



Lasaygues & Associés

La Lettre



MARIE-ÉLISABETH MATHIEU,
Consultante

ÉDITORIAL

Le projet de loi « transition énergétique pour la croissance verte » a été voté le mardi 14 octobre dernier en première lecture à l'Assemblée nationale. Au-delà d'un effet de mode, ces nouvelles règles affichent des finalités précises dont l'objectif est de contribuer à valoriser de nouvelles technologies et conquérir de nouveaux marchés dans le domaine des énergies renouvelables. L'incidence dans notre pratique quotidienne est réelle.

Les règles d'urbanisme ne pourront plus faire obstacle aux travaux d'isolation des bâtiments publics ou privés et aux installations de production d'énergie renouvelable. Un bonus de constructibilité sera accordé pour les constructions à haute performance énergétique. Sera privilégiée l'installation d'une isolation extérieure lors des ravalements de façades et les restructurations des toitures. Les documents d'urbanisme pourront désormais prévoir que les nouvelles constructions sont à basse consommation ou à énergie positive. Toutes les rénovations lourdes sur les bâtiments devront comprendre un diagnostic énergétique et être l'occasion de travaux d'efficacité énergétique. Désormais, les travaux d'économie d'énergie seront votés à la majorité simple dans les copropriétés. L'utilisation des énergies renouvelables n'est pas récente mais elle est devenue pas à pas une réalité juridique : du financement des parcs éoliens au développement de la méthanisation et à l'utilisation du pétrole vert, il n'y qu'un pas....

« L'utilisation de ces énergies est devenue pas à pas une réalité juridique »

Le législateur entend donc en faciliter la création et l'investissement. En témoigne l'instauration d'un permis unique propre à la méthanisation et à l'éolien. Cette autorisation unique résulte de la fusion en une seule et même procédure de plusieurs décisions qui peuvent être nécessaires pour la réalisation de ces projets : autorisation ICPE, permis de construire, éventuellement autorisation de défrichement, dérogation « espèces protégées » et autorisation au titre du code de l'énergie. De même est annoncée une réduction des délais de recours contentieux afférents à l'éolien offshore, recours qui seront examinés en première instance par une cour administrative d'appel unique. Et dans un but de conciliation est engagée une concertation entre les hydro-électriciens et les associations de défense de l'environnement pour définir le cahier des charges d'appels d'offres permettant le développement de la petite hydroélectricité sur les zones propices et sur les seuils existants. Qui aurait dit qu'un jour le soleil, le vent, la chaleur de la terre, les chutes d'eau, les marées et les végétaux auraient un ascendant sur notre pratique notariale ? ☺

DE L'OPPOSABILITÉ DE LA CLAUSE DE RÉSERVE DE PROPRIÉTÉ APRÈS LE JUGEMENT D'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE COLLECTIVE

La Haute Juridiction a adopté une solution libérale (Cour de cassation du 31 janvier 2012, n° J.10-28.407) quant aux conditions d'opposabilité de la clause de réserve de propriété à l'acquéreur l'ayant tacitement acceptée, permettant ainsi la recevabilité de l'action en revendication du créancier réserviste. Ainsi, l'existence d'un courant d'affaires ayant donné lieu à des ventes pour lesquelles une clause de réserve de propriété était stipulée sur les factures peut caractériser l'acceptation de cette clause pour les ventes suivantes.

Le bénéficiaire de la clause, dont la créance n'a pas été honorée, mais dont le bien existe en nature – toute revendication suppose que les biens ne soient pas transformés, voire incorporés à un autre objet – dans le patrimoine de l'acquéreur alors que s'ouvre à son encontre une procédure collective est confronté à un premier dilemme : revendiquer (i) ou déclarer sa créance (ii). Ces deux actions sont différentes, ne produisent pas les mêmes effets mais vont pouvoir désintéresser le revendiquant : sont-elles cumulatives ou uniquement alternatives ?

