

## CAS PRATIQUE N° 2

Albert vient vous consulter, car il est confronté à de nombreuses difficultés.

Tout d'abord, il a envie de divorcer de son mari Francis, avec lequel il vient pourtant d'avoir une petite fille par le biais du recours à une mère porteuse aux États-Unis. Francis est le père biologique de l'enfant, désigné comme tel dans l'acte de naissance. Or, maintenant que la discorde s'est installée entre les deux hommes, Francis ne veut plus que la filiation soit reconnue avec Albert, car il estime qu'il n'est pas à apte à s'occuper seul de cet enfant. Albert est d'autant plus effrayé par la situation que son conjoint a contracté il y a six mois un crédit à la consommation sans son accord, pour financer un tour du monde. La banque menace notamment de saisir l'appartement dans lequel ils habitent, qui appartient en propre à Francis et qui se trouve à Nancy. Une convention d'hypothèque a été consentie par Francis à la banque. Ladite banque envisage de saisir également le salaire d'Albert, qui est contrôleur à la SNCF.

En outre, Albert a un litige avec ses voisins à propos d'une maison dont il vient d'hériter à Brest. Il vient de se rendre compte que ses voisins ont construit il y a douze ans une maison qui déborde sur son jardin de vingt centimètres. Il faut dire qu'aucune clôture n'existe entre les propriétés, et que les voisins rétorquent qu'ils ont pu, en toute bonne foi, estimer que leur propriété comprenait la parcelle sur laquelle leur maison a été en partie construite. On ne saurait leur imposer la démolition d'une maison dont ils sont propriétaires.

Enfin, Albert est locataire d'un petit cabanon avec un terrain dans lequel il se rend le week-end et les vacances. Ce bien lui occasionne de nombreux soucis. Alors qu'il loue le bien depuis quatre ans, le bailleur lui demande subitement de supprimer les aménagements extérieurs (terrasse, véranda...) qu'il a réalisés. En outre, un incendie a détruit le cabanon. L'incendie est criminel, mais Albert n'y est strictement pour rien : il avait correctement fermé les lieux et était absent lors du sinistre. Qu'à cela ne tienne : le bailleur le tient pour responsable de l'incendie et demande des dommages-intérêts. Albert entend demander reconventionnellement la condamnation du bailleur à effectuer les travaux.

Albert vient vous consulter pour que vous l'aidez à surmonter toutes ces difficultés.

## RÉSOLUTION DU CAS N° 2

### 1. SUR L'ÉTABLISSEMENT DU LIEN DE FILIATION

L'établissement de la filiation, qui n'était pas possible hors adoption, avant les arrêts rendus à la fin de l'année 2019 par la Cour de cassation, pourra consister dans la transcription de l'acte de naissance établi à l'étranger (v., pour la résolution du cas avant cette jurisprudence, les éditions précédentes de l'ouvrage). Pour éviter des répétitions inutiles, nous renvoyons au corrigé du cas n° 1 sur cette jurisprudence. Sous l'empire de la jurisprudence fixée fin 2019, dès lors que l'acte établi à l'étranger est régulier et exempt de fraude, la transcription de l'acte de naissance pourra être obtenue, quand bien même le parent d'intention est de même sexe que le père biologique. Mais l'article 47 du Code civil a été réformé par la loi du 2 août 2021, la réalité décrite dans l'acte étranger devant s'apprécier au regard de la loi française. La nouvelle rédaction de ce texte semble interdire la transcription de la filiation à l'égard du parent d'intention, qui doit de nouveau passer par la procédure d'adoption. Il pourra être plaidé que ce passage par l'adoption constitue en l'espèce une atteinte disproportionnée au droit d'Albert et de sa fille, mais comme cette dernière vient de naître, nous ne sommes pas dans la configuration de l'affaire *Mennesson* jugée le 4 octobre 2019 par la Cour de cassation. Il est donc probable que la transcription lui soit refusée sur le fondement du nouvel article 47.

Si une telle transcription est refusée à Albert, on peut lui conseiller de se tourner vers l'adoption.

