sûretés, D. 2021, p. 1879.

(3) On se souvient que le ministère de la Justice avait publié le 18 décembre 2020, sur son site Internet, un avant-projet d'ordonnance portant réforme du droit des sûretés. Cet avant-projet avait, pour sa part, été rédigé sur la base d'un premier avant-projet de réforme du droit des sûretés élaboré en septembre 2017 par une commission constituée par l'association Henri Capitant. Sur ce dernier, Grima-di M., Mazeaud D. et Dupichot Ph., Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés, D. 2017, p. 1717.

(4) C. civ., art. 1175.

(5) Voir plus particulièrement, Pellier J.-D., Réforme du droit des sûretés (saison 2, épisode 1) : le cautionnement (dispositions générales), Dalloz actu., 20 sept. 2021 ; Bougerol L., Réforme du droit des sûretés (saison 2, épisode 2) : formation et étendue

de l'hostilité du Parlement. Nous nous limiterons cependant à exposer les évolutions intéressant plus spécifiquement le banquier dispensateur de crédit.

## L'objet du devoir de mise en garde est désormais limité aux capacités financières du débiteur.

6. À ce titre, trois modifications peuvent être mentionnées brièvement. D'abord, le futur article 2297 du Code civil vise la « célèbre » mention manuscrite<sup>(6)</sup>. Celle-ci reste exigée pour la validité du cautionnement, mais bénéficie désormais à toutes cautions personnes physiques, quelle que soit la qualité du créancier (donc même le créancier non professionnel). Surtout, la formule sacramentelle, qui donne lieu depuis de longues années à un contentieux notable, est remplacée par une mention apposée de la main de la caution personne physique (potentiellement de façon dématérialisée) rédigée en des termes librement choisis par elle<sup>(7)</sup>. Plus vraisemblablement, ce sera le créancier, donc dans notre cas le banquier, qui imposera son propre modèle de mention. Une seule exigence est ainsi formulée : que la formule utilisée exprime clairement la compréhension de la nature et de la portée de l'engagement<sup>(8)</sup>. Le contentieux devrait alors logiquement se réduire en la matière<sup>(9)</sup>.

7. Ensuite, le futur article 2298 indique que la caution peut opposer au créancier « toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur ». Il n'est donc plus question, comme depuis une décision remarquée de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 8 juin 2007<sup>(10)</sup>, de distinguer entre les exceptions purement personnelles et celles inhérentes à la dette. Toutes les exceptions appartenant au débiteur principal, réserve faite de l'incapacité et des exceptions liées à la défaillance du débiteur, seront, dès le 1<sup>er</sup> janvier prochain, opposables par la caution au banquier dispensateur de crédit.

du cautionnement, Dalloz actu., 19 sept. 2021 ; Pelletier J.-D., Réforme du droit des sûretés (saison 2, épisode 3) : les effets du cautionnement, Dalloz actu., 21 sept. 2021.

(6) Selon l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 2297 du Code civil : « 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 ».

(7) On notera que le contenu de la mention est allégé puisque, notamment, la durée du cautionnement n'y figure plus.

(8) Si le cautionnement est solidaire, la caution doit reconnaître dans la mention les conséquences de cette solidarité sous peine de conserver les bénéfices de discussion et de division.

(9) Un nouveau contentieux pourrait néanmoins apparaître à propos de l'appréciation de la clarté suffisante de la mention, Bougerol L., Réforme du droit des sûretés (saison 2, épisode 2) : formation et étendue du cautionnement, Dalloz actu., 19 sept. 2021.

(10) Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602, D. 2008, p. 514, note Andreu L., D. 2008, p. 871, obs. Martin D.-R., RTD civ. 2008, p. 331, obs. Crocq P., RTD civ. 2007, p. 585, obs. Legeais D., JCP G 2007, II, 10138, note Simler Ph., JCP E 2007, 1861, note Piédelièvre S., RD banc. fin. 2007, comm. 145, obs. Cerles A. Selon ce dernier, qui concernait une cause de nullité relative de l'obligation principale, « la caution ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur principal ». Voir également, concernant la prescription biennale de l'obligation garantie, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 déc. 2019, n° 18-16.147, D. 2020, p. 523, note Nicolle M., AJ Contrat 2020, p. 101, obs. Houticoff D., RTD civ. 2020, p. 161, obs. Gijsbers Ch., LPA 12 avr. 2021, n° 72, chron., p. 43, obs. Lasserre Capdeville J.

8. Enfin, le Code civil est désormais le siège d'un régime unique relatif aux obligations d'information dues par le créancier professionnel aux cautions personnes physiques. D'une part, le futur article 2302 du Code civil régira l'information annuelle sur l'évolution de la dette principale. D'autre part, l'article 2303 de ce code visera celle qui est due en cas de défaillance du débiteur. Il est à souligner que l'article 2302 précité reprend les dispositions de l'actuel article L. 312-22 du Code monétaire et financier. Son alinéa 3 étend ainsi le bénéfice de l'information annuelle aux cautions personnes morales engagées à l'égard d'un établissement de crédit ou d'une société de financement, en garantie d'un concours accordé à une entreprise. Ces deux nouvelles dispositions seront applicables dès le 1<sup>er</sup> janvier 2022 aux cautionnements antérieurs<sup>(11)</sup>.

9. En revanche, deux autres évolutions nécessitent des développements plus conséquents en raison des conséquences qu'elles devraient avoir sur l'activité quotidienne du banquier dispensateur de crédit.

10. Il en va ainsi pour les modifications des obligations intéressant la mise en garde de la caution (I), et la proportionnalité du cautionnement (II).

## I – L'ÉVOLUTION INTÉRESSANT LA MISE EN GARDE DE LA CAUTION

11. Aux termes du nouvel article 2299 du Code civil : « 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 ». Cette disposition légale est riche en évolutions tant concernant les conditions liées à cette obligation (A) que pour les sanctions encourues en cas de manquement (B).

### A – Concernant les conditions de l'obligation de mise en garde

12. L'ordonnance du 15 septembre 2021 vient légaliser le devoir jurisprudentiel de mise en garde<sup>(12)</sup>. Comme ont pu l'écrire deux auteurs : il « sort de l'ombre ! »<sup>(13)</sup>. Son régime est néanmoins très nettement modifié.

13. Tout d'abord, les cautions non averties devaient jusqu'ici être alertées, d'une part, sur le risque de non-remboursement du crédit par le débiteur principal<sup>(14)</sup> et, d'autre part, sur le risque pour elles, à la vue de leur situation patrimoniale, de ne pouvoir faire

(11) Ord., art. 37, III, al. 1<sup>er</sup>.

(12) Sur ce principe, Legeais D., Opérations de crédit, éd. LexisNexis, 2018, 2<sup>e</sup> éd., n° 721 et s. ; Lasserre Capdeville J., Storck M., Mignot M., Kovar J.-Ph. et Éréséo N., Droit bancaire, éd. Dalloz, coll. Précis, 2021, 3<sup>e</sup> éd., n° 2706 et 2707 ; Bougerol L. et Mégret G., Droit du cautionnement, Gaz. Pal. 2018, n° 44 et s.

(13) Ansault J.-J. et Gijsbers Ch., op. cit., n° 3.

(14) Cass. com., 22 mars 2011, n° 10-14.472, LEDB mai 2011, p. 5, n° 064, obs. Mignot M. ; Cass. com., 15 nov. 2017, n° 16-16.790, Bull. civ. 2017, IV, n° 149, D. 2017, p. 2573, note Albigès C., RTD civ. 2018, p. 185, obs. Crocq P., LEDB janv. 2018, p. 6, n° 111b3, obs. Mignot M. ; Cass. com., 12 juin 2019, n° 18-11.067, RD banc. fin. 2019, comm. 125, obs. Legeais D. ; Cass. com., 1<sup>er</sup> juill. 2020, n° 19-10.641, RD banc. fin. 2020, comm. 105, obs. Legeais D.



face à leur engagement<sup>(15)</sup>. Certaines décisions usaient ainsi de la formule suivante : « la banque est tenue à un devoir de mise en garde à l'égard d'une caution non avertie si, au jour de l'engagement, celui-ci n'est pas adapté à ses capacités financières ou s'il existe un risque d'endettement né de l'octroi du prêt garanti, résultant de l'inadaptation du prêt aux capacités financières de l'emprunteur »<sup>(16)</sup>. Une caution pouvait donc se retrouver bénéficiaire du devoir de mise en garde, alors même que son engagement était adapté à ses propres capacités financières.

14. L'ordonnance se démarque cependant de cette solution. L'objet du devoir de mise en garde est désormais limité aux capacités financières du débiteur. Dit autrement, l'obligation devra être uniquement respectée lorsque l'engagement du débiteur principal est inadapté à ses capacités financières. *Quid* concernant la situation de la caution ? Les rédacteurs de l'ordonnance considèrent, à juste titre selon nous, que ses capacités financières sont déjà protégées par les règles relatives à la proportionnalité de la caution<sup>(17)</sup>.

15. Ensuite, le respect de l'obligation étudiée est à présent dû par l'ensemble des créanciers professionnels. Cette solution est plus large que la jurisprudence précédente qui ne prévoyait ce devoir qu'à la charge du banquier dispensateur de crédit. Désormais, sont aussi concernés tous ceux qui sollicitent le cautionnement dans le cadre de leur activité professionnelle, fût-elle accessoire.

16. Enfin, jusqu'à l'ordonnance du 15 septembre 2021, il était acquis que le devoir de mise en garde ne bénéficiait qu'à l'emprunteur non averti, c'est-à-dire dont les connaissances ne lui permettaient pas d'apprécier justement le risque supporté. La distinction entre cautions averties/non averties était donc essentielle. Elle pouvait cependant susciter des incertitudes.

17. Or, le texte nouveau est à l'origine d'une évolution notable sur ce point également. Le bénéfice de l'obligation est en effet étendu à toute caution personne physique. Il n'est plus nécessaire, dès lors, de distinguer les avertis et les non avertis. Cet élargissement notable devrait logiquement faire disparaître le contentieux sur l'identification de la qualité de la caution et renforcer, par là-même, la sécurité juridique liée à cette obligation de mise en garde. Cette évolution a été présentée comme répondant à un souci de cohérence avec les autres protections dont bénéficient les cautions. En revanche, il résulte également de cette modification que les cautions personnes morales non averties ne sont plus protégées par cette obligation, comme c'était le cas jusqu'ici.

## B – Concernant la sanction au manquement à l'obligation de mise en garde

18. La réforme modifie la sanction du manquement au devoir de mise en garde. Celle-ci résidait jusqu'à présent dans le versement de dommages-intérêts venant réparer un préjudice de perte de

chance de ne pas contracter<sup>(18)</sup>. Ils venaient alors se compenser avec la dette de la caution.

19. L'article 2299, alinéa 2, dispose désormais que faute d'avoir mis en garde la caution, « le créancier est déchu de son droit contre la caution à hauteur du préjudice subi par celle-ci ».

### Une importante évolution apparaît ainsi dans le texte créé par l'ordonnance pour apprécier la disproportion du cautionnement.

20. Un courant doctrinal<sup>(19)</sup> considère que cette nouvelle sanction de la déchéance est de nature à mettre fin « au recours malheureux au mécanisme de la compensation ». Nous partageons cet avis. Le mécanisme précédent nécessitait de considérer que la caution avait exécuté son obligation en totalité, « ce qui lui permettait en principe de recourir contre le débiteur pour la totalité de la dette garantie »<sup>(20)</sup>. Le recours à la déchéance est, dès lors, plus cohérent ici.

21. Cette évolution a aussi pour conséquence notable de qualifier le moyen tiré du manquement au devoir de mise en garde de défense au fond<sup>(21)</sup>, c'est-à-dire un moyen tendant à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire<sup>(22)</sup>. Or, cette qualité permet au moyen d'échapper aux règles de la prescription<sup>(23)</sup>.

22. Le droit applicable à la mise en garde de la caution est donc très nettement modifié par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021. Il est objectivement amélioré par rapport au droit antérieur. Le même constat s'impose, par ailleurs, à l'égard de l'obligation pour le banquier prêteur de respecter une obligation de proportionnalité entre le contrat de cautionnement et les biens et revenus de la caution.

(18) Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274, D. 2009, p. 2971, note Houtcieff D., D. 2009 AJ p. 2607, obs. Delpech X., Banque et droit nov.-déc. 2009, p. 62, obs. Rontchevsky N., Banque et droit janv.-févr. 2010, p. 20, obs. Bonneau Th., JCP E 2009, 2053, note Legeais D. ; Cass. com., 12 juill. 2017, n° 16-10.793, D. 2017, p. 2020, note Lasserre Capdeville J., D. 2018, p. 2106, obs. Martin D.-R. et Synvet H., AJ Contrat 2017, p. 433, obs. Houtcieff D., Rev. sociétés 2017, p. 527, obs. Roussel-Galle Ph., RTD com. 2017, p. 669, obs. Legeais D.

(19) Bougerol L., *op. cit.*

(20) *Ibid.*

(21) Il ne s'agit donc pas d'une demande reconventionnelle, c'est-à-dire pour l'article 64 du Code de procédure civile, une demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire.

(22) CPC, art. 71.

(23) Jusqu'ici, il était acquis que le point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité, pour défaut de mise en garde, exercée par la caution contre la banque, était fixé au jour où la caution avait su, par la mise en demeure qui lui était adressée, que les obligations résultant de son engagement allaient être mises en exécution du fait de la défaillance du débiteur principal, Cass. com., 12 juill. 2017, n° 15-26.155 ; Cass. com., 21 nov. 2018, n° 17-21.025 ; Cass. com., 1<sup>er</sup> juill. 2020, n° 18-24.339, RD banc. fin. 2020, comm. 104, obs. Legeais D.

(15) Cass. com., 12 janv. 2010, n° 08-20.898 ; Cass. com., 26 janv. 2010, n° 08-70.423, RD banc. fin. 2010, comm. 89, obs. Legeais D. ; Cass. com., 22 nov. 2011, n° 10-25.197.

(16) Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 oct. 2020, n° 18-25.205 ; D. 2020, AJ p. 2116 ; Rev. sociétés 2021, p. 174, note D. Houtcieff ; Banque et droit 2021, n° 195, p. 32, obs. F. Jacob ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mai 2021, n° 19-20.568.

(17) V. *infra*, n° 23 et s.

## II – L'ÉVOLUTION INTÉRESSANT LA PROPORTIONNALITÉ DU CAUTIONNEMENT

23. Aux termes du nouvel article 2300 du Code civil : « 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 ». Observons, ici encore, les nouveautés liées à cet article, tant concernant les conditions liées à cette obligation (A) que les sanctions encourues en cas de manquement (B).

### A – Concernant les conditions de l'obligation de proportionnalité

24. L'exigence de proportionnalité<sup>(24)</sup> est née avec la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, dite loi « Neiertz », qui a ajouté un article 7-4 à la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, dite loi « Scrivener 1 », devenu par la suite l'article L. 314-18 du Code de la consommation. Selon ce texte : « Un établissement de crédit, une société de financement ( ) ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres II ou III du présent titre, conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ». Cet article ne concernait, cependant, que les cautionnements de personnes physiques en matière de crédit à la consommation et de crédit immobilier. Toutefois, la loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique était venue insérer dans le Code de la consommation un article L. 332-1, qui étendait la règle posée à l'article L. 314-18 à tout contrat de cautionnement conclu par une personne physique au profit d'un créancier professionnel.

25. Or, ces articles entraînent, de longue date, un contentieux abondant<sup>(25)</sup>. Une évolution de ce droit par l'ordonnance du 15 septembre 2021 ne saurait par conséquent surprendre.

26. À titre préalable, il est à noter que les anciens articles L. 314-18, L. 332-1 et L. 343-4 du Code de la consommation sont abrogés, et que leurs dispositions sont fusionnées dans une seule et unique disposition trouvant sa place dans le Code civil. Cette recodification ne s'est cependant pas faite à droit constant.

