HAL
open science

L'opposition en droit privé

Laurence Boutitie

To cite this version:

Laurence Boutitie. L'opposition en droit privé. Droit. Université Montesquieu - Bordeaux IV, 2004. Français. NNT : . tel-00128790

HAL Id: tel-00128790

https://theses.hal.science/tel-00128790

Submitted on 2 Feb 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ MONTESQUIEU-BORDEAUX IV

DROIT, SCIENCES SOCIALES ET POLITIQUES,
SCIENCES ÉCONOMIQUES ET DE GESTION

L'OPPOSITION EN DROIT PRIVÉ

Thèse pour le Doctorat en Droit

présentée par

Laurence BOUTITIE

et soutenue publiquement

le 15 décembre 2004

MEMBRES DU JURY

M. Claude BRENNER,
Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas, **rapporteur**,

M. Bernard GAURIAU,
Professeur à l'Université d'Angers,

M. Jean-Pierre LABORDE,
Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV,

M. Thierry LE BARS,
Professeur à l'Université de Caen, **rapporteur**,

M. Christophe RADÉ,
Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, **directeur de thèse.**

L'Université Montesquieu-Bordeaux IV n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions exprimées dans cette thèse. Celles-ci sont à considérer comme propres à leur auteur.

Je tiens à exprimer toute ma reconnaissance à Monsieur le Professeur Christophe Radé, mon directeur de thèse, pour son attention et ses conseils qui m'ont permis de mener à terme cette recherche.

Je remercie tout particulièrement Mikaël, sans qui ce travail n'aurait pu être accompli.

Que soient enfin remerciés Alexandra et mes parents pour leur précieux soutien.

SOMMAIRE

INTRODUCTION p. 2

PREMIÈRE PARTIE : L'OPPOSITION, INSTRUMENT DE PROTECTION p. 26

TITRE I : L'EXISTENCE D'UN INTÉRÊT LÉGITIME MENACÉ p. 28

CHAPITRE I : LA LÉGITIMITÉ DE L'INTÉRÊT MENACÉ p. 30
CHAPITRE II : LA MENACE PESANT SUR L'INTÉRÊT PROTÉGÉ p. 60

TITRE II : LES TITULAIRES DU DROIT D'OPPOSITION p. 100

CHAPITRE I : LES TITULAIRES DÉSIGNÉS p. 102
CHAPITRE II : LES TITULAIRES SOUHAITÉS p. 168

SECONDE PARTIE : L'OPPOSITION, FACTEUR DE TRANSITION p. 209

TITRE I : UN MOYEN DE DÉFENSE CONSERVATOIRE p. 211

CHAPITRE I : LES CARACTÈRES FONDAMENTAUX p. 213
CHAPITRE II : LE CARACTÈRE FORMALISTE p. 242

TITRE II : UN MOYEN DE DÉFENSE TRANSITOIRE p. 279

CHAPITRE I : L'ACCOMPLISSEMENT DE L'OPPOSITION p. 280
CHAPITRE II : LE DÉNOUEMENT DE L'OPPOSITION p. 315

CONCLUSION GÉNÉRALE p. 351

INTRODUCTION

1.- Introduite par le législateur au gré des circonstances, l'opposition a connu ces dernières années des mouvements de flux et de reflux. Ainsi, en droit civil, le mari a perdu le droit de s'opposer à l'exercice d'une activité professionnelle par sa femme et, en procédure civile, les dispositions de l'ancienne opposition à l'ordonnance d'*exequatur* ont été abrogées[1]. Parallèlement, la recrudescence des mariages de complaisance, comme la question récurrente du mariage homosexuel, ont renouvelé l'intérêt porté à l'opposition à mariage et l'ont fait sortir de la désuétude dans laquelle elle était tombée. La réforme récente des règles de conclusion des conventions et des accords collectifs de travail a, de surcroît, contribué à une généralisation de l'opposition des syndicats majoritaires aux accords signés par une ou plusieurs organisations de salariés minoritaires[2].