En effet, par un arrêt du 5 juillet 2017 (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 juill. 2017, n° 16-16455), la Cour de cassation, procédant à un revirement de jurisprudence, a jugé que « le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ». On le voit, le recours à un procédé illicite – la GPA – n'est plus un obstacle à l'adoption. Mais encore faut-il que les conditions légales de l'adoption soient réunies et qu'elle soit conforme à l'intérêt de l'enfant.

Qu'en est-il en l'espèce ? On sait que lorsque la filiation de l'enfant est déjà établie avec un parent, seul le conjoint de ce parent peut l'adopter dans l'adoption plénière (art. 345-1). Il en va de même dans l'adoption simple, et ce même si cette adoption laisse subsister le lien de filiation avec l'autre parent. La Cour de cassation se fonde sur l'article 365 du Code civil, qui prévoit que l'adoptant est seul investi de l'autorité parentale, pour refuser l'adoption simple de l'enfant par le concubin homosexuel ou le partenaire lié par un PACS (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 févr. 2007, n° 06-15647).

Dès lors, il convient de conseiller à Albert de ne surtout pas demander le divorce, dans la mesure où il ne pourra plus, à défaut de lien matrimonial avec le père de l'enfant, solliciter son adoption. Tout au plus pourra-t-il, une fois divorcé, solliciter une délégation de l'autorité parentale (C. civ., art. 377), dès lors qu'elle est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 févr. 2006, n° 04-17090, *Bull. civ. I*, n° 101). Mais cela suppose qu'une telle délégation soit demandée par le père de l'enfant, ce qui est peu probable en l'espèce (art. 377).

Il est donc recommandé à Albert de solliciter au plus tôt l'adoption de l'enfant tant qu'il est marié à Francis. Il convient de préférer le recours à l'adoption simple, dès lors qu'elle

laisse potentiellement subsister le lien de filiation avec l'autre parent biologique, à savoir la mère. En effet, la cour d'appel de Paris a eu l'occasion de refuser le recours à une adoption plénière, par le mari d'un homme ayant eu recours à une GPA car contraire à l'intérêt de l'enfant, en l'absence d'éléments à disposition des juges sur la volonté de la mère porteuse d'abandonner tout lien avec l'enfant (CA Paris, 30 janv. 2018). Dans le doute, il conviendra de faire une demande en adoption simple. Il n'est pas certain que le tribunal prononcera l'adoption, eu égard à la mésentente dans le couple: il faudra qu'Albert démontre que, contrairement aux allégations de Francis, il est parfaitement apte à élever l'enfant, qu'il a déjà tissé des liens avec lui et que, dès lors, il y va de son intérêt que le lien de filiation soit reconnu. Mais il n'est vraiment pas certain, compte tenu de la dissension dans le couple, d'obtenir gain de cause, dès lors que l'adoption au sein du couple marié a pour finalité la constitution d'une famille unie et qu'en égard au très jeune âge de l'enfant, il n'a pas pu tisser des liens affectifs justifiant l'adoption.

Tout ceci montre combien la transcription de l'acte de naissance est, pour le parent d'intention, beaucoup plus protectrice. Mais celle-ci est remise en cause par le nouvel article 47 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 2 août 2021.

## **2. SUR LE CRÉDIT À LA CONSOMMATION**

Deux questions se posent: l'obligation à la dette et la validité de l'hypothèque.

S'agissant de l'obligation à la dette, l'emprunt ne relève pas des dispositions de l'article 220 du Code civil: non seulement, s'agissant de financer un tour du monde en solitaire, il ne s'agit pas d'une dette ménagère (art. 220), mais ensuite et surtout le prêt a été consenti sans l'accord du conjoint (art. 220, al. 3). La solidarité entre les époux est donc exclue. Dès lors, un tel emprunt relève des dispositions de l'article 1415 du Code civil: sans le consentement donné par Albert, Francis n'a engagé par un tel emprunt que ses biens propres et ses revenus. On peut rassurer Albert: ses revenus sont à l'abri des poursuites des créanciers, de même que les autres biens communs qui ne sont pas les revenus de Francis. S'agissant de la contribution à la dette, il est certain que si Francis emploie des deniers communs (tels ses salaires) pour rembourser l'emprunt, il en devra récompense à la communauté, par application de l'article 1416 (dette souscrite dans l'intérêt personnel d'un époux).