27. Une importante évolution apparaît ainsi dans le texte créé par l'ordonnance pour apprécier la disproportion du cautionnement. Désormais, cette appréciation ne peut plus se faire qu'au jour de la conclusion de l'engagement. Le créancier n'est donc plus susceptible d'y échapper en établissant que la caution est finalement en mesure d'y faire face « au moment où elle est appelée ».

28. Faut-il se réjouir de cette suppression ? Peut-être pas. En effet, on peut craindre, comme d'autres<sup>(26)</sup>, que cette modification soit de nature à inciter les cautions à agir en justice sur le fondement de la disproportion, l'évolution postérieure de leur situation étant à présent indifférente.

29. Cette inquiétude pourrait, néanmoins, être nettement tempérée en raison de l'évolution concernant la sanction applicable en la matière.

### B – Concernant la sanction au manquement à l'obligation de proportionnalité

30. Jusqu'à la réforme étudiée, la sanction applicable en la matière était l'« impossibilité pour le créancier de se prévaloir » du cautionnement. Cette sanction « du tout ou du rien », qui était particulièrement dissuasive, conduisait à des résultats pouvant paraître parfois inéquitables. En effet, une caution bénéficiant d'un patrimoine non négligeable, mais insuffisant pour lui permettre d'assumer son engagement de façon pleine et entière, se retrouvait totalement déchargée de son engagement.

31. Fort de ce constat, les rédacteurs de l'ordonnance ont décidé de modifier l'état du droit. La sanction est ainsi désormais une réduction judiciaire du cautionnement à la mesure de l'excès. Dit autrement, le cautionnement est réduit du montant à hauteur duquel la caution pouvait s'engager au jour du cautionnement. L'ordonnance a suivi ici une proposition figurant dans l'avant-projet de l'Association Capitant<sup>(27)</sup>.

32. Une précision est néanmoins à souligner : la réduction en question est en lien avec les capacités financières de la caution au moment de son engagement, et pas au moment des poursuites<sup>(28)</sup>. Il s'agit donc de « réduire l'engagement, non à ce qui peut être payé par la caution poursuivie, mais au montant auquel les parties auraient dû, ab initio, plafonner le cautionnement »<sup>(29)</sup>.

33. Voilà pour conclure, des évolutions importantes qui, sous certains aspects, sont favorables au banquier dispensateur de crédit, notamment en matière de sanctions encourues. Pour autant, ces modifications ne remettent pas en cause la protection de la caution, quelques extensions de cette dernière pouvant ainsi être relevées. Dans tous les cas, la sécurité juridique paraît sortir renforcée de ces évolutions. ■

(24) D'après la jurisprudence, la disproportion est manifeste lorsque la caution se trouve, lorsqu'elle souscrit le cautionnement, dans l'impossibilité évidente de faire face à un tel engagement avec ses biens et revenus, Cass. com., 28 févr. 2018, n° 16-24.841, Bull. civ. IV, n° 24.

(25) Lasserre Capdeville J., Storck M., Mignot M., Kovar J.-Ph. et Éréséo N., Droit bancaire, éd. Dalloz, coll. Précis, 2021, 3<sup>e</sup> éd., n° 2648. Piette G., Droit des sûretés, Gualino, 2020, 14<sup>e</sup> éd., p. 52 et s. Bougerol Let Mégret G., Droit du cautionnement, Gaz. Pal. 2018, n° 199 et s. Albigès C., À propos de la preuve d'un cautionnement disproportionné, in Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel, éd. Larcier 2021, p. 679. Sur les dernières décisions en la matière, Ansault J.-J. et Gijsbers Ch., Droit des sûretés, D. 2021, p. 1879, n° 4.

(26) Ansault J.-J. et Gijsbers Ch., op. cit., n° 4.

(27) Grimadi M., Mazeaud D. et Dupichot Ph., Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés, D. 2017, p. 1717.

(28) Cette solution fait songer à des décisions de jurisprudence anciennes, Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, Bull. civ. IV, n° 188, RTD civ. 1998, p. 100, obs. Mestre J., RTD com. 1997, p. 662, obs. Cabrillac M. ; Cass. com., 8 oct. 2002, n° 99-18.619, Bull. civ. IV, n° 136, D. 2003, p. 414, obs. Koering C., RTD civ. 2003, p. 125, obs. Crocq P. Cette jurisprudence avait cependant perdu de son intérêt en raison du développement du dispositif légal en matière de disproportion.

(29) Bougerol L., op. cit.



**Anaïs DÉPINOY**

Docteur en droit de l'Université de Lille  
Ingénieur de recherche  
ULR 4487 – CRDP – Centre de recherche Droits  
et perspectives du droit – (L'ERADP)

→ RLDC 7023

## Un negotium ne peut en cacher un autre au sein d'un même instrumentum !

### De la nécessité de la signature du cautionnement à l'aune de la réforme des sûretés.

À nouveau, la Cour de cassation se prononce sur la validité d'un cautionnement soumis à l'article L. 341-2 ancien du Code de la consommation, et inséré dans un acte de prêt signé par une personne ayant la double qualité de représentante de sa société et de caution. La solution rendue mérite aujourd'hui d'être analysée et éprouvée à l'aune des évolutions de la récente réforme du droit des sûretés.

Cass. com., 8 sept. 2021, n° 19-16.012, D

« Cautionnement, mention, signature et réforme des sûretés ». Encore la signature ? – L'irrégularité de la mention manuscrite prescrite par feu l'article L. 331-1 du Code de la consommation nourrit encore trop souvent le contentieux de la validité du cautionnement<sup>(1)</sup>, notamment quant à la valeur et la place de la signature<sup>(2)</sup> exigée, et à la possibilité d'y assimiler le paraphe. La signature et le paraphe, apposés sur un *instrumentum* voué à supporter principalement un prêt, ne valent pas signature et paraphe du cautionnement le garantissant, et ce dans un souci de protection de la caution. Preuve que la signature reste essentielle en la matière. En effet, la signature de la caution doit rigoureusement suivre la mention manuscrite prescrite à peine de nullité. Encore faut-il que la signature apposée le soit en qualité de caution, et non de représentant de l'emprunteur, pour le cautionnement d'un prêt consenti à une société, et souscrit par son dirigeant, comme en atteste l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 8 septembre 2021<sup>(3)</sup>.

Le scénario est classique : dans un acte sous signature privée du 12 mars 2013, une banque consent à une société un prêt garanti

par le cautionnement de sa dirigeante. La société étant mise en liquidation judiciaire, la banque assigne en paiement la caution. Cette dernière invoque alors la nullité de son engagement pour absence de signature.

Déboutée en première instance, la banque interjette appel. Le 16 janvier 2019, la cour d'appel de Paris infirme la décision, reconnaissant la validité de l'engagement de la caution, et la condamnant au paiement. Pour les juges du fond, la mention manuscrite exigée légalement et correctement reportée dans l'acte, précédait le paraphe de la caution, défini par le dictionnaire comme une signature abrégée. Pour eux, l'article L. 341-2 ancien du Code de la consommation requiert seulement que la signature figure sous la mention manuscrite sans imposer qu'elle lui fasse immédiatement suite, la distance entre mention et paraphe n'affectant pas le sens ou la portée du texte manuscrit que la caution ne contestait pas avoir rédigé. Ils relèvent enfin que cette dernière ne peut prétendre avoir apposé son paraphe en qualité de représentant légal de l'emprunteur alors que la page 12 de l'acte litigieuse était réservée à son engagement de caution.

La dirigeante se pourvoit en cassation arguant qu'elle a seulement signé et paraphé le prêt en qualité de gérante représentante de l'emprunteur, et non le cautionnement intégré en dernière page de l'acte. En « réput(ant) le paraphe de l'emprunteur comme valant signature en qualité de caution », la cour d'appel a méconnu le formalisme protecteur du consentement de la caution, en violation des articles L. 331-1 et L. 331-2 du Code de la consommation.

(1) Legeais D., Droit des sûretés et garanties du crédit, LGDJ, 2019, n° 159 et s. ; Aynès L., Crocq P. et Aynès A., Droit des sûretés, LGDJ, 2020, n° 104 et s.  
(2) Voir Dauriac I., La signature, thèse Univ. Paris II, 1997, not. n° 8, 17, et 63.  
(3) Cass. com., 8 sept. 2021, n° 19-16.012, Lexbase éd. Quotidien 21 sept. 2021, n° N8741BYE, obs. Téchené V.

La Cour de cassation devait se prononcer sur la validité du cautionnement inséré sous un acte de prêt, signé avant la mention manuscrite et paraphé après, par la gérante représentante de l'emprunteur. En présence de deux *negotia* dans un unique *instrumentum*, la signature du premier vaut-elle signature du second, lorsque l'acte est signé par une seule et unique personne, ayant la double qualité de représentant de l'emprunteur et de caution ?

## Dans la perspective d'une application anticipée, le droit nouveau modifierait-il la solution rendue en l'espèce ?

La Haute juridiction censure la décision des juges du fond au visa de l'article L. 341-2 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 14 mars 2016. La cour d'appel a violé ledit texte en retenant la validité du cautionnement en l'absence de signature de la caution sous les mentions manuscrites, après avoir pourtant constaté que sur la dernière page de l'acte de prêt figurait, au-dessus de celles-ci, la mention de l'emprunteur, représenté par sa gérante, suivie de sa signature et de son paraphe au bas de page.

Est donc nul le cautionnement pour défaut de signature en qualité de caution sous les mentions manuscrites (I). Prévisible, cette nullité doit désormais être éprouvée à l'aune de la récente ordonnance portant réforme du droit des sûretés<sup>(4)</sup> (II).

## I – LA NULLITÉ DU CAUTIONNEMENT POUR DÉFAUT DE SIGNATURE EN QUALITÉ DE CAUTION

Dès lors que le cautionnement ne comprend qu'une mention manuscrite non suivie d'une signature de la caution, il ne peut être que sanctionné par la nullité (A). L'assimilation jurisprudentielle d'un paraphe à une signature, sous les mentions manuscrites, est impossible en l'espèce, et ne peut donc sauver l'acte de la nullité (B).

### A – La sanction de l'absence de signature de la caution sous mentions manuscrites

Pour casser l'arrêt, la Cour de cassation estime qu'elle a violé l'ancien article L. 341-2 du Code de la consommation, relatif au formalisme *ad validitatem* du cautionnement. En effet, selon ce texte, les mentions manuscrites émanant de la caution, prescrites à peine de nullité de son engagement, doivent précéder sa signature. En l'espèce, les mentions prescrites n'étaient pas matériellement ni directement suivies de la signature de la caution, même sous une forme abrégée<sup>(5)</sup>. Ce faisant, la Haute juridiction applique fidèlement la lettre du texte, qui remplit alors son office – protéger la caution et l'informer afin qu'elle prenne conscience de la gravité de son engagement à travers ce moyen formel. Ainsi, la règle impose-t-elle la rédaction par la caution de mentions suivies de sa signature pour la validité de la garantie. La signature apposée sous les mentions permet de s'assurer non

seulement de l'identité de leur auteur, mais aussi de sa volonté de s'engager<sup>(6)</sup>. Les fonctions du seing privé se joignent alors à celle de la formule manuscrite, pour assurer le consentement de la caution, présumée économiquement vulnérable. En imposant les mentions manuscrites suivies d'une signature, la loi garantit de la sorte que la caution a pris la mesure de son engagement.

Le non-respect de ce formalisme strict est logiquement sanctionné par la nullité de l'acte. Relevant de l'ordre public de protection, et donc d'application stricte, cette nullité constitue souvent une aubaine, la caution appelée en garantie l'invoquant pour être libérée de tout engagement. Ainsi, une mention manuscrite mal recopiée, tout comme une signature apposée au mauvais endroit, sont susceptibles de conduire à la nullité de l'acte. Pourtant, l'application rigoureuse de la lettre du texte se justifie pleinement au regard de la spécificité des faits, de la fonction du formalisme, tout spécialement eu égard aux valeurs et rôles prêtés à la signature. L'exigence légale de cette dernière, tout comme sa localisation dans l'acte, viennent en appui de la mention manuscrite. Si la signature exigée sous les mentions a une fonction d'identification de leur auteur et d'expression du consentement à l'acte, la nullité pour absence de signature de la caution prend tout son sens dans les circonstances factuelles de l'arrêt. En l'espèce, il n'était en effet pas certain que les mentions aient effectivement été rédigées par la caution, ni que celle-ci ait véritablement consenti à l'acte. Le bon sens veut d'ailleurs que la signature soit apposée sous l'information dont elle vient attester l'origine ou l'agrément<sup>(7)</sup>. Ainsi, la signature devant figurer à la fin d'un testament olographe atteste de l'importance de la place et des fonctions de cette signature<sup>(8)</sup>. Dans l'affaire commentée, en l'absence de signature de la caution immédiatement après les mentions dans l'acte de prêt, la cour d'appel ne pouvait admettre la validité du cautionnement, comme l'avait déjà jugé à plusieurs reprises la Cour de cassation<sup>(9)</sup>.

Aussi, la présence d'une signature au-dessus des mentions ne peut qu'invalider la garantie<sup>(10)</sup>, a fortiori lorsqu'elle n'est pas apposée en qualité de caution<sup>(11)</sup>. En l'occurrence, il y avait bien une signature au-dessus des mentions, mais outre sa mauvaise localisation, elle était apposée sous l'indication de la qualité d'emprunteur et non de caution<sup>(12)</sup>. À défaut de signature apposée en la qualité requise, il était possible de conclure à l'absence de signature de la garantie, ou à tout le moins de douter de l'engagement du garant, le doute devant alors lui profiter. À l'appui de son pourvoi, ce dernier soulève d'ailleurs l'absence de signature propre au cautionnement en

(4) Ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021, portant réforme du droit des sûretés, JO du 16.

(5) Rapp. CA Lyon, 3<sup>e</sup> ch. A, 18 nov. 2011, n° 10/09082.

(6) Sur les fonctions du signe, voir Dauriac I., précité, n° 167 et s.

(7) Voir Dauriac I., précité, n° 267 et s.

(8) Voir notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 juin 2009, n° 08-12.896, Bull. civ. I, n° 137, RLDC 2009/66, n° 3657, note Mesa R., JCP N 2010, 1171, n° 11, obs. Le Guidec R. et 1290, note Mahinga J.-G., D. 2009, p. 2058, obs. Chauvin P., Auroy N. et Creton C., et p. 2508, obs. Nicold M.

(9) Voir notamment Cass. com., 17 sept. 2013, no 12-13.577, Bull. civ. IV, n° 132, RLDC 2013/109, n° 5272, note Clavel-Thoraval J., Dr. & Patr. févr. 2014, p. 59, obs. Dupichot P., JCP G 2013, 1256, n° 1, obs. Simler P., JCP E 2013, 1573, note Legeais D., CCC 2013, 276, obs. Raymond G., D. 2013, p. 2220, obs. Avenat-Robardet V. et 2014, p. 2136, obs. Martin D.-R., RDBF 2013, 194, obs. Cercles A., RDI 2013, p. 585, obs. Heugas-Darraspen H., Defrénois 30 avr. 2014, p. 433, obs. Carbrillac S., Gaz. Pal. 5 déc. 2013, p. 13, obs. Dumont-Lefrand M.-P., RDC 2014, p. 230, obs. Barthez A.-S.

(10) Voir not. Cass. com., 1<sup>re</sup> avr. 2014, n° 13-15.735, Gaz. Pal. 5 juin 2014, p. 15, obs. Albiges C. et Dumont-Lefrand M.-P., RDC 2015, p. 280, obs. Barthez A.-S.

(11) Comp. Cass. com., 29 sept. 2021, n° 20-14.213, publié au *Bulletin*, JCP E 2021, 674, obs., Dalloz actu. 6 oct. 2021, obs. Helaine C., LEFP nov. 2021, p. 5, obs. Rogue F.