L'action en revendication aboutit à la récupération du bien. Elle doit être exercée dans le bref délai de 3 mois suivant la publication du jugement d'ouverture de sauvegarde, de redressement ou de liquidation. Le bénéficiaire de la clause, qui exerce son droit de revendication sur le bien réservé doit-il, pour autant, renoncer à

déclarer sa créance ? À l'inverse la demande en paiement de la créance entraîne-t-elle l'irrecevabilité d'une action en revendication ? Autant de questions auxquelles la pratique est confrontée et dont le droit positif se fait l'écho. Il est désormais admis qu'une demande en revendication n'implique pas renonciation à déclarer sa créance ou qu'une demande en paiement n'est pas une cause d'irrecevabilité d'une demande en revendication (voir en ce sens, Cass. Com. 20 octobre 1992, D. 1993, somm. p. 288). À l'inverse, la déclaration de créance n'est pas un préalable à la revendication du bien réservé.

Par conséquent, les deux actions peuvent se cumuler et nous conseillons vivement au revendiquant de les exercer de façon concomitante. En toute logique, la déclaration de créances du propriétaire n'a néanmoins pas de raison d'être, dans la mesure où la revendication aboutit.

Au surplus, une déclaration de créance concomitante à une revendication constitue une sage précaution, lorsque le bien ne peut plus être restitué ; notamment en cas de transformation ou de vente. Enfin, la restitution du bien peut, ne pas entraîner l'extinction totale de la créance du revendiquant. C'est alors une excellente raison de lui conseiller de déclarer sa créance, pour être rempli de l'intégralité de ses droits (voir en ce sens, C. Saint Halary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, 7^e éd. Montchrestien, n° 788). Lors de cette déclaration il est parfois délicat de définir le préjudice lié au retard dans l'exécution de la convention, ainsi que les frais de reprise du bien, les dépenses de procédure. À cela s'ajoute le fait que le déclarant ignore si le bien va lui être restitué et dans quelles conditions d'entretien...

Mais pour être reconnue propriétaire réserviste, encore faut-il – et la décision du 31 janvier 2012 en témoigne – le cas échéant, rapporter la preuve de la clause (i) et de son opposabilité à l'acquéreur (ii).

L'article 2368 du Code civil est d'une rédaction limpide et lapidaire: «la réserve de propriété est convenue par écrit». Cet écrit n'est pas exigé à titre de validité mais à titre de preuve et/ou d'opposabilité. Cette clause sera-t-elle stipulée au jour de la conclusion de la vente, dans un écrit postérieur ou au moment de la livraison? À l'évidence, toutes ces possibilités sont offertes aux parties. La pratique a manifestement transposé au droit commun la solution préconisée par le Code de commerce qui prévoit que la clause de réserve «doit avoir été convenue entre les parties, au plus tard, au moment de la livraison» (article L.624-16, alinéa 2 du Code de commerce). La clause de réserve est aussi une clause concevable dans un contrat-cadre valant pour chacun des contrats d'application. De

même, elle est opposable à l'acheteur – dans la mesure où il ne s'y oppose pas – lorsqu'elle est incluse dans des conditions générales de vente «par référence», c'est-à-dire dans des conditions générales auxquelles le contrat renvoie (Paris 11 janv. 2000, 3^e ch. A, *Pellegrini ès qual. c/ Sté Finimetal SA Contra*, en l'absence de courant d'affaires existant entre les parties: Versailles, 20 janv. 2000, 13^e ch., *Bercheret ès qual. c/ Durand*).

Une telle acceptation tacite est, au vu de la décision du 31 janvier 2012, validée par la Haute Juridiction pour rendre recevable une action en revendication entre des parties en relation d'affaires et alors même qu'une procédure collective est ouverte à l'encontre de l'acquéreur. En effet, la lettre de l'article L. 624-16 du Code de commerce se contente de rendre la clause opposable dès lors qu'elle a été contractuellement acceptée. Elle «doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livrai- (...)