Qu'en est-il de l'hypothèque consentie sur le logement en garantie d'un tel prêt? Le bien hypothéqué n'est pas commun mais propre, de sorte que l'article 1424 du Code civil qui impose une cogestion pour la constitution de droits réels immobiliers n'est pas applicable. Pour autant, il ne faut pas perdre de vue le régime primaire impératif. Dans ce cadre, l'article 215 alinéa 3 soumet à cogestion les actes de disposition portant sur le logement familial. Certes, les époux sont peut-être sur le point de divorcer. Mais il a été jugé que le logement de la famille ne perd pas cette qualité, même lorsque la jouissance a été attribuée provisoirement à l'un des époux pendant la procédure de divorce (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 janv. 2011, n° 09-13138). La constitution d'une hypothèque conventionnelle, même appartenant à l'époux en propre, est un acte de disposition, qui requiert le consentement de son conjoint (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 déc. 1991, n° 90-11908). Il faut donc conseiller à Albert d'agir au plus tôt en annulation d'une telle convention d'hypothèque, car l'action doit être exercée dans l'année suivant le jour où le demandeur a eu connaissance de l'acte.

Néanmoins, il faut préciser que malgré cette annulation de l'hypothèque, la banque pourra toujours saisir le logement familial. En effet, même si l'hypothèque est annulée, le bien fait encore partie du droit de gage général du créancier, par application de l'article 2284 du Code civil. La banque bénéficie d'un droit de gage sur les propres et les revenus de Francis, dont le logement familial. À cet égard, il faut savoir que les aliénations forcées et autres sûretés judiciaires ne sont pas soumises à l'article 215 alinéa 3, qui ne concerne que les actes volontaires (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 mai 1997, n° 95-14102, *Bull. civ. I.*, n° 163).

### **3. SUR LE LITIGE AVEC LES VOISINS**

Dès lors que les voisins ont construit leur maison au-delà de la ligne séparative, il s'agit d'un empiétement, qui est sanctionné sur le fondement de l'article 545 du Code civil. Le propriétaire victime d'un empiétement peut exiger la démolition de l'ouvrage, dès lors que c'est la seule solution possible pour y mettre fin, et ce quelle que soit la mesure de cet empiétement (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 nov. 2016, n° 15-19561). Surtout, il faut indiquer à Albert que les voisins ne peuvent pas, selon la jurisprudence classique de la Cour de cassation, invoquer que la démolition de leur maison pour un empiétement de 20 cm constituerait une atteinte disproportionnée à leur droit au respect des biens tel que garanti par l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que la Cour de cassation vient de juger que l'auteur de l'empiétement ne pouvait pas invoquer de telles dispositions (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 21 déc. 2017, n° 16-25406).

La violation du droit au domicile (art. 8 Conv. EDH) pourrait toutefois être alléguée, mais l'atteinte ne sera pas disproportionnée, dès lors que la démolition est le seul moyen lui permettant de recouvrer son droit (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 17 mai 2018, n° 16-15792; dans le domaine voisin de la construction sur le fonds d'autrui, distincte de l'empiétement). On doit néanmoins résérer un arrêt rendu le 19 décembre 2019, dans lequel la Cour de cassation procède pour la première fois au contrôle de proportionnalité sous l'angle du droit au respect du domicile, mais dans l'hypothèse spécifique d'une construction empêchant l'exercice d'une servitude de passage (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 déc. 2019, n° 18-25113), ce qui n'est pas le cas ici (v. sur cet arrêt, *supra*, n° 116). Albert s'expose toutefois, par application de cette jurisprudence, à ce que le juge procède à un contrôle de proportionnalité et estime que la démolition de l'ouvrage pour un empiétement de 20 cm sur un jardin constitue une atteinte disproportionnée au droit au respect du logement des voisins.