(12) Rapp. CA Lyon, 18 nov. 2011, précité.



dernière page de l'acte de prêt, et reprochait de surcroît à la cour d'appel d'avoir réputé que le paraphe de l'emprunteur – en bas de la page – valait signature comme caution. Sur ce point, l'application stricte de la lettre du texte par la Cour de cassation conduit implicitement à refuser toute assimilation du paraphe à une signature.

### B – L'impossible assimilation du paraphe sous mentions manuscrites à une signature

En soulignant l'absence de signature de la caution sous les mentions manuscrites, la Cour de cassation estime implicitement que le paraphe figurant en bas de la page réservée au cautionnement dans l'acte de prêt ne pouvait valoir signature sous mentions manuscrites. On peut y voir une occasion manquée de « repêcher » l'absence stricte de signature sous mentions par le paraphe – qui est une signature abrégée même si sa valeur de signature est ici manifestement douteuse. Pour la Haute juridiction, ce paraphe ne pouvait être assimilé à la signature exigée par la loi. Si l'esprit de l'article L. 341-2 ancien du Code de la consommation avait conduit les juges du fond à sauver l'acte de la nullité en l'espèce, deux arguments militaient néanmoins pour la censure du raisonnement de la cour d'appel.

En premier lieu, la différence entre le paraphe et la signature, notamment quant à leurs fonctions, peut être invoquée à l'appui de cette exclusion. La lettre du texte requérant une signature, et non un seul paraphe, ce dernier ne pourrait s'y substituer par assimilation. Dans l'absolu, le paraphe n'équivaut pas à une signature, en ce qu'il n'en est qu'une forme abrégée. Certes, l'identité entre paraphe et signature pourrait être envisagée en considérant un partage de nature, de valeur et de fonction de ces deux signes<sup>(13)</sup>. D'ailleurs, si certains arrêts ont pu se contenter du paraphe sous mentions<sup>(14)</sup>, d'autres – émanant des juges du fond<sup>(15)</sup> et de la Cour de cassation<sup>(16)</sup> – refusent cette assimilation. Tel est le cas lorsque le paraphe poursuit une fin étrangère à l'identification de son auteur, ou à l'expression de sa volonté de s'engager en qualité de caution<sup>(17)</sup>, comme en l'espèce.

En second lieu, l'admission du paraphe en substitut de signature est en l'occurrence rejetée, le paraphe n'étant pas *a priori* apposé en qualité de caution, mais d'emprunteur, et ce même si la dernière page de l'*instrumentum* était réservée au second *negotium* – le cautionnement. La Cour de cassation se montre prudente en pareilles circonstances, d'autant que la demanderesse au pourvoi contestait être l'auteur des mentions. Pourtant, le raisonnement des juges du fond semblait bien reprendre celui d'un arrêt de la première chambre civile de la Haute juridiction du 22 septembre 2016, au demeurant publié au *Bulletin*<sup>(18)</sup>, et qui est la manifestation prégnante du mouvement de souplesse introduit dans l'application

des dispositions légales concernées. Dans cette affaire, la Cour de cassation avait reconnu la valeur de signature au paraphe immédiatement sous mention, alors qu'une première signature avait été préalablement apposée en qualité de caution, car la mention était conformément rédigée, si bien que ni le sens, ni la portée, ni en conséquence la validité de cette mention n'était affectée<sup>(19)</sup>.

Plus particulièrement, la lecture attentive des faits de l'arrêt commenté révèle que l'application de la solution de 2016 était tout simplement impossible, ou du moins aurait été déraisonnable, en raison du doute existant. La signature au-dessus et le paraphe en dessous étaient-ils apposés en la même qualité ? Le paraphe ne pouvait sérieusement réitérer une signature dont on pouvait douter de la qualité du signataire. La reconnaissance de la valeur de signature au paraphe sous mentions aurait été dangereuse, en cas de bonne foi de la caution. C'était précisément pour déjouer les conséquences d'une mauvaise foi des cautions que la première chambre civile a fait échapper un cautionnement à la nullité, car les erreurs relatives à la place de la signature n'affectaient la compréhension ni du sens ni de la portée de l'engagement de la caution, les mentions émanant d'une personne ayant cette qualité. L'issue du litige s'imposait certainement en présence de deux *negotia* dans un seul *instrumentum*, du fait de la double qualité de la personne signataire de l'acte. Ce doute quant à la qualité du signataire de l'acte de cautionnement ne garantissait pas que le manquement au formalisme n'affectait pas la compréhension de la gravité de l'acte. Il devait alors profiter au garant.

Ainsi, l'application stricte des dispositions du Code de la consommation conserve une utilité certaine dans ce cas de figure, non seulement pour identifier l'auteur des mentions qui sera engagé, mais aussi pour s'assurer de la manifestation expresse de sa volonté. Ce n'est que lorsque la caution ne conteste pas avoir rédigé les mentions, quoiqu'en ayant apposé sa signature au mauvais endroit, que l'acte peut être « sauvé » par l'existence du paraphe, sans que cette erreur puisse remettre en cause son engagement.

Mais, si la mention régulièrement reportée par la caution suffit à valider le cautionnement quand on peut faire prévaloir l'esprit du texte, quelle est l'utilité de l'exigence d'une signature en dessous ? Il convient d'analyser la situation de la réforme du droit du cautionnement ayant supprimé cette exigence. Qu'advient-il désormais des cautionnements présentant la même configuration – un *instrumentum* pour deux *negotia* signé par une personne ayant une double qualité ? La récente réforme du cautionnement suffira-t-elle pour que le cautionnement échappe à la nullité ?

## II – LA NULLITÉ DU CAUTIONNEMENT À L'ÉPREUVE DE LA RÉFORME DES SÛRETÉS

Dans une démarche de libéralisation, l'ordonnance du 15 septembre 2021 abandonne l'exigence d'une formule stricte de mention, suivie d'une signature, pour la validité du cautionnement. Ces avancées suffiront-elles pour régler l'hypothèse ayant donné lieu

(13) Dauriac I., précité, n° 53, sur l'identité du paraphe.

(14) Notamment CA Paris, pôle 5, ch. 9, 27 févr. 2014, n° 13/12761, JCP G 2016, 1224, n° 1, obs. Simler P.

(15) Not. CA Toulouse, 2<sup>e</sup> ch., sect. 2, 22 mai 2012, n° 11/00598, JCP G 2012, 1291, obs. Simler P., RDBF 2012, 149, obs. Cercles A. ; CA Aix-en-Provence, 8<sup>e</sup> ch. C, 24 mars 2016, n° 14/14819, JCP G 2016, 1224 n° 1, obs. Simler P.

(16) Not. Cass. com., 23 oct. 2019, n° 18-11.825, Dr. & Patr. 1<sup>er</sup> oct. 2020, p. 48, obs. An-sault J.-J.

(17) CA Nancy, 5<sup>e</sup> ch. com., 23 sept. 2015, n° 14/02343.

(18) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 sept. 2016, n° 15-19.543, Bull. civ. I, n° 172, Dr. & Patr. janv. 2017, p. 89, obs. Dupichot P., JCP E 2016, 1569, note Legeais D., et 1643, n° 1, obs. Simler P., CCC 2016, 267, note Bernheim-Desvau S., RDBF 2016, 244, note Cercles A., D. 2016, p. 1925, obs. Avenat-Robardet V., AJ Contrat 2016, p. 497, note Mébret G., RDI 2016,

p. 640, note Heugas-Darraspen H., Gaz. Pal. 29 nov. 2016, p. 21, obs. Albiges C., et 13 déc. 2016, p. 29, obs. Piédelièvre S., RDC 2017, p. 73, obs. Barthez A.-S.

(19) Raisonnement utilisé dans un autre pourvoi, voir Cass. com., 23 oct. 2019, précité.

à la décision commentée ? Quel est le devenir de la solution retenue par la Cour de cassation ? Eu égard à l'application de la réforme dans le temps, la réponse ne peut être que duale, selon la date de souscription des cautionnements : les actes souscrits jusqu'au 31 décembre 2021 demeurent soumis à l'actuel formalisme (A), tandis que ceux souscrits postérieurement seront soumis au nouveau (B).

### A – Le sort des cautionnements soumis à l'actuel formalisme

Pour simplifier les règles et rendre plus efficace et attractif le régime du cautionnement, la réforme atténue le formalisme de la mention – et par là même l'exigence d'une signature – pour sa validité. Toutefois, l'article 37 II de l'ordonnance pose le principe de survie de la loi ancienne pour les cautionnements souscrits jusqu'au 31 décembre 2021. Aussi, le nouvel article 2297 du Code civil ne devrait-il *a priori* pas faire évoluer la sanction retenue en cas de manquement aux dispositions de l'article L. 341-2 ancien du Code de la consommation pour les cautionnements en cours. Reste alors à tirer les conséquences de l'absence de dispositions transitoires.

### Le non-respect de ce formalisme strict est logiquement sanctionné par la nullité de l'acte.

L'application du droit ancien ayant encore de beaux jours devant elle pour les cautionnements en cours, les juges ne seront-ils pas tentés de procéder à une application anticipée de la réforme pour harmoniser les solutions, en interprétant le droit ancien à la lumière de l'ordonnance, comme pour celle du droit des obligations<sup>(20)</sup> ? Cependant, pareille anticipation suppose des solutions divergentes entre l'application du droit ancien et du droit nouveau au sujet de l'exigence d'une signature apposée sous les mentions. Quel serait alors le devenir des solutions ? La Cour de cassation ayant déjà assoupli l'application de la lettre de l'article L. 341-2 ancien du Code de la consommation<sup>(21)</sup>, et le nouvel article 2297 du Code civil ne subordonnant plus la validité de la garantie à l'exigence d'une signature sous mention, l'application anticipée de la réforme n'innoverait guère, sauf à réserver l'apparition d'une divergence de jurisprudence au sein même de la Cour de cassation.

Pour les litiges où la qualité de caution n'est pas discutée – simple signature au-dessus et paraphe en dessous de la mention – les juges devraient *a priori* continuer à valider la garantie, dès lors que la mention émane de la main de la caution, l'écriture remplissant alors sa fonction d'information et d'identification de son auteur. La réforme consacrant en quelque sorte légalement le désamorçage jurisprudentiel de la nullité automatique, il y a tout lieu de penser que la première chambre civile de la Cour de cassation ne reviendra pas sur sa décision du 22 septembre 2016<sup>(22)</sup>, au regard du nouvel article 2297

du Code civil. Mais qu'en sera-t-il pour la Chambre commerciale qui est souvent plus stricte ? Une attention particulière doit être apportée aux arrêts à venir de ladite chambre pour s'assurer qu'elle entérine le mouvement d'assouplissement initié par la première chambre civile. Ce n'est donc que dans la négative – comme on aurait pu le croire à première lecture de notre arrêt<sup>(23)</sup>, qui n'est pourtant que d'espèce et non publié – qu'une réunion de la chambre mixte s'imposerait pour harmoniser le contentieux<sup>(24)</sup>, le cas échéant en anticipant la réforme.

Dans la perspective d'une application anticipée, le droit nouveau modifierait-il la solution rendue en l'espèce ? Ce n'est pas certain. Si l'article 2297 nouveau du Code civil ne requiert plus explicitement de signature sous la mention à apposer, il n'est pas extravagant de penser qu'en cas de contestation, on ne pourra pas faire l'économie de la signature de l'acte<sup>(25)</sup>, pour identifier l'auteur et la qualité de la personne apposant la mention, afin d'apprécier la validité de l'engagement.

La menace persistante d'une nullité planant sur le bénéficiaire de la garantie, il pourra toujours mobiliser le droit commun des obligations en adoptant une attitude passive ou préventive. Soit il attend et compte sur une exécution volontaire du contrat<sup>(26)</sup>, laquelle vaudra confirmation<sup>(27)</sup>, soit pour éviter la nullité du cautionnement, il tente de la repousser par le biais d'une action interrogatoire<sup>(28)</sup>. Cette dernière lèverait la menace d'une éventuelle remise en cause du cautionnement. Le créancier peut alors espérer que la caution, pouvant se prévaloir de la nullité relative de son engagement<sup>(29)</sup>, confirme le contrat. Il doit avoir conscience que cette arme est à double tranchant : certes, elle limitera l'incertitude du prêteur, mais elle mettra la puce à l'oreille de la caution. Elle est donc à utiliser avec parcimonie. Si cette analyse peut révéler une certaine naïveté à considérer que la caution puisse renoncer à la nullité, le garant dirigeant de la société emprunteuse n'a-t-il pas tout intérêt à confirmer l'acte pour préserver sa relation avec le prêteur, sans ruiner son crédit ?

S'il n'est pas surprenant que l'impact de la réforme soit ténu pour les cautionnements en cours relevant du droit ancien, on peut se demander si ladite réforme atteindra les objectifs qu'elle s'est assignés pour les actes souscrits après son entrée en vigueur.

### B – Le sort des cautionnements soumis au nouveau formalisme

Au vu de la simplification de la mention requise pour la validité du cautionnement, opérée par la réforme, quel sera à l'avenir le sort des garan-

(20) Voir not. Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20.411, Bull. civ. ch. mixte, n° 1, JCP G 2017, 306, note Pignarre G., CCC 2017, 93, note Leveneur L., D. 2017, p. 793, note Fauvarque-Cosson B., et 2018, p. 371, RTD civ. 2017, p. 377, obs. Barbier H., AJ Contrat 2017, p. 175, obs. Houtcieff D.

(21) Voir not. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 22 sept. 2016, précité.

(22) *Ibid.*

(23) Voir not. Téchené V., précité.

(24) Voir not. Bouix C., Les divergences de jurisprudence au sein de la Cour de cassation. Réflexions à l'aune de la réforme de la motivation des arrêts, in Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel, LexisNexis, 2021, p. 71.

(25) Dauriac I., précité, n° 270 : « ( ) placer sa signature au terme du document reste une règle de prudence qu'il serait dangereux de ne pas respecter ».

(26) Rappr. CA Lyon, 18 nov. 2011, précité, jugeant toutefois que la régularisation de l'absence de signature sous mention manuscrite ne peut être admise.

(27) C. civ., art. 1182, al. 2.

(28) C. civ., art. 1183 (issu de l'ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, JO 11 févr., d'application immédiate, voir art. 9, al. 3), sur les conditions de l'action, l'alinéa 1<sup>er</sup> la subordonne toutefois curieusement à la cessation de la cause de nullité (interrogeant la limitation de cette condition au cas du vice de la violence, voir Chantepie G. et Latina M., Le nouveau droit des obligations, Dalloz, 2018, p. 430, n° 483).

(29) Cass. com., 5 févr. 2013, n° 12-11.720, Bull. civ., IV n° 20, Dr. & patr. juill.-août 2013, p. 88, obs. Aynès A., JCP G 2012, 440, obs. Simler P., JCP E 2013, 1174, note Le Gacq-Pech S., D. 2013, p. 1113, notes Libchaber R. et Avena-Robardet V., Gaz. Pal. 20 mars 2013, p. 15, obs. Dumont-Lefranc M.-P.

ties ayant un profil identique à celui de l'arrêt commenté ? Comment le nouvel article 2297 du Code civil permettra-t-il d'appréhender la validité du cautionnement garantissant un prêt – dans un même *instrumentum* – donné en qualité de caution dirigeante de la société emprunteuse, alors que la signature et son emplacement ne font plus partie des exigences légales du formalisme ? L'assouplissement de ce dernier pourrait bien être source de nouveaux contentieux sans toutefois tarir celui existant.