« La pratique a manifestement transposé au droit commun la solution préconisée par le Code de commerce... »

son » et « peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues (...) entre les parties ». Libérale, la Haute Juridiction pose ainsi les contours d'une acceptation tacite de l'acquéreur (voir en ce sens, la décision d'appel Versailles, 28 oct. 2004, D. 2005. AJ 79; voir aussi Besançon, 2^e ch. com., 9 déc. 2003, RG n° 01/02026). L'existence de « relations d'affaires et de la réception par le débiteur, dans le courant de ces relations, de factures antérieures comportant la clause litigieuse, sans protestation de sa part » sont des preuves suffisantes de son acceptation qui emporte sans conteste l'opposabilité de la clause de réserve à son encontre. Et ce, d'autant plus lorsque se déduisent des circonstances de la cause, des éléments factuels démontrant la parfaite connaissance de cette clause par l'acquéreur tel que la réception non contestée, en son temps, de factures mentionnant lisiblement la clause de réserve.

Au final, seul l'écrit mentionnant la clause et parvenu par tous moyens à la connaissance de l'acquéreur la lui rend opposable. Il est important néanmoins de garder à l'esprit l'intérêt d'assurer la publicité de la clause de réserve notamment en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'acquéreur. Ainsi, « le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité » (article L.624-10 du Code de commerce). Si cette publicité est réalisée, le créancier n'a plus l'obligation de revendiquer le bien réservé dans un délai de trois mois. L'action en revendication est alors remplacée par une action en restitution, qui, elle, n'encourt pas cette forclusion. Cette restitution peut s'exercer même si le bien réservé a été incorporé à un autre bien sous réserve de ne pas endommager, par cette séparation, les biens en cause (voir en ce sens, l'article 2370 du Code civil). Ce peut être l'hypothèse d'un bien meuble incorporé dans un immeuble

et récupérable sans dommage par le créancier (voir ainsi, la revendication d'un moteur d'un navire grevé d'une hypothèque maritime et séparable de celui-ci, Cass. com., 5 mars 1994: JCP G, 1994, II, p. 22277). Cette publicité permet aussi au créancier de bénéficier d'une alerte personnelle pour déclarer sa créance dans les temps impartis (article L.622-24, alinéa 1^{er} du Code de commerce).

Une fois convenue, la clause opposable à l'acquéreur frappée par une procédure collective est donc efficace et sera mise en échec l'action du liquidateur contestant la revendication comme en témoigne cette décision récente.

Hors procédure collective, cette sûreté présente aussi certains avantages. Le créancier peut se faire restituer le bien en cas de non-paiement du prix à l'échéance (article 2371 du Code civil) et en disposer à nouveau librement. Ce bien, s'il est fongible, sera de même nature et de même qualité que le bien initialement réservé (article 2369 du Code civil – Voir Cass. com., 5 févr. 2002: Bull. civ. IV, n° 48). Néanmoins, le créancier ne peut, par ce biais, s'enrichir au détriment de l'acquéreur: la valeur du bien repris sera imputée, à titre de paiement, sur le solde de la créance garantie (article 2371, alinéa 2 du Code civil). Si cette valeur excède le montant restant dû, une soule sera versée au débiteur (article 2371, alinéa 2 du Code civil). Bien entendu, la clause est opposable au sous-acquéreur et le mécanisme de la subrogation réelle trouve à s'appliquer (D. Martin, *Du conflit relatif à la créance du prix de vente d'une marchandise acquise sous réserve de propriété*: D. 1986, chron. 323 – M. Cabrillac, *Réserve de propriété, bordereau Dailly et créance de prix de vente*: D. 1988, chron. 131). Enfin, un report de la réserve de propriété sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur est institué par l'article 2372 du Code civil. Ce report est général, il n'est plus seulement limité au débiteur objet d'une procédure collective (article L.624-18 du Code de commerce) mais s'étend aussi au débiteur in bonis. Un tel report s'opère aussi sur l'indemnité d'assurance du bien réservé (article 2371, alinéa 3 du Code civil – Voir Cass. com., 1^{er} oct. 1985: Bull. civ. IV, n° 222), illustrant une technique directement inspirée de l'article L.121-13 du Code des assurances. 🍷

LE CONTRAT COLLECTIF D'ASSURANCE DE RESPONSABILITÉ CIVILE DÉCENNALE

Insuffisamment considéré, le contrat collectif d'assurance de responsabilité civile décennale apporte pourtant une réponse à la problématique posée par l'obligation légale d'assurance construction instaurée par la loi notamment à l'occasion d'opérations de construction de grande importance et/ou complexes.