En outre, les voisins pourraient-ils invoquer, en défense, l'acquisition de la propriété par l'effet de la possession ? Il n'en est rien, dès lors que seule la prescription abrégée de dix ans permettrait une telle usucaption. Il se trouve que la bonne foi, qui semble établie ici, ne suffit pas. Encore faut-il pouvoir justifier d'un juste titre : à cet égard, la jurisprudence exige que le titre concerne exactement dans sa totalité le bien que l'on entend prescrire, peu important que la différence soit minime (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 déc. 2006, n° 05-21249). Dès lors que la parcelle litigieuse, aussi petite soit-elle, ne figure pas dans la superficie figurant dans le titre des voisins, ils ne pourront pas invoquer la prescription abrégée. Ce moyen devra donc être opposé par Albert pour éviter le jeu de la prescription.

### **4. SUR LE CABANON LOUÉ**

Deux questions se posent : le sort des constructions et l'incendie.

**S'agissant des constructions**, il faut préciser que le bail n'est pas soumis à la loi du 6 juillet 1989, en ce qu'il porte sur une résidence secondaire. Il n'est donc pas, comme c'est

l'usage et le minimum requis, conclu pour une durée de trois ans. Cela signifie donc que le bail qui court depuis quatre ans n'a pas été nécessairement renouvelé, mais qu'il s'agit soit d'un bail à durée indéterminée (c'est le cas pour le bail verbal: art. 1714 et 1737), soit d'un bail de longue durée (s'il est écrit: art. 1737). La précision est d'importance, dès lors que l'on sait que le locataire reste propriétaire des constructions jusqu'au terme du bail (accession différée), mais que l'accession au profit du bailleur opère lors de son renouvellement (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 23 nov. 2017, n° 16-16815). La solution est conforme au principe selon lequel le renouvellement fait naître un nouveau contrat (C. civ., art. 1214, al. 2). Dès lors, s'il s'agit du même bail qui n'a pas été renouvelé, Albert pourra échapper au jeu de l'accession de l'article 555 du Code civil. Étant toujours propriétaire des constructions, le bailleur ne peut pas en exiger la démolition à ses frais.

**S'agissant de l'incendie**, il faut savoir qu'existe un régime spécial de responsabilité, très favorable au bailleur. Ainsi, l'article 1733 du Code civil dispose que le locataire « répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve que l'incendie est arrivé par *cas fortuit ou force majeure*, ou par *vice de construction* ou que le feu a été *communiqué par une maison voisine* ». Le locataire est donc présumé responsable de l'incendie, sauf pour lui à s'exonérer dans des cas très limités, étant précisé que l'absence de faute n'est pas exonératoire (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 2016, n° 13-20524). En l'espèce, il est donc inopérant qu'Albert n'ait pas commis de faute: il devra rapporter la preuve que l'incendie était pour lui un événement extérieur, imprévisible et irrésistible. La jurisprudence considère que lorsque l'auteur d'un incendie volontaire n'est pas identifié, il convient de rechercher si cet incendie volontaire avait pu être facilité par une négligence imputable au preneur (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 2 oct. 1996, n° 94-21589, *Bull. civ. III*, n° 204). Il s'agit, au fond, d'apprécier si l'incendie aurait pu être évité. Il conviendra qu'Albert démontre que cet incendie était pour lui irrésistible et imprévisible.

Par ailleurs, si un tel cas fortuit est établi, il conviendra d'appliquer l'article 1722 du Code civil, selon lequel si la chose est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit, sans aucun dédommagement. La Cour de cassation précise que la perte de la chose inclut l'impossibilité absolue et définitive pour le preneur d'en user conformément à sa destination ou la nécessité d'effectuer des travaux dont le coût excède la valeur (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 mars 2018, n° 17-11439). Tel semble être le cas en l'espèce: s'agissant d'un bâtiment modeste (cabanon), il est sans doute probable que les coûts de réparation excèdent la valeur du bien. Dès lors, le bailleur ne peut pas être condamné à effectuer les réparations, le bail étant résilié de plein droit.