La caution pourra sans doute encore contester la validité de son engagement, arguant qu'elle n'a apposé ni la mention, ni sa signature, pas plus qu'un paraphe, en cette qualité, soutenant ainsi ne pas en être auteur. L'enjeu sera alors celui du fondement de la contestation, l'exigence de signature en dessous de la mention ayant été supprimée. Il ne faut pourtant pas perdre de vue que ce *negotium* – le cautionnement – figure dans un *instrumentum* qui n'est autre qu'un acte sous signature privée. Or, selon l'article 1367 du Code civil<sup>(30)</sup>, la validité formelle de cet acte requiert la signature de la caution. Si la réforme a cherché à lutter contre l'appréciation casuistique de la régularité des mentions par les juridictions – afin de gagner en prévisibilité – le contentieux risque sans doute de se déplacer sur le terrain de la signature de l'acte sous signature privée. Quelle sera alors, en cas de contestation, l'attitude du juge face à un *instrumentum*, comprenant deux *negotia*, signé par une personne en sa double qualité de représentante de l'emprunteur et de caution, produit par le créancier ? Il y a tout lieu de penser que les magistrats s'attacheront encore – et toujours – à l'existence de la signature, voire d'un simple paraphe, en raison de leur fonction d'identification de la personne rédactrice de la mention nouvelle version. Faut-il craindre que, pour que tout change, rien ne change ? Feu la signature sous mentions, vive la signature de l'acte sous seing privé !

Un auteur préconisait, déjà<sup>(31)</sup>, d'assortir l'article 2298 du Code civil de l'avant-projet de réforme de l'Association Capitant<sup>(32)</sup>, d'une exigence de signature sous la mention, précisément pour éviter un contentieux

sur ce point. N'aurait-ce pas été un « coup d'épée dans l'eau » dans des circonstances analogues à celles de l'espèce ? Ne faut-il pas alors préconiser deux signatures distinctes de la partie ayant une double qualité à l'acte sous seing privé ? En effet, si la jurisprudence a pu admettre qu'une seule signature suffise en présence d'une personne ayant deux qualités distinctes<sup>(33)</sup>, il n'est pas certain que la solution sera identique<sup>(34)</sup> lorsque la signature est requise *ad validitatem* – comme pour le cautionnement requérant sous le droit ancien une signature sous la mention manuscrite<sup>(35)</sup>. La vigilance impose certainement d'apposer deux signatures, afin de satisfaire les enjeux probatoires, quand l'*instrumentum* unique sous signature privé contient deux *negotia* signés par une unique personne ayant deux qualités distinctes, et ce afin qu'elle mesure la portée exacte de chaque engagement.

En définitive, pour les quelques cautionnements soumis au droit ancien souscrits dans les semaines à venir, il faudra s'assurer de la localisation de la signature, conformément aux prescriptions de l'article L. 331-1 du Code de la consommation. Et pour éviter toute ambiguïté en présence de deux *negotia* dans un unique *instrumentum*, on ne peut que conseiller de requérir deux signatures distinctes de la personne ayant une double qualité, afin d'éviter toute confusion relative à l'engagement pris à titre personnel.

Pour les nouveaux cautionnements, les créanciers seraient bien avisés d'adapter leur *instrumentum* afin d'anticiper d'éventuelles contestations. Si, en consacrant un acte à chaque *negotium*, ils s'assurent que la signature de l'un n'empêchera pas la reconnaissance de la validité de l'autre, ils peuvent, plus simplement et de manière moins coûteuse, consacrer dans un unique acte, des rubriques distinctes pour chaque *negotium*. Chacun d'eux devra alors comprendre au début l'indication de l'identité et de la qualité des parties, et à la fin leurs signatures – précédées d'un rappel de leurs qualités. La prudence étant de rigueur, deux signatures valent mieux qu'une ! ■

(30) Voir Malinvaud P. et Balat N., Introduction à l'étude du droit, LexisNexis, 2021, p. 527, n° 569.

(31) Albiges C., La recodification du droit du cautionnement – Formalisme, proportionnalité et obligations d'information, quelles perspectives ? in Andreu L. et Mignot M. (dir.), La réforme du droit des sûretés, Institut Universitaire Varenne, 2019, p. 73, spéc. p. 80, n° 16.

(32) Présenté en septembre 2017.

(33) Voir Cass. com., 9 mai 2018, n° 16-28.157, Bull. civ. IV, n° 53, RLDC 2018/164, p. 3, obs. Mestre J., Dr. sociétés 2018, 181, note Mortier R., RTD civ. 2019, p. 94, obs. Babier H., RTD com. 2018, p. 938, obs. Lecourt A., Gaz. Pal. 25 sept. 2018, p. 55, note Rougé-Viance L., LEDC juill. 2018, p. 3, obs. Guerlin G.

(34) Voir Cass. com., 11 juill. 1995, n° 93-17.516, JCP G 1997, 3391, n° 5, obs. Delebecque P. et Simler P.; comp. CA Lyon, 18 nov. 2011, précité.

(35) En ce sens, voir Rougé-Viance L., précité, p. 55.

## Texte de l'arrêt (extrait) :

« Vu l'article L. 341-2 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 14 mars 2016 :

4. Il résulte de ce texte que les mentions manuscrites émanant de la caution, prescrites à peine de nullité de son engagement, doivent précéder sa signature.

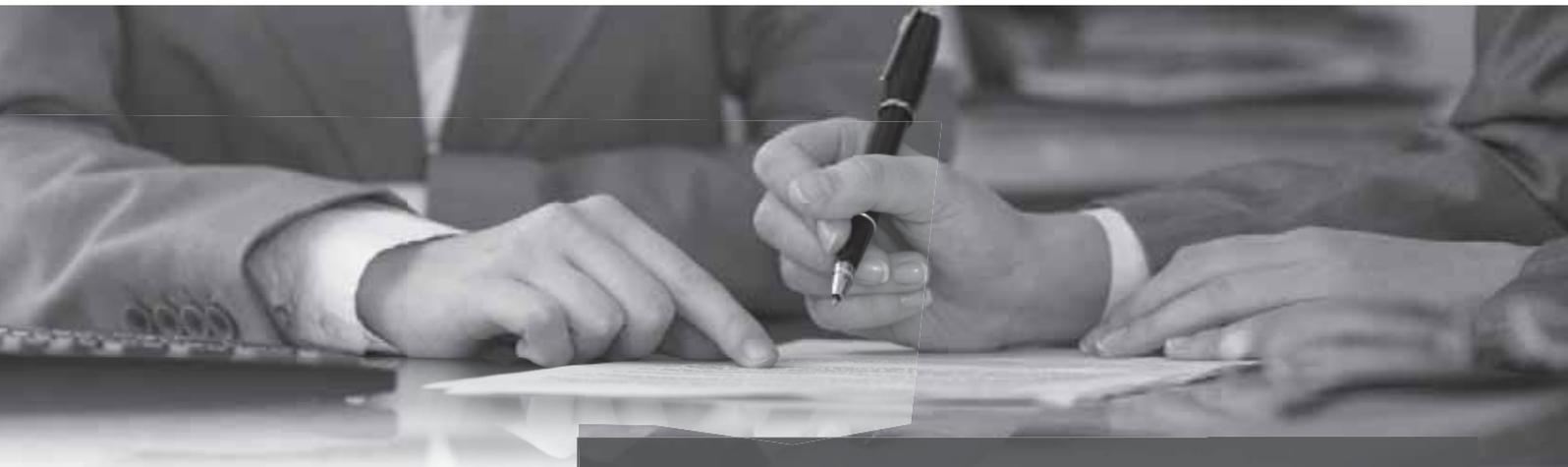
5. Pour écarter les conclusions de Mme [N], qui faisait valoir que la mention manuscrite

n'était pas conforme aux exigences légales, et la condamner à paiement, l'arrêt, après avoir relevé que la mention manuscrite de l'article L. 341-2, devenu L. 331-1, du Code de la consommation était correctement reportée dans l'acte et qu'elle précédait le paraphe de Mme [N], défini par le dictionnaire [I] comme une signature abrégée, retient que le texte précité se borne à exiger que la signature figure sous la mention manuscrite sans imposer qu'elle lui fasse immédiatement suite, étant encore observé que la distance entre mention et paraphe ne peut affecter le sens ou la portée du texte manuscrit que Mme [N] ne conteste pas avoir rédigé. Il ajoute que cette dernière ne

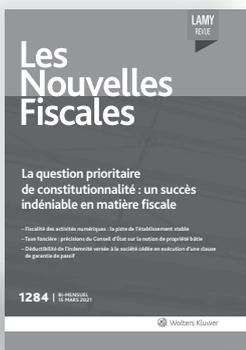
peut pas prétendre avoir apposé son paraphe comme représentant légal de l'emprunteur alors que la page 12 de l'acte, en cause, était réservée à son engagement de caution.

6. En statuant ainsi, après avoir constaté que sur la dernière page de l'acte de prêt figurait, au-dessus des mentions manuscrites légales, la mention de l'emprunteur, représenté par Mme [N], suivie de sa signature et, au bas de cette page, son paraphe, la cour d'appel, qui a retenu la validité du cautionnement en l'absence de signature de la caution sous les mentions manuscrites, a violé le texte susvisé. »

Cass. com., 8 sept. 2021, n° 19-16.012, D



COLLECTION LAMY DROIT FISCAL  
*Notre expertise pour comprendre  
 les évolutions fiscales*



**LES NOUVELLES FISCALES**

Pour rester informé toute l'année, Les Nouvelles fiscales passent au crible **l'actualité fiscale** tous les 15 jours, **conseils pratiques et analyses à l'appui**. Des suppléments viennent compléter votre veille à chaque échéance fiscale et vous permettent de faire face aux différentes obligations.



**LE LAMY FISCAL**

Impôt par impôt (IS, TVA, IR, CET, IFI...), Le Lamy fiscal présente et commente l'ensemble de la **réglementation** et la **jurisprudence récente** applicables en la matière, mais aussi tous les points particuliers qui méritent la plus grande attention : choix du **régime fiscal**, respect des **obligations** (fond, forme et délais), stratégies à adopter, analyse des **conventions fiscales**.



**FORMULAIRES PROACTA  
 GUIDE DES DÉCLARATIONS  
 FISCALES**

Avec ses commentaires détaillés des **principales déclarations fiscales**, ses nombreux **modèles de lettres et imprimés fiscaux**, ce guide vous fait gagner, en toute sécurité juridique, un temps considérable. Garantie d'une information fiscale riche et complète, il vous aide à faire les bons choix !



Pour plus d'informations, rendez-vous sur [www.wkf.fr](http://www.wkf.fr) ou par téléphone au **N°Cristal 09 69 39 58 58**  
APPEL NON SURTAXE

→ RLDC 7029

# Image

En droit civil, ce mot évoque principalement le droit de chacun sur son image qui permet à une personne physique de contrôler la reproduction visuelle de son apparence. De nature extrapatrimoniale, celui-ci appartient à la catégorie des droits fondamentaux. Or, il ne présente pas uniquement un aspect moral mais revêt aussi un aspect patrimonial en ce que l'image d'une personne peut faire l'objet d'une appropriation, d'une commercialisation et partant donner lieu à la conclusion de contrats. Ce droit à la protection de son image reste cependant dévolu aux seules personnes physiques. Il ne saurait s'étendre aux personnes morales qui invoqueront une atteinte à leur réputation si leur image sociale est altérée. Il ne saurait non plus s'étendre aux biens en ce qu'un propriétaire ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de son bien et ne peut s'opposer à l'utilisation de cette image que si elle lui cause un trouble anormal. Ainsi conçu, le droit à la protection de son image est destiné à protéger la personne humaine.



Par **Cédric LATIL**

Docteur en Droit  
Maître de Conférences  
à l'Université de Franche-Comté  
UFR STGI Belfort –  
CRJFC Besançon

L'image. Voilà un mot assez évocateur de notre monde moderne. Nous vivons en effet dans une « société de l'image »<sup>(1)</sup>. Celle-ci est omniprésente au point de faire partie de notre quotidien. Grâce aux évolutions technologiques, les écrans nous entourent et permettent avec une grande facilité de capter l'image d'une personne, d'une chose ou d'un paysage mais aussi de la diffuser largement. Il y a plus. Le contexte sociétal est marqué par une forte tendance à l'exposition de soi et par l'importance attachée à l'image. Celle-ci l'emporte parfois sur le poids des mots... Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que l'image est susceptible d'avoir une valeur économique : celle-ci peut être évaluée, monnayée, commercialisée et constituer une source de revenus non négligeable... Le tableau ainsi offert à contempler est assurément un terrain propice aux problématiques les plus diverses. Or, en droit civil, l'image est en réalité depuis longtemps à l'origine d'un contentieux assez nourri ayant conduit à la consécration d'un « droit à l'image »<sup>(2)</sup> né de l'impérieuse nécessité de

protéger tout un chacun dans son anonymat, son intimité, aussi dans ses relations, son apparence et plus généralement dans son être<sup>(3)</sup>.

Cette prérogative individuelle dévolue aux personnes physiques, qu'il serait plus approprié de dénommer « droit à la protection de son image »<sup>(4)</sup>, « droit à sa propre image »<sup>(5)</sup> ou du moins « droit de l'image », constitue « un des aspects les plus vivants des droits de la personnalité »<sup>(6)</sup>. Sa teneur a fort bien été synthétisée dans l'arrêt de la cour d'appel de Versailles rendu à propos de l'affaire du santon représentant la Princesse de Monaco : « *Toute personne, quelle que soit sa notoriété, a sur son image et sur l'utilisation qui en est faite un droit exclusif en*

colloque : L'image, Assoc. H. Capitant, Journées nationale, t. VIII, Grenoble, Dalloz, 2005 ; Dreyer E., Droit de la communication, LexisNexis, 2018, n°1743, p. 959 ; Lepage A., Droits de la personnalité, Rép. civ. Dalloz, spéc. n°119.

(3) Kayser P., Le droit dit à l'image, in Mélanges Paul Roubier, Dalloz et Sirey, 1961, t. 2, p. 73 ; Ravanias J., op. cit., p. 613.

(4) Antippas J., Beignier B., La protection de la vie privée, in Cabrillac R. (dir.), Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 27<sup>e</sup> éd., 2021, n° 263, p. 218. Il serait ainsi en particulier inexact d'évoquer un « droit à quelque chose » lorsqu'un droit subjectif est en cause. À cet égard, il n'y a ainsi pas de « droit à l'honneur ». Celui-ci est seulement protégé. Nul ne peut exiger qu'on lui rende honneur ; il fait uniquement l'objet d'une protection en cas d'atteinte. La Cour de cassation a pu employer une formule plus appropriée en visant le « droit de chacun sur son image » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 déc. 2000, n° 98-21.161, D. 2001, p. 2434, note Saint-Pau J.-Ch.).

(5) Cornu G., Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens, Montchrestien, 12<sup>e</sup> éd., 2005, n° 521, p. 249.

(6) Malaurie Ph., op. cit. p. 59.

(1) Malaurie Ph., Dictionnaire d'un droit humaniste, LGDJ-Lextenso, Université Panthéon-Assas (Paris II), voir Droit à l'image, p. 59, spéc. p. 61.

(2) Sur lequel voir notamment Gaillard E., La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français, D. 1984, chron. 161 ; Loiseau G., Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français, *McGill Law Journal*, 1997, vol. 42, p. 319 ; Ravanias J., La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, LGDJ, 1978, préf. Kayser P. ; Serra M., L'image des personnes et des biens, *Economica*, 1997, préf. Oppetit B. ; voir également le

vertu duquel elle peut s'opposer à sa reproduction et à sa diffusion, sans son autorisation expresse et spéciale, sous réserve des impératifs de la liberté d'information »<sup>(7)</sup>. De son côté, la Cour de cassation a précisé « qu'en principe, toute personne a sur son image un droit exclusif et absolu »<sup>(8)</sup> et que ce droit « porte sur sa captation, sa conservation, sa reproduction et son utilisation et que la seule constatation d'une atteinte ouvre droit à réparation »<sup>(9)</sup>.