PAR ISABELLE VIDAL-SUBIAS

1 → Rappel de l'évolution législative et réglementaire

Rappelons en effet que la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1979, impose à chaque constructeur lié à un maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage, d'être assuré à hauteur du coût des travaux de réparation de l'ouvrage.

Or, les assureurs et les assujettis à l'obligation d'assurance ont été confrontés à la difficulté de répondre à cette obligation légale d'assurance notamment dans le cadre d'opérations où le coût des travaux excède les

seuils prévus par les contrats d'assurance individuel des constructeurs.

Chaque constructeur peut alors souscrire pour son propre compte une garantie complémentaire. Mais cette solution n'est pas viable notamment :

- dans le cadre d'opération de grande importance: le marché de l'assurance et de la réassurance ne disposent pas des capacités nécessaires pour couvrir les ouvrages à hauteur de la totalité de leur coût de construction compte tenu de leur importance;
- dans le cadre d'opérations complexes: les techniques non courantes et innovantes mises en œuvre ne trouvant pas de couverture sur le marché.

Afin de lever les blocages constatés, la solution proposée par le législateur

et le pouvoir réglementaire a été de permettre aux assureurs d'instaurer un plafonnement de l'assurance de responsabilité décennale obligatoire. C'est ainsi qu'une disposition fût introduite dans la loi de finance rectificative n° 2006-1771 du 30 décembre 2006¹ et a institué un article L. 243-9 du Code des assurances qui autorise un plafonnement légal de la garantie, mais uniquement pour l'assurance obligatoire de responsabilité décennale hors habitation.

Cet article a été complété par loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat Public Privé en étendant, toujours dans le secteur hors habitation, l'autorisation de plafonnement de la garantie, (...)

¹ Suite à un amendement déposé par le Sénateur Mercier.

(...) à l'assurance dommage ouvrage. Puis, il aura fallu attendre deux ans pour la parution du décret² pris en application de l'article L. 243-9 du Code des assurances et qui complète le dispositif. Il associe l'ensemble des intervenants dans un schéma global d'assurance et offre :

- la possibilité de limiter la garantie décennale au coût total de la construction hors habitation ;
- la possibilité de plafonner le montant de la garantie au coût total de la construction déclaré par le maître de l'ouvrage ou à cent cinquante millions d'euros si ce coût est supérieur à cent cinquante millions d'euros hors habitation ;
- la faculté pour les assujettis à l'obligation d'assurance en vertu des articles L. 241-1 (intervenant à l'acte de construire) et L. 241-2 du Code

des assurances (promoteur immobilier au sens de l'article 1831-1 du Code civil) de recourir à un contrat collectif de responsabilité décennale en complément des contrats individuels, en habitation et hors habitation, afin de satisfaire à l'obligation d'assurance.

Ainsi pour la première fois, un texte établit la possibilité de répondre à l'obligation légale d'assurance par un montage en ligne, technique pourtant utilisée depuis fort longtemps par le marché assurantiel.

2 → Principales caractéristiques et mise en œuvre du contrat collectif d'assurance de responsabilité civile décennale

Le contrat collectif d'assurance de responsabilité civile décennale est régi

par les articles L 241-1 et L 241-2 et R 243-1 du Code des assurances et par les clauses types prévues par l'article A 243-1 annexe III au même titre que les polices de responsabilité décennale des constructeurs.