2.- La faveur à nouveau accordée à l'opposition, en droit civil ou en droit du travail, ne se réalise pas au détriment de son intervention dans d'autres domaines, qu'il s'agisse de l'opposition à un jugement rendu par défaut, à partage, au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce, à la fusion, au décret autorisant un changement de nom ou encore au traitement des données à caractère personnel, l'énumération étant loin d'être exhaustive[3]. Son développement au sein des différentes branches du droit paraît avoir été presque inaperçu et le faible nombre de travaux consacrés exclusivement à celle-ci conforte l'impression selon laquelle elle constitue une technique de protection ponctuelle, à condition que l'on puisse

---

[1] Voir respectivement les dispositions de la loi n ° 65-670 du 13 juillet 1965 et l'ancien article 1028 du Code de procédure civile aujourd'hui abrogé (NCPC, art. 1488).

[2] Loi n° 2004-39 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social : *JO* du 5, p. 7983.

[3] Il va sans dire que nous n'étudierons pas de manière exhaustive toutes les manifestations de l'opposition dans toutes les branches du droit afin d'éviter de « cataloguer » les oppositions.

parler de l'opposition et non des oppositions[1]. Le terme d'opposition ne fait effectivement l'objet d'aucune définition générale, malgré son utilisation fréquente. Les principaux dictionnaires juridiques l'associent à une mesure d'empêchement ou d'interdiction, sans en préciser les traits caractéristiques qui permettraient de la saisir et se concentrent, la plupart du temps, sur la définition des hypothèses particulières d'opposition[2].

3.- Certains auteurs considèrent d'ailleurs que l'emploi du vocable « opposition » devrait être réservé à la seule voie de recours offerte au défaillant en vue de faire rétracter le jugement par défaut rendu contre lui[3]. D'autres s'intéressent aux rapprochements possibles entre certaines oppositions pour souligner leur caractère presque accessoire au droit de créance ou aux droits intellectuels[4]. Les similitudes existantes entre les diverses oppositions conférées aux créanciers ont conduit une partie de la doctrine à mettre en exergue leur nature conservatoire, tout en se gardant de toute généralisation aux autres oppositions[5]. Le législateur et la doctrine ont même parfois entretenu l'ambiguïté du terme en assimilant l'opposition au paiement à la saisie-arrêt, voire à une forme simplifiée de la saisie-arrêt, ou encore en qualifiant de droit de veto, tant l'opposition du mari à l'exercice d'une activité professionnelle par sa femme que celle des syndicats majoritaires[6]. L'opposition s'en trouve d'autant plus fuyante que les justifications apportées pour la réduire à une voie de recours ou l'inclure dans les procédures civiles d'exécution reposent parfois sur des motivations quelque peu arbitraires.

---

[1] A. ALBESSART, « L'opposition à partage », thèse Paris 1910 ; L.-A. CORBET, « Des oppositions à mariage », thèse Paris 1906 ; R. MESSI-ABANDA, « L'opposition au paiement du chèque bancaire », thèse Paris I, 1984 ; G. ROULLET, « Du droit d'opposition accordé aux créanciers en matière de partage », thèse Toulouse 1907 ; H. ROLAND, « Chose jugée et tierce opposition », thèse Lyon 1958.

[2] Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, 6ème éd. par G. CORNU, PUF, 2004, V° Opposition ; Dictionnaire du vocabulaire juridique, sous la direction de R. CABRILLAC, Litec 2002, Lexique des termes juridiques de R. GUILLIEN et J. VINCENT sous la direction de S. GUINCHARD et de G. MONTAGNIER, Dalloz, 2003.

[3] P. JULIEN, *Rép. Pr. Civ. Dalloz*, 1999, V. Opposition.

[4] Voir M. BEHAR-TOUCHAIS, *J.-Cl. civil*, Art. 882, Fasc 180, Successions- Paiements des dettes et créanciers opposants, n° 2.

[5] M. BEHAR-TOUCHAIS, précité ; Cl. BRENNER, L'acte conservatoire, Préf. P. CATALA, th. LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 323, 1999, n° 303, p. 152 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE Les sûretés, la publicité foncière, Précis Dalloz, 4ème éd. 2004, p. 599, n° 704.

[6] L'assimilation de l'opposition à la saisie-arrêt, aujourd'hui remplacée par la saisie-attribution, par les anciens articles 557 et suivants du Code de procédure civile relatifs aux « saisies-arrêts ou oppositions » s'expliquait en quelque sorte par une partie de leurs effets communs. L'opposition se distingue des voies d'exécution parce qu'en principe elle ne tend pas à l'appropriation des sommes saisies au profit de son titulaire et les rend seulement indisponibles. Son parallèle avec la saisie-arrêt tenait au fait que cette dernière commençait par produire un effet conservatoire proche de celui issu de l'opposition, en rendant indisponibles les sommes saisies. Elle se transformait ensuite en mesure d'exécution forcée avec le jugement de validité autorisant le saisissant à se faire payer par le tiers saisi.