Fondé sur le droit au respect de la vie privée – dont il constitue en réalité une « extension »<sup>(10)</sup>, un « corolaire »<sup>(11)</sup> ou un « rameau vivace »<sup>(12)</sup>, le droit à la protection de son image s'en distingue et demeure autonome<sup>(13)</sup>. À dire vrai, celui-ci est, faute de texte spécifique, rattaché à l'article 9 du Code civil qui sert ainsi de « matrice »<sup>(14)</sup>. La même approche est d'ailleurs adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme qui place le droit à la protection de son image dans l'orbite du droit au respect de la vie privée, celle-ci se fondant sur l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>(15)</sup>. Or, cette solution pourrait aussi bien consister, au-delà de l'image, à protéger l'apparence qu'une personne veut donner d'elle-même aux tiers<sup>(16)</sup> dans l'espace privé comme dans l'espace public, choix quant à l'apparence qui relèvent d'une liberté garantie par le droit fondamental à la vie privée, lequel englobe en effet « l'identité physique, psychologique et sociale d'un individu »<sup>(17)</sup>. En ce sens, émergerait un droit plus large englobant le droit à la protection de son image : le droit à l'apparence physique<sup>(18)</sup> qui serait un concept plus large couvrant une expression plus étendue des libertés telle que la liberté vestimentaire. En tout état de cause, le droit de chacun sur son image constitue un élément essentiel de son « épanouissement personnel », ce qui « présuppose la maîtrise de celle-ci »<sup>(19)</sup>.

Cette prérogative ne présente cependant pas un aspect uniquement moral. Elle a également une dimension patrimoniale ou plutôt économique : l'image d'une personne est susceptible de faire l'objet d'une appropriation et, au-delà, d'une commercialisation. Dans la célèbre affaire *Raimu*, le tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence avait à cet égard utilisé une formule bien connue aux termes de laquelle : « Le droit à l'image revêt un caractère, non seulement moral, strictement personnel à son titulaire (...) mais aussi

patrimonial, puisque de nombreuses célébrités se livrent, selon des rémunérations allant croissant avec leur notoriété, à une exploitation commerciale de leur propre image »<sup>(20)</sup>. Celui-ci comporte dès lors un aspect moral et un aspect économique sans qu'il soit nécessaire de distinguer droit patrimonial et droit extrapatrimonial<sup>(21)</sup>. C'est ainsi que l'image d'une personne physique peut faire l'objet d'un contrat de cession<sup>(22)</sup> comme un contrat de mannequinat. Cela étant, si l'article 9 du Code civil ne constitue donc pas un obstacle à l'exercice de la liberté contractuelle<sup>(23)</sup>, les parties devront prendre soin de préciser les limites de l'autorisation donnée à propos de l'image, qu'il s'agisse de la durée de cette autorisation, de son domaine géographique ou encore de la contrepartie qu'est la rémunération. Et il ne faut pas, au-delà, perdre de vue que ces contrats doivent être strictement interprétés dans la mesure où ils portent atteinte à un droit fondamental<sup>(24)</sup>.

De nature extrapatrimoniale, appartenant à la catégorie des droits fondamentaux et constituant une extension au droit au respect de la vie privée, le droit à la protection de son image semble être ainsi uniquement un droit dévolu aux personnes physiques. Ne pourrait-il cependant pas faire à son tour l'objet d'une extension au-delà de cette catégorie ?

La question pourrait en premier lieu se poser pour les personnes morales. Après tout, celles-ci ne sont pas dépourvues d'attributs extrapatrimoniaux dès lors qu'ils ne sont pas exclusivement attachés à la personne humaine<sup>(25)</sup>. L'idée de droits fondamentaux de la personne morale et notamment d'un droit à la dignité a pu même être défendue. La jurisprudence européenne y semble plutôt favorable. Celle-ci a en effet admis qu'une personne morale a le droit à la protection de certains droits fondamentaux comme le droit au respect de la vie privée<sup>(26)</sup>.

Or, notre Cour de cassation continue de considérer que seules les personnes physiques ont le bénéfice du droit au respect de la vie privée au sens de l'article 9 du Code civil et que celui-ci ne saurait donc être invoqué par les personnes morales<sup>(27)</sup>. Dans cette perspective, elles ne semblent pas être en mesure de disposer d'un droit à la protection de leur image.

Cette expression doit cependant être entendue dans un sens traditionnel. Elle désigne l'image physique d'une personne, la représentation de ses traits et non son « image sociale ». De sorte qu'une personne morale a la possibilité de demander réparation d'une atteinte à sa réputation<sup>(28)</sup>. Son action sera alors fondée, non pas sur l'article 9 du Code civil, mais sur les dispositions de la loi du 29 juillet

(7) CA Versailles, 30 juin 1994, D. 1995, p. 645, note Ravanais J.

(8) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 30 juin 2004, JCP 2004, II, 10160, note Bakouche D.

(9) Cass. 1<sup>re</sup> civ. 2 juin 2021, n° 20-13.753, CCE 2021, comm. 65, note Lepage A., JCP 2021, 981, note Latil C.

(10) Bloch C., Le préjudice, in Le Tourneau Ph., Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, 12<sup>e</sup> éd., 2021-2022, n° 2125, 310, p. 656.

(11) Terré F., Fenouillet D., Droit civil. Les personnes, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2012, n° 114, p. 128.

(12) Bellivier F., Droit des personnes, LGDJ-Lextenso, coll. Domat droit privé, 2015, n° 116, p. 118.

(13) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 déc. 2000, n° 98-21.161, *Johnny Halliday*, D. 2001, p. 2434, note Saint-Pau J.-Ch.

(14) Saint-Pau J.-Ch., L'article 9, matrice des droits de la personnalité, D. 1999, p. 41.

(15) CEDH, 1<sup>er</sup> juill. 2014, SAS c. France, n° 43835.

(16) Marais A., L'apparence de la personne, in Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert, Economica, 2004, p. 285, spéc. p. 302.

(17) CEDH, 8 nov. 2011, préc.

(18) Voir à ce sujet, Loiseau G., Le droit des personnes, Ellipses, 2<sup>e</sup> éd., 2020, n° 335, p. 270.

(19) CEDH, 15 janv. 2009, JCP 2009, 143, n° 17, obs. Sudre F.

(20) TGI Aix-en-Provence, 24 nov. 1988, JCP 1989, II, 21329, note Henderyksen J.

(21) Antippas J., Beignier B., op. cit. n° 262, p. 218.

(22) CA Versailles, 22 sept. 2005, *Universal Music*, CCE 2006, comm. 4, note Caron C.

(23) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 déc. 2008, n° 07-19.494, JCP G 2009, II, 10025, note Loiseau G.

(24) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 nov. 2011, *TF1, TF1 Production et Production Tony Comitti*, n° 10-24.761, JCP 2012, 71, note Loiseau G.

(25) Voir notamment sur cette question Dumoulin L., Les droits de la personnalité des personnes morales, Rev. soc. 2006, p. 1 ; Marton H., Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privé, LGDJ, 2011.

(26) CJCE, 14 févr. 2008, aff. C-450/06, *AJDA* 2008, 871, chron. Broussy E., Donat F. et Lambert C.

(27) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mai 2018, n° 17-11.210, RTD civ. 2018, p. 624, note Mazeaud D., D. 2019, p. 216, obs. Dreyer E., *Légipresse* 2019, p. 60, obs. Loiseau G.

(28) Lepage A., Droits de la personnalité, précité, n° 118.

let 1881 sur la liberté de la presse ou encore sur l'article 1240 du Code civil relatif à la responsabilité civile pour faute. On ne saurait en effet nier que « certaines personnes morales ont une histoire, une culture, une réputation, bref une personnalité au sens sociologique du terme »<sup>(29)</sup>. Un auteur avait d'ailleurs fait remarquer que « si donc chaque personne physique a une personnalité très riche, puisque à la fois physique, psychologique ou sociale qui lui est propre, il faut admettre que les personnes morales, si elles ont une personnalité beaucoup moins étendue, n'ayant pas de corps physique, n'en ont pas moins une personnalité psychologique et surtout sociale qui, à ce titre mérite une protection »<sup>(30)</sup>. Elles peuvent ainsi invoquer une atteinte à leur image mais il s'agira de défendre plutôt leur réputation. Certaines décisions vont en ce sens. C'est ainsi que dans une affaire *Morgan Stanley*<sup>(31)</sup>, il a été admis qu'une société puisse rechercher la responsabilité civile d'un analyste financier pour ses appréciations biaisées qui étaient de nature à porter atteinte à sa réputation.

Ce droit à l'image pourrait-il, en second lieu, être étendu à un bien ? Son propriétaire pourrait-il faire interdiction aux tiers de le photographier, de le peindre ou de le reproduire et ce, sans qu'il invoque le droit d'auteur ? Une réponse affirmative s'est antérieurement imposée. Par analogie lointaine avec la solution du droit à la protection de son image consacrée pour les personnes physiques, il a été admis que l'utilisation commerciale d'un bien devait être considéré comme un attribut de la propriété qui ne peut s'exercer sans le consentement du propriétaire. Chacun se souvient à cet égard du célèbre arrêt du *Café Gondré* par lequel la Cour de cassation avait jugé, au visa de l'article 544 du Code civil : « que le propriétaire a seul le droit d'exploiter le bien, sous quelque forme que ce soit » et « que l'exploitation du bien sous forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire »<sup>(32)</sup>.

La solution était novatrice. Elle reposait sur une interprétation assez extensive de l'article 544 du Code civil consistant à considérer que le fructus sur une chose corporelle s'étend à sa dimension incorporelle c'est-à-dire son image<sup>(33)</sup>. Mais celle-ci avait fait l'objet de vives critiques. Selon une approche traditionnelle, le droit de propriété de l'article 544 du Code civil portant sur l'objet matériel ne comprend pas d'attribut « image » car le droit de propriété incorporelle sur une œuvre appartient uniquement à l'auteur.

Mettant un terme à la controverse, la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, a, dans un arrêt *Hôtel de Girancourt* du 7 mai 2004<sup>(34)</sup>, indiqué que « le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci » mais ajouté « qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal ». Il ne s'agit plus d'une atteinte au droit à la protection de son image mais probablement d'un nouveau régime de responsabilité civile délictuelle indépendant de celui de la responsabilité civile pour faute. Celui-ci semble se rapprocher de celui relatif aux troubles anormaux du voisinage selon lequel les voisins doivent mutuellement supporter les inconvénients normaux du voisinage sauf ceux qui dépassent les tolérances d'usage et présentent un caractère anormal. En somme, le droit à la protection de son image semble bel et bien exclusivement réservé aux personnes physiques. Il ne saurait s'étendre aux biens... Une telle extension, sorte d'« anthropomorphisme appliqué aux choses () dénaturait l'humanisme qui n'a de sens que pour l'homme »<sup>(35)</sup>. Par nature, ce droit de la personnalité qu'est le droit à la protection de son image aurait seulement vocation à protéger les personnes humaines en ce qu'il est irréductiblement lié à la personne humaine, à la qualité même d'être humain... ■

(29) Stoffel-Munck Ph., Le préjudice moral des personnes morales, in *Libre droit*. Mélanges Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 959.

(30) Mestre J., La protection indépendante du droit de réponse des personnes physiques et des personnes morales contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public, JCP 1974, I, 2623, spéc. n° 4.

(31) CA Paris, 30 juin 2006, RJDA 12/2006, n° 1222.

(32) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mars 1999, éd. Dubray, n° 96-18.699, D. 1999, p. 319, concl. Saint-Rose J., note Agostini E. ; voir également Capitant H., Terré F., Lequette Y., Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., n° 70, p. 423.

(33) Celle-ci été ainsi traitée comme un « fruit naturel » (Maurie Ph., Aynès L., Droit civil. Droit de la propriété littéraire et artistique par Gautier P.-Y., Blanc N. (avec le concours de), LGDJ-Lextenso, 2021, n° 296, p. 229.

(34) Cass. ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-10.450, *Hôtel de Girancourt*, JCP 2004, II, 10085, note Caron Ch. ; voir égal. Capitant H., Terré F., Lequette Y., Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., n° 71, p. 423.

(35) Maurie Ph., op. cit., v° Droit à l'image, p. 62.

→ RLDC 7030

## Chronique du droit des biens (juin – octobre 2021)



Par Sandie  
LACROIX-DE  
SOUSA

Maître de conférences,  
HDR  
Directrice du Master 2  
Droit et ingénierie du  
patrimoine  
Université d'Orléans

### La confiscation d'un bien immeuble ayant fait l'objet d'un démembrement de propriété ne peut intervenir, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, que si le prévenu usufruitier en a la libre disposition.

Cass. crim., 30 juin 2021, n° 20-83.355, B

Dans la « saga Balkany », si les stratégies patrimoniales sophistiquées mises en œuvre par le couple d'élus visant à la dissimulation, à la conversion, au placement de leurs revenus et de leur patrimoine immobilier à l'étranger ont été lourdement sanctionnées, en revanche, les techniques d'ingénierie patrimoniale, plus traditionnelles, comme la donation-partage qu'ils ont consentie à leurs enfants, se sont révélées des montages particulièrement efficaces. En pratique, ce dispositif classique de gestion de patrimoine leur permet effectivement de faire échapper leur domicile, le « Moulin de Cossy », à la mesure de confiscation.

Dans cet acte II de « l'affaire Balkany », la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir déclaré le couple d'élus coupable de blanchiment de fraude fiscale aggravé et de déclaration mensongère à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique<sup>(1)</sup>. Elle condamne clairement les montages mis en place par les époux, qui de manière régulière et pendant plusieurs années, ont notamment fait procéder à la création de sociétés situées dans plusieurs paradis fiscaux (Liechtenstein, Panama, Seychelles). Elle confirme également la condamnation du prévenu pour prise illégale d'intérêts, estimant qu'il a bénéficié « d'avantages personnels » en nature, dans le cadre d'un important contrat immobilier conclu par la ville de Levallois-Perret dont il était maire. Mais la Chambre criminelle casse

l'arrêt d'appel en ce qu'il a prononcé, à l'encontre des condamnés au titre de blanchiment, la confiscation du « Moulin de Cossy ». Dans leur pourvoi, les époux contestaient la confiscation de ce bien immobilier, acquis entre 1986 et 1990 et dont ils étaient usufruitiers depuis mars 1997, après donation-partage consentie au profit de leurs enfants, nus-proprétaires. Ils soutenaient notamment que « la saisie pénale d'un bien immeuble ayant fait l'objet d'un démembrement de propriété par l'effet d'une donation-partage n'est possible que si cette donation n'a pas privé le prévenu des attributs inhérents aux droits du propriétaire ». Or, tel était le cas, selon eux, puisque – en l'absence de donation frauduleuse – les donataires nus-proprétaires étaient de bonne foi et qu'ils se voyaient bel et bien privés du bien immobilier.

En application des articles 131-21, alinéa 6, et 324-7, 12° du Code pénal disposant que « lorsque la loi qui réprime le crime ou le délit le prévoit, la confiscation peut aussi porter sur tout ou partie des biens appartenant au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition, quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, divis ou indivis », la Chambre criminelle prononce ici la cassation de l'arrêt. Elle écarte ainsi la solution des juges du fond qui avaient considéré les droits des enfants nus-proprétaires préservés en ce qu'ils pouvaient recevoir la valeur de leur droit après saisie et vente de ce bien immobilier. La Chambre criminelle rappelle que la cour d'appel a constaté que « les demandeurs étaient seulement titulaires des droits d'usufruit sur le bien » mais « n'a pas constaté (qu'ils) avaient la libre disposition dudit bien ». Pour elle, la cour d'appel « ne pouvait dès lors ordonner que la seule confiscation des droits d'usufruit et non la confiscation en pleine propriété de ce bien, fût-ce en ordonnant la restitution aux nus-proprétaires des sommes représentant la valeur de leurs droits ». Conformément aux règles de procédure, l'annulation de la peine de confiscation conduit la Cour de cassation à annuler l'ensemble des peines prononcées – cinq et quatre ans d'emprisonnement, 100 000 € d'amende, outre les peines d'inéligibilité et d'interdiction d'exercer

(1) CA Paris, 27 mai 2020, n° 19/12444.



pendant dix ans –, afin de permettre à la juridiction de renvoi de déterminer les peines avec une cohérence d'ensemble.