La nature de la garantie délivrée se limite aux seuls dommages relevant de la présomption de responsabilité établie par les articles 1792 et 1792-2 du Code Civil.

En vertu du premier alinéa de l'article R 243-1, ce contrat collectif a pour but d'intervenir en complément du ou des contrats individuels dont sont titulaires les personnes visées aux articles L 241-1 et L 241-2 du Code des assurances, permettant ainsi de compléter les niveaux de couverture apportés par ces contrats jusqu'à hauteur du coût de



² Décret du 22 décembre 2008 (D. n° 2008-1466, 22 déc. 2008, JO 31 déc.) qui modifie la partie réglementaire du Code – titre IV et V.

construction déclaré par le maître d'ouvrage et ce pour répondre à l'obligation légale d'assurance de responsabilité. Ainsi, le contrat collectif constitue un contrat autonome qui n'a pas vocation à pallier les défaillances de garantie des contrats individuels. Il ne se substitue en aucun cas à une assurance de dommage ouvrage. Ce contrat s'analyse comme un contrat de seconde ligne de garantie intervenant après une première ligne constituée par le montant de la garantie des contrats individuels d'assurance de responsabilité décennale dont sont titulaires les personnes visées aux articles ci-dessus précités.

Toutefois, le décret ne prévoit pas de seuil, en termes de coût d'opération, à partir duquel le contrat collectif peut être mis en place. Des recommandations professionnelles ont été données par les acteurs du marché et notamment la fédération française des sociétés d'assurance qui conseille de recourir à ce type de contrat lorsque le coût de l'ouvrage dépasse de quinze millions d'euros³.

Le décret reste également muet sur le seuil, en terme de montant de garantie, à partir duquel, pour chaque catégorie d'intervenant, la garantie du contrat collectif sera appelée à jouer. Il a été recommandé que l'assureur délivrant le contrat n'exige pas que les montants de garantie des contrats individuels soient supérieurs à⁴:

- 10 millions d'euros pour les traitants directs⁵ dont les marchés de travaux concernent la structure et le gros oeuvre,
- 6 millions d'euros pour les autres traitants directs,
- 3 millions d'euros pour les traitants directs non réalisateurs (maître d'œuvre, bureau d'étude, bureau de contrôle, constructeur non réalisateur).

Cette police intervenant en deuxième

« ...le contrat collectif constitue un contrat autonome qui n'a pas vocation à pallier les défaillances de garantie des contrats individuels. »

ligne, les intervenants doivent justifier que leur police décennale habituelle s'applique bien sur le chantier en question avec un montant de garantie minimum.

Conformément aux dispositions de l'article R 243-1 du Code des assurances, ce contrat d'assurance collectif de responsabilité décennale peut être souscrit par un souscripteur unique agissant pour le compte de plusieurs personnes mentionnées aux articles L 241-1 et L 241-2 du Code des assurances. Il peut s'agir du maître de l'ouvrage, l'entreprise générale, le groupement d'entreprises ou encore le mandataire d'un groupement conception réalisation.

Les bénéficiaires des garanties apportées par ce contrat sont toute personne physique ou morale dont la responsabilité décennale peut-être engagée sur le fondement de la présomption établie par les articles 1792 et s. du Code civil, mais également celle qui fait réaliser pour le compte d'autrui des travaux de construction y compris lorsque ces derniers sont réalisés en vue de la vente. Il s'agit des constructeurs réalisateurs (maître d'œuvre, bureau d'étude, ingénieurs-conseils, entreprise etc.) dès lors qu'ils sont liés au maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage et le contrôleur technique, mais également les constructeurs non réalisateurs (vendeur d'immeuble à construire,

vendeur après achèvement, promoteur immobilier au sens de l'article 1831 du Code civil). Excepté le cas où il intervient en qualité de vendeur, le maître de l'ouvrage ne bénéficie pas, par principe, du statut d'assuré tout comme les sous-traitants (personnes non soumises à l'obligation l'égalité d'assurance responsabilité décennale).

Ainsi, ce dispositif encouragé par les pouvoirs publics afin de faciliter la couvertures d'opérations majeures, permet de proposer des règles de souscription et de gestion des sinistres simple pour l'ensemble des acteurs, de lever les difficultés rencontrées par les maîtres d'ouvrage et des constructeurs en matière de couverture d'assurance, et de permettre le libre jeu de la concurrence entre tous les acteurs tout en proposant des offres d'assurance cohérentes.

Il concourt à une gestion collaborative du risque par les intervenants à la construction ce qui est de nature à mieux mesurer, maîtriser et prévenir ce risque au stade de la conception puis de l'exécution des travaux. 🍀

³ Circulaire FFSA 61-2008 du 18 décembre 2008

⁴ Circulaire FFSA 61-2008 du 18 décembre 2008 | ⁵ Constructeur qui a signé directement un contrat avec le maître d'ouvrage pour l'opération de construction

DROIT DE LA CONSTRUCTION

SOUS-TRAITANCE : NOTION DE « TRAVAUX DE BÂTIMENT »

Par cette décision, la Cour de cassation précise la notion de « travaux de bâtiments » au sens de la loi du 31 décembre 1975, relative à la sous-traitance. Ce faisant, elle se prononce dans le sens d'une interprétation extensive de la notion de « travaux de bâtiments ».

Civ. 3^e, 24 sept. 2014, FS-P+B+I, n° 13-14.404

Extraits : (...) Mais attendu que la cour d'appel a retenu à bon droit que les travaux de démolition sous-traités à M. X... avaient la nature juridique de « travaux de bâtiment » au sens de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 (...) PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi (...)

DROIT IMMOBILIER

LIMITE AU DROIT DE PRÉEMPTION SAFER

La vente projetée d'un terrain d'une superficie supérieure à 2 500 m² destiné à la construction d'une maison individuelle n'échappe pas en sa totalité à la préemption SAFER, même si la superficie de la partie constructible de la parcelle est inférieure à 2 500 m².

Civ. 3^e, 24 sept. 2014, FS-P+B, n° 13-20.577

Extraits : (...) Mais attendu qu'ayant relevé que la vente projetée par M. et Mme X... portait sur un terrain d'une superficie supérieure à 2 500 mètres carrés, la cour d'appel en a exactement déduit que la Sogap pouvait, en application de l'article R. 143-3 du code rural et de la pêche maritime, exercer son droit de préemption sur la totalité, bien que la surface de la partie constructible de la parcelle soit de 1 995 mètres carrés ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi (...)

DROIT DES AFFAIRES • EXPERTISE DE L'ARTICLE 1843-4 DU CODE CIVIL :

DATE D'ÉVALUATION DES DROITS SOCIAUX EN CAS D'EXCLUSION

Cette décision rappelle qu'en l'absence de dispositions statutaires, la valeur des droits sociaux de l'associé qui se retire doit être déterminée à la date la plus proche de celle du remboursement de la valeur de ces droits. La solution devrait être maintenue sous l'empire de l'article 1843-4 du code civil tel qu'il vient d'être réécrit par l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014.

Com. 16 sept. 2014, FS-P+B, n° 13-17.807

Extraits : (...) Mais attendu, d'une part, que la suspension de l'exercice des droits non pécuniaires de l'asso-

cié tenu de céder ses actions tant qu'il n'a pas procédé à cette cession étant sans incidence sur sa qualité d'associé, la cour d'appel a statué à bon droit ; Et attendu, d'autre part, qu'ayant relevé que les statuts de la société ne précisait pas la date à laquelle la valeur des titres de l'associé exclu devait être déterminée et constaté que le tiers estimateur avait fixé à 39 600 euros la valeur des actions de M. X... « à la date la plus proche de la cession future », la cour d'appel a fait l'exacte application des dispositions de l'article 1843-4 du code civil en retenant cette somme ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi. (...)