Sur le plan moral, la solution peut heurter car la bonne foi du fils est à l'évidence sujette à caution. Celui-ci, en signant et en produisant en justice des contrats de bail fictifs afin de permettre à ses parents de dissimuler la propriété de leur bien, s'était rendu coupable de blanchiment de fraude fiscale et avait d'ailleurs été définitivement condamné pour ces agissements<sup>(2)</sup>.

Toutefois, sur le plan juridique, la solution ne surprend pas en ce qu'elle procède d'une stricte application des principes élémentaires du droit des biens. D'une part, la donation-partage du bien immobilier était parfaitement valable puisqu'elle avait été passée devant notaire et enregistrée conformément à la loi. Aucun élément de l'enquête ne venait d'ailleurs remettre en cause « la bonne foi des nus-proprétaires », en l'espèce les deux enfants du couple. D'autre part, les époux Balkany n'ayant la jouissance du « Moulin de Cossy » qu'en vertu d'un seul droit d'usufruit, les juges ne pouvaient en ordonner la confiscation en pleine propriété qu'à la condition de constater qu'ils en avaient la libre disposition. Sans prouver cette libre disposition du bien immobilier par les usufruitiers, la confiscation en pleine propriété était impossible et les juges pouvaient seulement prononcer la confiscation de leurs droits. Il importait peu, dès lors, de préciser que la situation personnelle des époux Balkany leur permettait de vivre dans des conditions dignes malgré la confiscation de l'usufruit de leur domicile actuel.

## La sculpture « Le Baiser » de Constantin Brancusi, scellée sur une tombe, forme un monument funéraire indivisible et constitue un immeuble par nature. L'état peut donc l'inscrire aux monuments historiques sans l'accord de ses propriétaires.

CE, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ch. réunies, 2 juill. 2021, n° 447967

Il est des baisers que l'on ne peut voler à l'État français ! Sculptée dans la pierre, l'œuvre de l'artiste roumain Constantin Brancusi reprenant la forme de deux corps épurés avec imbrication des visages et des jambes, intitulé « Le Baiser », et surplombant la sépulture d'une jeune femme russe, au sein du cimetière Montparnasse à Paris, constitue juridiquement un immeuble par nature et non un immeuble par destination. La décision du Conseil d'État était très attendue, non seulement, en raison de la renommée du créateur mais également au regard de la valeur de l'œuvre, aujourd'hui enfermée dans un coffrage en bois et placée sous un étroit dispositif de vidéo-surveillance au sein du cimetière parisien. La sculpture, commandée en 1910 par la famille de la jeune fille, pour la somme de deux cents francs, à l'artiste – alors inconnu du grand public – a en effet été récemment estimée à plus de 40 millions d'euros.

Approchés par un marchand d'art parisien, les descendants ukrainiens de la défunte ont fait valoir leurs droits sur la concession

perpétuelle en 2005, puis entrepris des démarches pour l'exportation de la sculpture vers la Russie. En 2006, ils déposent en ce sens une demande auprès du ministère de la Culture pour obtenir un certificat de sortie du territoire. L'État français s'y oppose alors radicalement et en 2010, afin d'éviter la vente de l'œuvre, il élève « Le Baiser » au rang de trésor national puis inscrit l'intégralité de la sépulture au titre des monuments historiques. De la sorte, aucune modification substantielle ne peut être apportée à la tombe sans autorisation et « Le Baiser » ne peut valablement quitter le territoire français. Arguant que l'œuvre n'a pas été spécialement réalisée pour la sépulture mais deux ans avant le décès de la jeune femme, les descendants contestent la décision de l'État français. Celle-ci est, tout d'abord, confirmée par le tribunal administratif de Paris<sup>(3)</sup>, puis annulée en appel<sup>(4)</sup>. Le ministère public se pourvoit alors en cassation. La solution du litige dépend bien sûr de la qualification juridique du monument funéraire : si l'œuvre funéraire dans son ensemble constitue un immeuble par nature, au sens de l'article 518 du Code civil, elle peut être inscrite au titre des monuments historiques sans l'accord des propriétaires ; en revanche, si la sculpture de Brancusi est qualifiée d'immeuble par destination, au sens de l'article 524 du Code civil, son inscription nécessite l'autorisation des propriétaires.

Par cette décision, le Conseil d'État tranche en faveur de la première option : « un monument funéraire érigé sur un caveau servant de fondation, fût-il construit par un autre que le propriétaire du sol, doit être regardé globalement, avec tous les éléments qui lui ont été incorporés et qui composent l'édifice, comme un bâtiment, au sens et pour l'application de l'article 518 du Code civil ». Il poursuit en indiquant que « Le Baiser » qui surplombe la tombe « a perdu son individualité lorsqu'il a été incorporé au monument funéraire, sans qu'importe la circonstance ni que l'œuvre n'ait pas été réalisée à cette fin par Constantin Brancusi, ni qu'elle ait été implantée quelques semaines après le décès de la jeune femme ». Le Conseil d'État relève enfin que, si le socle et la stèle de la tombe ne présentent pas en tant que tel un intérêt patrimonial suffisant pour justifier leur inscription au titre des monuments historiques, « ils forment un tout indivisible avec la sculpture incorporée au monument funéraire ». Dès lors, en inscrivant la totalité de la tombe au titre des monuments historiques, le préfet n'a pas commis d'erreur de droit.

La décision du Conseil d'État est habile et atteste des enjeux de la qualification en droit des biens. Sans revenir sur le principe selon lequel le bénéficiaire d'une concession et ses descendants sont propriétaires des monuments funéraires qui y sont bâtis jusqu'à l'expiration de la concession<sup>(5)</sup>, elle illustre que les droits des propriétaires peuvent être limités pour des motifs d'intérêt général tenant à la conservation du patrimoine national. En s'appuyant sur le caractère indissociable de l'œuvre, le Conseil d'État indique ici que « Le Baiser » et la stèle font partie intégrante d'un édifice inséparable qui constitue un monument funéraire. Partant, en raison de cette « absorption » de l'œuvre à la tombe et non d'un simple « attachement » qui rendrait possible son détachement<sup>(6)</sup>, il reconnaît

(3) TA Paris, 12 avr. 2018, n° 1609810, concl. Guilloteau L.

(4) CAA Paris, 11 déc. 2020, n° 18PA02011.

(5) Rép. min. à QE n° 12549, JO Sénat Q. 9 janv. 2020, p. 171.

(6) Périnet-Marquet H., Évolution de la distinction des meubles et des immeubles depuis le Code civil, in Études offertes à J. Béguin, 2005, p. 652.

(2) TGI Paris, 32<sup>e</sup> ch., 18 oct. 2019 ; CA Paris, 27 mai 2020, n° 19/12444.

à l'ensemble la nature d'immeuble par nature. Cette qualification est opportune puisqu'elle permet à l'État français, seul décisionnaire, d'inscrire l'ensemble aux monuments historiques, conformément aux articles L. 621-1 et suivants du Code du patrimoine. Cette inscription ne fait pas obstacle à toute modification de l'œuvre. La réalisation de travaux d'entretien et de réparation reste néanmoins permise et la loi autorise même l'autorité administrative à les subventionner (C. patr., art. L. 621-29).<sup>(7)</sup>

Il est fort probable qu'au regard de l'estimation de l'œuvre, un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme soit prochainement exercé par les descendants. Cela ajouterait encore à la légende du sculpteur roumain, habitué aux longues procédures judiciaires. De son vivant, les douanes américaines avaient effectivement refusé le statut d'œuvre d'art à sa création dénommée « Oiseau dans l'espace ». Au terme d'un procès interminable, ouvert en 1927 à New York, la juridiction américaine avait finalement retenu la qualification d'œuvre d'art et exonéré la création des droits de douanes<sup>(8)</sup>.

## La loi n° 2021-1104 du 22 août 2021, dite « Loi Climat et Résilience », crée un nouveau droit de préemption permettant aux communes d'acquérir les biens immobiliers situés sur les terrains amenés à disparaître avec le recul côtier.

L. n° 2021-1104, 22 août 2021, JO 24 août

À la suite d'un processus démarré avec la mise en place de la Convention citoyenne pour le climat, la loi n° 2021-1104 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets a été promulguée et publiée au Journal Officiel, le 24 août 2021<sup>(9)</sup>. Intitulé « Se loger », le titre V de la loi (art. 148 à 251) introduit plusieurs mesures affectant le secteur immobilier. Parmi elles, figure la création d'un nouveau droit de préemption accordé aux communes ou aux établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) afin d'adapter les territoires au recul du trait de côte (C. urb., art. L. 219-1 et s.).

L'article 244 de la loi instaure ainsi un droit de préemption spécifique et prioritaire permettant aux personnes publiques d'acquérir les biens situés sur les terrains destinés à disparaître avec le recul côtier<sup>(10)</sup>. Plus précisément, la loi prévoit d'identifier dans une liste, qui devrait être prochainement fixée par décret, « les communes dont l'action en matière d'urbanisme et la politique d'aménagement doivent être adaptées aux phénomènes hydrosédimentaires entraînant l'érosion du littoral » (C. urb., art. L. 321-15 nouv.). L'objectif est de permettre l'adaptation de la gestion du foncier au recul

du trait de côte. Dans les zones exposées à un recul du trait de côte dans un délai inférieur à 30 ans, le droit de préemption s'appliquera automatiquement sur la totalité de la zone. Dans les zones exposées à un recul dans une période plus lointaine, de 30 à 100 ans, le droit pourra être instauré par la commune ou l'EPCI sur tout ou partie du périmètre défini par le PLU.

Comment ce nouveau droit de préemption s'articule-t-il avec les nombreux autres prévus par le titre I du Livre II du Code de l'urbanisme ? La loi indique ici qu'il est exclusif de l'application du droit de préemption urbain (C. urb., art. L. 211-1), du droit de préemption dans les zones d'aménagement différé (C. urb., art. L. 212-1) et du droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, baux et terrains commerciaux (C. urb., art. L. 214-1). En revanche, il ne prévaut pas sur celui applicable dans les espaces naturels sensibles (C. urb., art. L. 215-1). Elle précise par ailleurs, qu'il « peut s'exercer en coopération » avec les SAFER sur les terrains à usage ou à vocation agricoles et sur les bâtiments d'exploitation agricole.

S'agissant de son domaine d'application, sous réserve de plusieurs exceptions et du respect de certaines conditions tenant notamment aux liens de famille, à la qualité de l'acquéreur ou au contexte de la cession, ce droit de préemption concerne les cessions d'immeubles et de parties d'immeubles, de droits indivis ou de parts de sociétés civiles immobilières mais aussi les apports en nature au sein d'une société civile immobilière et les donations d'immeubles ou d'ensembles de droits sociaux. Échappent à ce nouveau droit de préemption, en revanche, les immeubles compris dans un plan de cession arrêté par un tribunal dans le cadre du redressement ou de la liquidation judiciaire de l'entreprise propriétaire de l'immeuble.

Le nouvel article L. 219-6 du Code de l'urbanisme décrit la procédure de préemption, laquelle est quasiment identique à celle du droit de préemption urbain : déclaration d'intention d'aliéner (DIA), demande de renseignements complémentaires, visite du bien, transmission de la DIA au service des Domaines pour estimation, etc. Le nouvel article L. 219-7 du Code de l'urbanisme prévoit toutefois qu'à défaut d'accord amiable, la juridiction compétente en matière d'expropriation fixe « le prix d'acquisition en tenant compte de l'exposition du bien au recul du trait de côte » (C. urb., art. L. 219-7 nouv.).

Certes, par ce dispositif, le législateur s'attaque enfin aux difficultés inéluctables suscitées par le recul côtier mais il est étonnant que, pour une cause aussi urgente, son choix se porte sur la création d'un nouveau droit de préemption. Présenté aux articles L. 1112-3 et suivants du Code général de la propriété des personnes publiques au titre des acquisitions « selon des procédés de contrainte », le droit de préemption des personnes publiques est régulièrement remis en cause et son efficacité largement contestée<sup>(11)</sup>. Son caractère coercitif reste en effet très relatif. Il constitue seulement un droit de priorité d'achat en faveur de la personne publique. La contrainte consiste seulement à limiter la liberté du propriétaire de choisir son acquéreur au moment où il aura l'intention formelle d'aliéner son bien. Partant, la collectivité qui dispose du droit de priorité n'est nullement tenue de donner

(7) Voir aussi le commentaire détaillé de cet arrêt : Thobie A., Quand le droit civil des biens est mis au service de l'inscription du Baiser de Brancusi au titre des monuments historiques, RLDC 2021/196, n° 6995.

(8) Heinrich N., « C'est un oiseau ! » Brancusi vs États-Unis, ou quand la loi définit l'art, Droit et Société 1996, n° 34, p. 649.

(9) Après validation par le Conseil constitutionnel, dans une décision n° 2021-825 DC du 13 août 2021.

(10) Rapport AN n° 3995, p. 398.

(11) CA Aix-en-Provence, 23 nov. 2000 ; Pisani C., Pour la réforme du droit de préemption urbain, JCP N 2010, 1164.



suite. En cas de refus d'achat par le titulaire de la préemption, le propriétaire demeure libre de vendre son bien, situé sur une zone exposée au recul côtier, à l'acquéreur de son choix et au prix qu'il aura décidé. Or, il est à craindre, que les communes ne se précipitent pas pour exercer leur droit de préemption lorsque le recul du trait de côte concernera plusieurs biens immobiliers situés sur une même zone sensible.

### Inconstitutionnalité des articles 131-21, alinéas 3 et 9, 313-7, 4° et 324-7, 8° du Code pénal : le propriétaire tiers à une procédure de confiscation doit être entendu par la juridiction de jugement.

Cons. const. QPC, 23 sept. 2021, déc. n° 2021-923

L'article 131-21 du Code pénal n'exclut pas la confiscation du bien lorsqu'il est la propriété d'un tiers. Son alinéa 2 indique effectivement que « la confiscation porte sur tous les biens meubles ou immeubles, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis, ayant servi à commettre l'infraction ou qui étaient destinés à la commettre, et dont le condamné est propriétaire ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition ». Afin de contester la confiscation, le propriétaire du bien doit ainsi soit démontrer sa bonne foi – ce qui fera obstacle à toute confiscation<sup>(12)</sup> –, soit démontrer que la personne condamnée n'avait pas la libre disposition dudit bien<sup>(13)</sup>, soit justifier d'une origine frauduleuse. Mais jusqu'à présent, aucune comparution du propriétaire du bien devant la juridiction de jugement n'était prévue, ce que le Conseil constitutionnel souhaite finalement modifier.

Saisi par la Chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>(14)</sup> d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cadre d'une procédure de confiscation de biens prévus à titre de peine complémentaire pour escroquerie et blanchiment, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la conformité des alinéas 3 et 9 de l'article 131-21 du Code pénal, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière. Sa décision porte également sur l'article 313-7, 4°, et l'article 324-7, 8° du même code, relatifs à la peine complémentaire de confiscation en matière d'escroquerie ou de blanchiment, dans leur rédaction résultant respectivement de la loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie et la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

En l'espèce, les requérants reprochaient à ces dispositions de permettre la confiscation d'un bien dont la personne condamnée a seulement la libre disposition, sans prévoir que le tiers propriétaire dont le titre est connu – ou qui a réclaté cette qualité au cours de la procédure, soit cité à comparaître devant la juridiction de jugement. Selon eux, il en résultait non seulement une

atteinte au droit de propriété mais encore une méconnaissance du principe du contradictoire, des droits de la défense et du droit à un recours juridictionnel effectif. Considérant que le Conseil constitutionnel ne pouvait reporter la date de l'abrogation de ces dispositions sans méconnaître l'exigence de respect du droit de l'Union européenne résultant de l'article 88-1 de la Constitution, les parties requérantes ont par ailleurs sollicité la transmission d'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne portant sur la conformité au droit de l'Union de la possibilité pour une juridiction constitutionnelle nationale de faire application de cette faculté de modulation des effets dans le temps de ses décisions dans un tel cas.