CONTACTS : Lasaygues & Associés • 142 Boulevard Haussmann • 75 008 Paris • tél. : 01 42 68 83 50 • www.lasaygues.com

ÉQUIPE DE RÉDACTION : Didier Lasaygues, Notaire Associé > didier.lasaygues@lasaygues.com • Hubert de Vulgrenant, Notaire Associé >

hubert.devaulgrenant@lasaygues.com • François Gauthier, Notaire > francois.gauthier@lasaygues.com • Marie-Élisabeth Mathieu, Maître de

conférences à l'Université d'Évry Val d'Essonne, professeur au Centre de formation professionnelle de Notaires de Paris > marie-elisabeth.mathieu@lasaygues.com •

Valérie Depadt-Sebag, Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris 13, chargée d'enseignement à Sciences Po

Muriel Michaelis, Secrétaire de rédaction • fannyetflora.com, Graphisme • Ogccommunication, Impression

MARIAGE POUR TOUS ET HOMOPARENTÉ : LA QUESTION DE L'ADOPTION

La loi sur « le mariage pour tous » a consacré la famille homoparentale en ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe.

L'article 6-1 du Code civil dispose désormais que « Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre I^{er} du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe ».



conception traditionnelle du mariage, pourtant difficilement conciliable avec celle résolument moderne et réaliste revendiquée lors des débats parlementaires : « Dans ce contexte, il apparaît qu'il n'y a aucune raison qu'on n'accorde pas le même cadre à l'amour que se portent deux personnes de même sexe. Pour la philosophe Élisabeth Badinter entendue par votre rapporteur en audition le 13 décembre 2012, le mariage aujourd'hui n'est plus qu'« un PACS renforcé » ; il a perdu son caractère sacré, il n'est plus indissoluble, il ne constitue plus l'autorisation à la sexualité, ni le cadre de la filiation. Dans ces conditions, le couple homosexuel est aussi légitime que le couple hétérosexuel à prétendre au mariage ». Mais pourtant, à l'heure de l'égalité des filiations, de la suppression de la notion de filiation légitime, les couples de même sexe ne peuvent créer une famille juridiquement reconnue qu'à la condition d'être mariés.

L'adoption en France par un couple de même sexe risque de s'avérer particulièrement longue et laborieuse, dans la mesure où le nombre d'enfants adoptables se trouve extrêmement limité et les listes d'attente particulièrement longues. L'adoption internationale risque d'être tout aussi difficile dans la (...)

A lors que les débats qui ont précédé le vote de la loi du 17 mai 2014 avaient laissé entrevoir l'ouverture du domaine de l'assistance médicale à la procréation aux couples de même sexe, les discussions et les manifestations en tous genres se sont cristallisées bien davantage sur l'homoparenté que sur l'alliance. Au lendemain du retrait par le gouvernement de son projet de loi sur la famille, la ministre, D. Bertinotti affirmait dans le journal *Le Monde* du 5 février qu'« à cause de cette focalisation totalement infon-

dée sur la PMA (procréation médicalement assistée) et la GPA (gestation pour autrui), il nous a été impossible d'expliquer sereinement ce que contenait le projet de loi famille ».

De fait, la question de la famille étendue aux enfants s'avère bien plus complexe que celle du mariage.

Le législateur a décidé de lier les deux sujets, présentant l'accès à l'adoption comme une conséquence inéluctable de l'ouverture du mariage. En refusant de distinguer l'union matrimoniale de la parenté, il a donc fait le choix d'une

« De fait, la question de la famille étendue aux enfants s'avère bien plus complexe que celle du mariage. »

(...) mesure où nombre de pays ont déjà refusé de confier leurs enfants à des couples de même sexe résidents d'un état leur ayant reconnu, avant la France, le droit d'adopter en couple.

En revanche, le nombre d'enfants élevés dans des familles homoparentales françaises ne cesse d'augmenter. On sait que les couples de femmes, lorsqu'ils conçoivent le projet d'avoir des enfants, se rendent de l'autre côté de nos frontières, le plus souvent en Allemagne ou en Belgique, afin de bénéficier d'un don de gamètes. Or, en cas de séparation du couple ou de décès de la mère, sa compagne ne se voyait jusque-là reconnaître aucun droit sur l'enfant et il en était de même dans le cas où l'enfant avait été adopté par l'un des deux membres du couple. Effectivement, l'adoption par une personne célibataire étant autorisée alors que l'adoption par un couple de même sexe était encore impossible, il est fréquent que l'enfant adoptif élevé dans une famille homoparentale soit juridiquement reconnu comme celui d'un seul des membres du couple.

C'est pourquoi, au-delà de ce lien prétendument indissociable entre le mariage et la parenté, la démarche du législateur trouve sa raison dans la volonté de sécuriser la filiation des enfants qui vivent dans une famille homoparentale. La délégation-partage d'autorité parentale a un temps été envisagée comme une solution, mais les divers projets en ce sens ont tous avorté et c'est donc dans l'adoption intra conjugale que le législateur a puisé la solution.

L'article 360 nouveau du Code civil dispose que « l'enfant précédemment adopté par une seule personne, en la forme simple ou plénière, peut l'être une seconde fois, par le conjoint de cette

dernière, en la forme simple ». Bien que les deux formes d'adoption, simple ou plénière, soient ouvertes aux couples de même sexe, la première a vocation à être la plus utilisée dans la mesure où l'enfant, né du projet commun de deux hommes ou de deux femmes, ne dispose d'aucune autre famille d'origine. Il ne sera donc pas question dans la plupart des cas d'ajouter, mais d'établir une double filiation par le biais d'une adoption intraconjugale.

L'article 345-1, dans sa dernière mouture, précise que « l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ».

Ainsi l'adoption, simple ou plénière, ne fait l'objet de quelques mesures d'adaptation, essentiellement spécifiques au nom de famille.

Dans une large part des cas, l'enfant adopté aura donc été conçu par l'application des techniques d'AMP avec tiers donneur. Les couples de même sexe, afin d'en bénéficier, n'ont d'autre solution que de se rendre à l'étranger, puisque pour l'heure, l'AMP se trouve réservée aux couples de sexe différent. Sur le fondement de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, « l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. ».

Il ressort donc de l'ensemble des dispositions relatives, d'une part à l'ou-

verture du mariage aux couples de même sexe, d'autre part aux conditions d'application des techniques d'AMP, que le Code civil organise à l'article 6-1 du Code civil l'établissement de la filiation d'un enfant conçu à l'étranger dans des circonstances que l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, relatif aux conditions d'accès à l'AMP, ne permet pas.

Une telle dissonance des textes laissait le juge tout puissant. En témoignent la diversité des solutions. Alors que les tribunaux de Lille, Montpellier, Marseille ou Nanterre ont accepté l'adoption par la conjointe de la mère de l'enfant conçu par don de gamètes à l'étranger, le Tribunal de grande instance de Versailles, dans sa décision du 14 mai dernier, l'a refusée au motif que l'enfant était conçu en fraude à la loi.

Dans ce contexte, les deux TGI de Poitiers et d'Avignon ont saisi la Cour de cassation pour avis. À la question posée de savoir si le recours à l'AMP avec tiers donneur à l'étranger par un couple de femmes constitue une fraude à la loi empêchant que soit prononcée l'adoption de l'enfant par l'épouse de la mère, la Cour de cassation a répondu par la négative. Au travers deux avis rendus le 22 septembre dernier, elle précise que la demande d'adoption devra s'avérer « conforme à l'intérêt de l'enfant ».

On peut alors se demander si, au-delà de la prise de position très claire de la Haute Juridiction, la notion d'intérêt de l'enfant ne risque pas de devenir le moyen, pour certaines juridictions du fond, de refuser à une femme d'adopter l'enfant de son épouse. Si tel s'avérait être le cas, il reviendra au législateur d'affronter la polémique et de compléter une lacune de la loi dont les conséquences concernent en tout premier les enfants. 🍷