Alors qu'il avait déjà déclaré l'article 131-21 du Code pénal conforme à la Constitution dans une décision précédente<sup>(15)</sup>, le Conseil constitutionnel souligne que cette déclaration de conformité l'avait été eu égard à la rédaction de cet article résultant de la loi du 9 juillet 2010 et non de celle du 6 décembre 2013 faisant l'objet de la présente QPC, laquelle était par suite recevable. Il considère qu'outre les hypothèses prévues par les dispositions contestées, celles-ci permettent également, telles qu'interprétées par une jurisprudence constante de la Cour de cassation, que la confiscation porte sur les biens dont les personnes physiques coupables d'une infraction relevant de l'escroquerie ou du blanchiment ont seulement la libre disposition, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi. Or, le Conseil Constitutionnel relève que, dans cette dernière hypothèse, ni les dispositions mises en cause ni aucune autre disposition ne prévoient que le propriétaire dont le titre est connu ou qui a réclaté cette qualité au cours de la procédure, soit placé en situation de présenter ses observations sur la mesure de confiscation envisagée par la juridiction de jugement. Pourtant, une telle comparution du propriétaire serait particulièrement utile pour lui permettre de faire valoir le droit qu'il revendique et éclairer sur sa bonne foi. C'est la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel déclare les dispositions contestées non-conformes à la Constitution. Il retient plus précisément leur non-conformité à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui garantit le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif et le respect des droits de la défense.

Enfin, le Conseil constitutionnel considère qu'il ne lui appartient pas d'examiner la compatibilité des dispositions déclarées contraires à la Constitution avec le droit de l'Union européenne. Il rappelle que l'examen d'un tel grief et la transmission des questions préjudicielles qu'il peut justifier relèvent de la compétence des juridictions administratives et judiciaires. Estimant que la question préjudicielle soulevée ne porte pas sur la validité ou l'interprétation d'un acte pris par les institutions de l'Union européenne, le Conseil constitutionnel écarte la question préjudicielle posée par les requérants concernant la modulation des effets dans le temps de sa décision de non-conformité. L'abrogation immédiate des dispositions contestées risquant d'entraîner des conséquences manifestement excessives en privant la juridiction de jugement de la faculté de prononcer une peine de confiscation, le Conseil constitutionnel reporte au 31 mars 2022 la date de l'abrogation des dispositions contestées. Il précise toutefois que les mesures prises

(12) Cass. crim., 8 janv. 2014, n° 12-88.072, Bull. crim., n° 4.

(13) Cass. crim., 30 juin 2021, n° 20-83.355, publié au Bulletin, ci-dessus commenté.

(14) Cass. crim., 16 juin 2021, n° 20-87.060, Société SIMS Holding agency corp et a.

(15) Cons. const. QPC, 26 nov. 2010, déc. n° 2010-66, relative à la confiscation d'un véhicule à la suite d'une contravention de grand excès de vitesse.

avant la publication de sa décision ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité.

## Consécration de la définition de « bien comportant des éléments numériques » dans l'article liminaire du Code de la consommation.

Ord. n° 2021-1247, 29 sept. 2021, relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques, JO 30 sept.

Un glossaire ? En intégrant dix nouvelles définitions à la suite de la transposition des directives (UE) 2019/770 sur les contrats de fourniture de contenus numériques ou de services numériques et (UE) 2019/771 concernant les contrats de vente de biens, l'article liminaire du Code de la consommation s'est-il transformé en lexique des termes juridico-numériques à maîtriser pour faire une bonne application de la garantie légale de conformité aux biens, aux contenus numériques et aux services numériques ?

L'ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques, transposées avec quelques mois de retard (la date initialement convenue était le 1<sup>er</sup> juillet 2021), a été publiée au Journal officiel du 30 septembre. Prise sur le fondement de la loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020, elle modifie plusieurs dispositions du Code de la consommation. Pour expliquer ces modifications, le **Rapport remis au Président de la République** indique que cette transposition obéit à « un souci de modernisation du cadre juridique de la protection des consommateurs, tenant compte de l'accroissement des ventes de produits connectés (tels que « l'internet des objets »), ainsi que de la fourniture de contenus et services numériques sous différentes formes »<sup>(16)</sup>. Les nouvelles règles concernant la garantie légale de conformité s'appliquent aux contrats conclus à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2022 ainsi qu'aux contenus et services numériques fournis à compter de cette date. Les modifications apportées devraient permettre d'assurer une meilleure protection des consommateurs à l'ère du tout-numérique.

Reprenant la méthode de la directive 2019/771 « Vente de biens », l'ordonnance consacre un certain nombre de définitions qu'elle insère à l'article liminaire du Code de la consommation modifiant de la sorte, de manière substantielle, cette disposition. À la suite des définitions des termes « consommateur », « non-professionnel », et « professionnel » insérées par l'ordonnance du 14 mars 2016 ratifiée par la loi n° 2017-203 du 21 février 2017, figurent désormais les définitions de dix nouveaux termes dont ceux de « contenu numérique » (6°), « service numérique » (7°) ou encore « bien comportant des éléments numériques » (5°). L'objectif est manifestement pédagogique et le glossaire ainsi constitué tend à mieux cerner les notions introduites.

Le « bien comportant des éléments numériques » y est ainsi défini comme « tout bien meuble corporel qui intègre un contenu nu-

mérique ou un service numérique ou qui est interconnecté avec un tel contenu ou un tel service, de manière telle que l'absence de ce contenu numérique ou de ce service numérique empêcherait le bien de remplir ses fonctions ». La définition est exactement celle retenue dans la directive 2019/771 « Vente de biens ». L'un des principaux apports consiste en l'ouverture du champ d'application des règles relatives aux contrats de vente aux biens meubles corporels comportant des éléments numériques. Cela vise, à titre d'exemples, les applications d'un *smartphone*, les logiciels d'un ordinateur ainsi que divers objets connectés.

On le comprend, les critères classiques de conformité des biens sont ici adaptés aux spécificités des biens comportant des éléments numériques, afin d'intégrer par exemple, les exigences de mise à jour, de compatibilité, de fonctionnalités, ou encore d'interopérabilité. Cette dernière est d'ailleurs désormais définie comme suit au 11° de l'article liminaire : « la capacité d'un bien, d'un contenu numérique ou d'un service numérique à fonctionner avec du matériel informatique ou des logiciels différents de ceux avec lesquels des biens, des contenus numériques ou des services numériques de même type sont normalement utilisés ». De nouvelles règles concernant les mises à jour sont ainsi intégrées au titre des critères de conformité. Les vendeurs ont l'obligation d'informer le consommateur et de lui fournir toutes les mises à jour nécessaires au maintien de la conformité de ces « biens comportant des éléments numériques ». Ils sont déchargés de cette obligation lorsque l'élément numérique des biens est fourni de manière continue ; dans ce cas, les mises à jour doivent être fournies tout au long de la période de fourniture.

S'agissant du domaine de la garantie légale de conformité ainsi redessinée, l'ordonnance n° 2021-1247 réécrit de manière substantielle l'article L. 217-2 du Code de la consommation afin de procéder à des exclusions déjà présentes dans la loi (biens vendus par autorité de justice et biens vendus aux enchères publiques) et pour expressément exclure les contrats de vente d'animaux. Sur ce point, le **Rapport remis au président de la République** précise que des dispositions spécifiques du Code rural sont applicables à ces derniers contrats. Les recours demeurent les mêmes qu'auparavant en cas de défaut de conformité : la réparation ou le remplacement du bien comme solution de principe (sans frais, évidemment) avec un délai maximum pour le professionnel de trente jours. Si ceci n'est pas possible, le consommateur obtient la réduction du prix ou la résolution du contrat comme par le passé. La durée de cette garantie reste de deux ans à compter de la délivrance du bien (C. consom., art. L. 217-3).

## La cession de mitoyenneté s'opère par l'effet de la demande d'acquisition et à sa date, sans formalisme pouvant donner lieu aux formalités de publicité foncière.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 sept. 2021, n° 20-18.778, B

Un mur séparant deux propriétés est considéré comme mitoyen dès lors que les deux propriétaires ont payé ensemble sa construction. Ce principe s'applique même si la mitoyenneté du mur n'a pas été publiée. La seule condition pour être reconnu propriétaire d'un mur mitoyen est d'en avoir payé le prix. Aucune autre forma-

(16) Rapport au Président de la République sur l'ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021.



lité n'est requise, même s'il s'agit d'un droit portant sur un bien immobilier, indique en substance la troisième chambre civile, dans cet arrêt destiné à publication.

En l'espèce, le bien immobilier en cause est un hôtel particulier appartenant initialement à un comte et une comtesse, puis vendu à un autre comte et acquis, ensuite, par adjudication par une marquise. Il fait désormais l'objet d'un démembrement de propriété. À l'arrière du bâtiment, le domaine comporte un jardin entouré de murs le séparant d'un immeuble en copropriété, comportant trois corps de bâtiments et une cour en son milieu. Le syndicat des copropriétaires a déposé une déclaration préalable de travaux d'arasement du mur séparant la cour du jardin de la propriété voisine, suivie d'un arrêté de non-opposition vainement contesté devant la juridiction administrative. Après suspension des travaux ordonnée en référé, le propriétaire assigne le syndicat en revendication de la mitoyenneté du mur litigieux et en interdiction des travaux d'arasement. L'arrêt d'appel<sup>(17)</sup> accueille ces demandes. À l'appui de son pourvoi, le syndicat fait valoir, tout d'abord, que le transfert du droit de propriété sur le mur au profit du comte n'a fait l'objet d'aucune publication. Il ne saurait dès lors produire ses effets au-delà des parties à l'acte, conformément au principe de l'effet relatif des conventions de l'article 1199 du Code civil et au régime de la publicité foncière. Prévu dans le décret du 4 janvier 1955, ce régime de publicité foncière, par la combinaison de ses articles 28 et 30, rend le transfert de propriété inopposable aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis du même auteur les droits concurrents emportant mutation ou constitution de droits réels immobiliers. S'appuyant sur ces principes, le pourvoi conteste la décision des

juges du fond en ce qu'ils ont également conclu à l'opposabilité de l'acquisition de la mitoyenneté de l'exhaussement du mur litigieux.

La Cour de cassation approuve la cour d'appel. Elle estime qu'elle a souverainement retenu qu'avant cession de la mitoyenneté de l'exhaussement, le mur d'origine séparant la cour et le jardin était mitoyen, par application de la présomption de l'article 653 du Code civil, et comme mentionné dans le compte de copropriété. Elle a ainsi pu valablement constater que le premier acquéreur avait, à sa demande, acquis la mitoyenneté de l'exhaussement de ce mur moyennant le paiement d'une somme due en règlement du compte de copropriété et dont il s'était acquitté. La troisième chambre civile retient, sous forme de principe, que « la cession de mitoyenneté s'opère par l'effet de la demande d'acquisition et à sa date, à la seule condition imposée au bénéficiaire de payer le prix de la mitoyenneté à acquérir, sans formalisme pouvant donner lieu aux formalités de publicité foncière ».

La solution est éminemment appréciable sur le plan pratique. La cession de l'exhaussement du mur mitoyen n'a donc pas à passer par un acte notarié ou par une décision de justice. Elle se fait de plein droit par la demande adressée au propriétaire de la surélévation et ce, sous la condition du paiement de la contrepartie. La position de la Cour de cassation s'inscrit manifestement dans une démarche de simplification que l'on ne peut que saluer. Toutefois, sur le plan conceptuel, elle consacre une conception plutôt restrictive de la mitoyenneté, déjà implicitement adoptée par le Conseil constitutionnel<sup>(18)</sup> et qui tend à l'appréhender comme « un partage des utilités de la chose » plutôt que comme une cession forcée du droit de propriété. ■

(17) CA Paris, 28 févr. 2020.

(18) Cons. const. QPC, 12 nov. 2010, n° 2010-60, RTD civ. 2011, 144, obs. Revet Th.





www.wkf.fr

N°Cristal 09 69 32 23 48

APPEL NON SURTAXE





*Des ouvrages de référence  
en droit civil*

A\_GCIV\_165x60\_12-19\_N\_1-PB

→ RLDC 7031

## Table annuelle 2021

AUTEURS	TITRES
ANCEL Bruno	Le dilemme de la violence économique en droit comparé : acceptation forcée du contrat ou mort financière ? RLDC 2021/195, n° 6980
AZAR-BAUD Maria José	30 : Le nombre d'actions de groupe introduites à ce jour en France RLDC 2021/196, n° 6998
AZEVEDO Romain	Vente aux enchères publiques : mention erronée du catalogue et erreur sur la substance RLDC 2021/190, n° 6896
BALIVET Béatrice	Dossier spécial : Le non-professionnel : à la recherche d'une catégorie Le cas de la personne morale non-professionnelle : aspects du droit de la copropriété RLDC 2021/192, n° 6932
BARBA Maxime	Précisions sur l'appel du jugement d'orientation RLDC 2021/194, n° 6961
BEIGNIER Bernard	Actualité du droit des assurances (septembre 2019 – septembre 2020) RLDC 2021/188, n° 6875
BEN HADJ YAHIA Sonia	Actualité du droit des assurances (septembre 2019 – septembre 2020) RLDC 2021/188, n° 6875
BERGERON-CANUT Florence	Dossier spécial : Le non-professionnel : à la recherche d'une catégorie Le cas de la personne morale non-professionnelle : aspects du droit du travail RLDC 2021/192, n° 6933
BERTIER-LESTRADE (de) Bérénice	Responsabilité : une approche restrictive du transfert de la garde dans l'intérêt de l'enfant RLDC 2021/191, n° 6912 Dossier spécial : Réforme de la responsabilité civile : un numéro d'équilibriste Réforme de la responsabilité civile : le traitement préférentiel promis aux victimes de dommages corporels RLDC 2021/194, n° 6964
BOISSON Alexis	Actualité du droit des technologies nouvelles (juillet – décembre 2020) RLDC 2021/188, n° 6876
BROOKE Nicolas	L'affaire SORELEC : l'absence d'allégations de corruption doit susciter la méfiance des arbitres RLDC 2021/192, n° 6928
BRUGUIÈRE Jean-Michel	Actualité du droit des technologies nouvelles (juillet – décembre 2020) RLDC 2021/188, n° 6876 Actualité du droit des technologies nouvelles (février - juin 2021) RLDC 2021/194, n° 6962
BRUN Philippe	Dossier spécial : Le non-professionnel : à la recherche d'une catégorie Le développement de la notion de non-professionnel en droit immobilier RLDC 2021/192, n° 6934
BUHLER BONAFINI Karine	Les 30 ans de l'arrêt Blicek : l'âge de raison ? RLDC 2021/192, n° 6926

AUTEURS	TITRES
BUY Frédéric	La clause de non-réaffiliation RLDC 2021/189, n° 6889
CANN Laura	La déchéance du droit aux intérêts comme seule sanction : encore une nouvelle illustration RLDC 2021/191, n° 6911
COURBON Audrey	Revenus fonciers : l'option pour le régime réel d'imposition peut-elle être exercée dans le délai de réclamation ? RLDC 2021/194, n° 6958
CUNIBERTI Gilles	Règlement Bruxelles I bis et compétence internationale pour connaître d'une action en responsabilité civile intentée contre un arbitre RLDC 2021/195, n° 6981
DECRAMER Alice	Un point sur le régime de responsabilité nucléaire RLDC 2021/196, n° 6994
DEGHANI-AZAR Hirbod	La médiation et le numérique : pourquoi et comment mettre en pratique la médiation à distance ? RLDC 2021/191, n° 6919
DÉPINOY Anaïs	Un negotium ne peut en cacher un autre au sein d'un même instrumentum ! De la nécessité de la signature du cautionnement à l'aune de la réforme des sûretés RLDC 2021/198, n° 7028
DESSAULT Florian	Mesures d'instruction in futurum : le juge territorialement compétent pour connaître d'une requête fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile RLDC 2021/189, n° 6887
DEVILLE Sophie	Clauses relatives à l'exécution de l'obligation contributive aux charges du mariage en séparation de biens : la saga continue RLDC 2021/190, n° 6898
DUMERY Alexandre	La cohérence de l'identité entre inexécution du contrat et présence d'une faute civile délictuelle RLDC 2021/193, n° 6948
DUPONT Nicolas	Quelle responsabilité pour les exploitants de magasins vis-à-vis de la clientèle accueillie ? RLDC 2021/189, n° 6884
FARHI Sarah	Les évolutions du régime de la fiducie-sûreté dans le projet de réforme du droit des sûretés RLDC 2021/194, n° 6960 Retour vers le passé : de la rétractation de la promesse unilatérale de vente RLDC 2021/195, n° 6974 Fiducie, blockchain et smart contracts RLDC 2021/195, n° 6982
FAUCHOUX Vincent	Actualité du droit des technologies nouvelles (juillet – décembre 2020) RLDC 2021/188, n° 6876 Actualité du droit des technologies nouvelles (février - juin 2021) RLDC 2021/194, n° 6962
FAVREAU Amélie	Actualité du droit des technologies nouvelles (juillet – décembre 2020) RLDC 2021/188, n° 6876
FENAERT Jean-François	Vente par adjudication d'immeubles « à la barre » : nature de la garantie à remettre pour porter valablement les enchères RLDC 2021/196, n° 6997
FORTI Valerio	Actualité du droit des quasi-contrats (septembre 2020 – août 2021) RLDC 2021/197, n° 7115

AUTEURS	TITRES
FRIANT Laurie	<p>Dommmages causés par le Lasso : clap de fin pour Monsanto RLDC 2021/190, n° 6897</p> <p>Regards rétrospectifs sur les crises du droit de la responsabilité civile aux États-Unis RLDC 2021/197, n° 7116</p>
GÉRARD Thomas	<p>La confirmation tacite, remède à l'inobservation de l'exigence de solennité du contrat d'agent sportif RLDC 2021/188, n° 6871</p>
GIROUX Cyrille	<p>Holding animatrice ayant une activité mixte et Dutreil Transmission : la consécration de la preuve au moyen d'un faisceau d'indices RLDC 2021/193, n° 6949</p>
GLEIZE Bérengère	<p>Actualité du droit des technologies nouvelles (février - juin 2021) RLDC 2021/194, n° 6962</p>
GOLOSOV Evgeny	<p>Responsabilité des agences de voyages : la mise en œuvre des causes d'exonération RLDC 2021/191, n° 6913</p>
GOUT Olivier	<p>Dossier spécial : Le non-professionnel : à la recherche d'une catégorie Le non-professionnel en droit des sûretés RLDC 2021/192, n° 6936</p> <p>Présentation de la réforme du droit des sûretés issue de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 RLDC 2021/198, n° 7025</p>
GRANIER Céline	<p>Dossier spécial : Le non-professionnel : à la recherche d'une catégorie Le non-professionnel en droit financier RLDC 2021/192, n° 6937</p>
GUYADER Hervé	<p>Application de l'effet négatif du principe compétence-compétence au contrat international de consommation RLDC 2021/190, n° 6900</p>
HAGANI Saha	<p>Contrats de location de transports individuels en libre-service et clauses abusives RLDC 2021/190, n° 6904</p>
HEDDE Valentine	<p>Être ou avoir RLDC 2021/194, n° 6963</p>
JOSSIER Laëtitia	<p>Le smart contract et le droit de la défaillance RLDC 2021/195, n° 6979</p>
JUEN Emmanuelle	<p>La garantie des vices cachés à l'épreuve des délais (Partie I) – Retour sur l'applicabilité d'un délai butoir RLDC 2021/188, n° 6877</p> <p>Affaire du Dieselgate : retour sur l'interprétation de l'article 7, 2) du règlement Bruxelles I bis RLDC 2021/189, n° 6885</p> <p>La garantie des vices cachés à l'épreuve des délais (Partie II) – Retour sur les modalités d'application des délais RLDC 2021/189, n° 6891</p>
JULIENNE Frédérique	<p>Chronique d'actualité de droit civil de l'entreprise (octobre 2020 - février 2021) RLDC 2021/192, n° 6929</p>
KNETSCH Jonas	<p>Actualité du droit des quasi-contrats (septembre 2020 – août 2021) RLDC 2021/197, n° 7115</p>
LACHICHE Pauline	<p>Le Brexit, un frein aux investissements immobiliers ? RLDC 2021/191, n° 6914</p>

AUTEURS	TITRES
LACROIX Mariève	La responsabilité civile personnelle du robot confrontée à la Charte québécoise RLDC 2021/197, n° 7112
LACROIX-DE SOUSA Sandie	Chronique du droit des biens (juillet – septembre 2020) RLDC 2021/189, n° 6890 Signature RLDC 2021/191, n° 6917 Chronique du droit des biens (janvier - mai 2021) RLDC 2021/193, n° 6951 Chronique du droit des biens (juin-octobre 2021) RLDC 2021/198, n° 7030
LAGELÉE-HEYMANN Maud	Dossier spécial : Le non-professionnel : à la recherche d'une catégorie Le non-professionnel, heurs et malheurs d'une notion RLDC 2021/192, n° 6938
LASSERRE Marie-Cécile	Clarification des pouvoirs du conseiller de la mise en état en matière de fin de non-recevoir RLDC 2021/195, n° 6978
LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme	Le délai de grâce applicable aux crédits aux consommateurs RLDC 2021/189, n° 6892 Crédit à la consommation et emprunteur sous curatelle : quelles difficultés juridiques ? RLDC 2021/191, n° 6918 Quelques précisions utiles sur le droit régissant les procurations bancaires RLDC 2021/193, n° 6952 Un nouvel outil de protection des consommateurs-emprunteurs défaillants : l'obligation de mise en demeure par le prêteur RLDC 2021/196, n° 6999 Réforme du droit des sûretés. Retour sur deux évolutions importantes pour les banquiers : la mise en garde de la caution et la proportionnalité du cautionnement RLDC 2021/198, n° 7027
LATIL Cédric	Montagne RLDC 2021/190, n° 6902 Les sons et odeurs de la campagne : d'une intégration au patrimoine commun de la nation vers une éventuelle réforme de la responsabilité pour troubles anormaux du voisinage RLDC 2021/193, n° 6953 Découverte d'un trésor : transaction annulée et pluralité d'inventeurs RLDC 2021/197, n° 7011 Image RLDC 2021/198, n° 7029
LATOMBE Philippe	Dossier spécial : Réforme de la responsabilité civile : un numéro d'équilibriste Proposition de loi relative à une éthique responsable des affaires : vers un principe général de responsabilité civile ? (entretien) RLDC 2021/194, n° 6966
LEE Kyum	Mesures d'instruction in futurum : le juge territorialement compétent pour connaître d'une requête fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile RLDC 2021/189, n° 6887
LÈGUEVAQUES Christophe	Nouveau recours collectif dans l'affaire du Lévothyrox RLDC 2021/197, n° 7114
LEHMAN Constance	Pas de confirmation tacite de la nullité du pacte commissaire illicite pour absence de connaissance du vice par les vendeurs RLDC 2021/196, n° 6993

# TABLE ANNUELLE

<http://lamyline.lamy.fr>

AUTEURS	TITRES
LOVATO David	L'exclusion conventionnelle de garantie et la perte du bénéfice de subrogation de l'assureur RLDC 2021/192, n° 6925
LUTFALLA Emmanuèle	Un point sur le régime de responsabilité nucléaire RLDC 2021/196, n° 6994
MAFFRE-BAUGÉ Agnès	Actualité du droit des technologies nouvelles (février - juin 2021) RLDC 2021/194, n° 6962
MALIK Arnaud	Compliance et soft law : à la croisée des chemins RLDC 2021/193, n° 6954
MARILLY Céline	Le principe compétence-compétence résultant de l'article 1448 du Code de procédure civile s'applique-t-il au contrat international entre un avocat et son client ? RLDC 2021/190, n° 6901 Action en révocation pour cause d'ingratitude : les légataires universels- sont-ils des héritiers ? RLDC 2021/191, n° 6915
MAURIÈS Victoria	Droit des sûretés : l'ordonnance sur la réforme est enfin publiée ! RLDC 2021/197, n° 7001
MAYAUX Luc	Dossier spécial : Le non-professionnel : à la recherche d'une catégorie Le non-professionnel en droit des assurances RLDC 2021/192, n° 6938
MESA Rodolphe	Les impacts du régime matrimonial sur la peine de confiscation RLDC 2021/188, n° 6872 L'absence de contrariété systématique des divorces ouverts à l'un seul des époux des pays de droit musulman avec l'ordre public international français RLDC 2021/194, n° 6959 Quelques tendances sur la réparation du dommage causé par une infraction devant les juridictions pénales : réparation intégrale ou surindemnisation, voire pénalité déguisée ? RLDC 2021/196, n° 7000
MESTOUDJIAN Jacques	Le plan d'épargne en actions : quel futur avec le Brexit ? RLDC 2021/192, n° 6927
MESTRE Jacques	Coopérative RLDC 2021/188, n° 6874 Signature RLDC 2021/191, n° 6917
MÉTAIS Philippe	La déchéance du droit aux intérêts comme seule sanction : encore une nouvelle illustration RLDC 2021/191, n° 6911
MIGNOT Marc	Prescription de la créance garantie par une hypothèque : extinction de la créance ou de l'action en justice ? RLDC 2021/195, n° 6977
MOULY Clémence	Caducité et condition résolutoire : entre correspondance et extrapolations RLDC 2021/191, n° 6910
PAYAN Guillaume	Avoirs gelés, force majeure et mesures conservatoires : une clarification, des interrogations RLDC 2021/189, n° 6888
PÉGLION-ZIKA Claire-Marie	Chronique de droit privé constitutionnel (janvier - décembre 2020) RLDC 2021/190, n° 6903

AUTEURS	TITRES
PELET Delphine	Dossier spécial : Le non-professionnel : à la recherche d'une catégorie La protection du non-professionnel en droit de la construction RLDC 2021/192, n° 6935
PICOD Yves	Dossier spécial : Le non-professionnel : à la recherche d'une catégorie Des difficultés persistantes : hétérogénéité de la catégorie et questionnement autour des critères RLDC 2021/192, n° 6931
PIERRE Philippe	Retour sur l'exagération manifeste des primes d'assurances de placement RLDC 2021/191, n° 6920
PINEAU Pascal	Panacher : tout sauf faire les choses à moitié RLDC 2021/189, n° 6886
POATY Marie-Laure	La rumeur : un mode de preuve ? RLDC 2021/6905, n° 6905
POILLOT Elise	Dossier spécial : Le non-professionnel : à la recherche d'une catégorie Retour sur l'émergence et la nécessité de la notion de non-professionnel (aux côtés de la notion de consommateur) RLDC 2021/192, n° 6930
POLONI Flore	L'affaire SORELEC : l'absence d'allégations de corruption doit susciter la méfiance des arbitres RLDC 2021/192, n° 6928
POUX Victor	Quel(s) seuil(s) pour la perpétuité en droit des contrats ? Réflexions à partir de l'article 1210 du Code civil RLDC 2021/193, n° 6947
RAYNOUARD Arnaud	La fraude écarte les conditions prétorienne de l'abus de majorité : l'atteinte à l'intérêt social n'est pas exigée... l'intérêt commun demeure ignoré RLDC 2021/188, n° 6878
REICHARDT André	Dossier spécial : Réforme de la responsabilité civile : un numéro d'équilibriste Le projet de la Chancellerie est suffisamment abouti sur une partie des dispositifs, alors allons-y ! (entretien) RLDC 2021/194, n° 6965
REZLAN Chloé	Être ou avoir RLDC 2021/194, n° 6963
RICHTER Anne-Catherine	Pas de prise en considération de la pension de réversion née du chef d'un précédent conjoint dans l'évaluation du préjudice économique du conjoint survivant RLDC 2021/198, n° 7024
ROBIN-SABARD Olivia	Responsabilités consécutives à une situation d'entraide RLDC 2021/195, n° 6975
ROSSETTO Claire	Présomption d'onérosité dans le contrat de mandat : l'influence de la qualité de professionnel éclipsée par le contexte familial RLDC 2021/198, n° 7023
SAGOT-DUVAUROUX Jean	La nature mobilière de l'action en réduction entraîne l'incompétence des juridictions françaises lorsque la succession est ouverte à l'étranger RLDC 2021/195, n° 6976 La réintroduction du droit de prélèvement par la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République RLDC 2021/197, n° 7113

# TABLE ANNUELLE

<http://lamyline.lamy.fr>

AUTEURS	TITRES
SZCZECH Marcela	Contrats de location de transports individuels en libre-service et clauses abusives RLDC 2021/190, n° 6904
THOBIE Adeline	Quand le droit civil des biens est mis au service de l'inscription du <i>Baiser de Brancusi</i> au titre des monuments historiques RLDC 2021/196, n° 6995
TISSEYRE Sandrine	L'erreur sur la rentabilité économique des panneaux photovoltaïques n'est pas une cause de nullité du contrat RLDC 2021/189, n° 6883
TOTA Michael	Une application mystérieuse de la perte du bénéfice de subrogation RLDC 2021/190, n° 6899 Redressement judiciaire de la caution réelle : le curieux droit exclusif du bénéficiaire d'un cautionnement réel hypothécaire RLDC 2021/191, n° 6916 Utilisation frauduleuse par la caution du bénéfice de disproportion : recevabilité de l'action paulienne exercée par le créancier RLDC 2021/193, n° 6950 La protection du bénéficiaire d'un cautionnement réel hypo-thécaire contre l'écoulement du temps RLDC 2021/196, n° 6996 Le nouveau régime juridique du cautionnement réel : entre révolution et imperfections RLDC 2021/198, n° 7026
TOUCHAIS Maxime	L'inefficacité partielle de la clause de non-recours en contribution aux charges du mariage RLDC 2021/188, n° 6873
VALETTE Élodie	La déchéance du droit aux intérêts comme seule sanction : encore une nouvelle illustration RLDC 2021/191, n° 6911
WLODKOWSKI Frédéric	La fraude écarte les conditions prétorienne de l'abus de majorité : l'atteinte à l'intérêt social n'est pas exigée... l'intérêt commun demeure ignoré RLDC 2021/188, n° 6878



GAMME LAMY DROIT DES AFFAIRES  
*Maitrisez l'ensemble des aspects juridiques, économiques et financiers de la vie des entreprises*

Les experts LAMY décryptent pour vous l'ensemble des domaines du droit des affaires : droit de la concurrence, de la distribution et de la consommation, droit commercial, contrats internationaux, baux commerciaux, création d'entreprise, fonds de dotation... à travers des ouvrages, revues, guides ou formulaires.

Ainsi, vous **gagnez du temps** dans vos recherches et le traitement de vos dossiers pour :

- ▶ **anticiper** les risques
- ▶ **trouver** une solution pour chaque situation
- ▶ **sécuriser** juridiquement vos écrits

**POUR EN SAVOIR PLUS :**

[wkf.fr/DAF](http://wkf.fr/DAF)




A\_GAM\_LDA\_A4\_05-21\_O - [PB] ©gettyimages - gradyreese