Dès lors, la tentation est grande de dénier à l'opposition toute autonomie et de ramener ses différentes expressions à des notions juridiques variées et non susceptibles de rapprochements. Hétéroclite, servant des intérêts divers et intervenant dans des circonstances et sous des formes disparates, l'opposition serait récalcitrante à toute tentative de conceptualisation pour ne subsister qu'à l'état d'oppositions.

4.- Une telle position nous semble cependant excessive. Elle ne saurait se justifier dans la mesure où, en dépit des acceptions diverses qu'elle reçoit, il n'est peut-être pas impossible de discerner un mode opératoire commun aux différentes oppositions. Il s'avère de surcroît délicat de déterminer quels droits relèvent de l'opposition ou d'en réfuter toute notion, sans l'avoir appréhendée dans ses individualités comme dans sa généralité. L'hétérogénéité de l'opposition n'exclut pas *a priori* toute cohérence entre ses diverses expressions ou son rattachement à une catégorie juridique plus large, voire la reconnaissance d'une notion d'opposition[1]. Pour saisir l'opposition, il est nécessaire de s'interroger au préalable sur sa signification mais également sur ses manifestations afin d'en tracer les contours et d'en apprécier l'intérêt.

5.- Emprunté par le droit à la langue courante, le terme d'opposition vise « *l'empêchement qu'une personne met à quelque chose* »[2]. Les premières traces significatives de celle-ci, dans notre droit, remontent au 14 et 15ème siècle en ce qui concerne l'opposition à mariage et à l'ordonnance d'avril 1667 pour l'opposition à un jugement rendu par défaut, date à laquelle elle fut, pour la première fois réglementée. Dès le Moyen- Âge, le droit canonique invitait les fidèles à dénoncer tout empêchement à mariage dont ils avaient connaissance, au moyen d'une procédure appelée *denonciatio evangelica*, de laquelle a émergé l'actuelle opposition à mariage[3]. Celle-ci devint très tôt une véritable action populaire, utilisée tant pour préserver les conditions de fond et de forme imposées à toute union qu'afin d'empêcher la conclusion d'alliances jugées inopportunes. En raison des nombreux abus qu'elle suscita, il apparut indispensable de la réserver à quelques personnes,

---

[1] La notion correspond au « *résultat d'une démarche intellectuelle qui consiste en un passage de la réalité à la représentation de cette réalité grâce à l'idée que l'on a de la réalité* ». Voir Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, préf. B. OPPETIT, LGDJ, t. 198, 1987, n° 452, p. 216. Les termes de notion et de concept sont parfois employés de manière synonyme même si la notion comprend en principe le concept. La notion s'attache essentiellement au régime d'une réalité alors que le concept se concentre plutôt sur son essence. Voir M. MEKKI, L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, Préf. J. GHESTIN, LGDJ, t. 411, 2004, n° 67, p. 56 spéc. note bas de page n° 395.

[2] E. LITTRÉ, Dictionnaire de la langue française, t. 5, éd. Gallimard et hachette, Paris, 1966, V. Opposition.

[3] A. ESMEIN, « Le mariage en droit canonique », Sirey, tome 1, 2ème éd. par R. GENESTAL, 1929, p. 468 et s.

puis d'en limiter les motifs aux seuls empêchements énumérés par la loi. A partir de ce moment, l'opposition n'a plus pour finalité l'intérêt des familles et la préservation du patrimoine familial. Elle devient un instrument destiné à protéger l'institution et les valeurs représentées par le mariage.

Il est particulièrement révélateur de remarquer que les abus dont a fait l'objet l'opposition à un jugement rendu par défaut, ont provoqué un rétrécissement similaire de cette voie de recours ordinaire. Certains auteurs n'hésitent d'ailleurs pas à la qualifier de fausse voie de recours ordinaire et à l'étudier avec les voies de recours extraordinaires ou spéciales[1]. L'opposition à un jugement rendu par défaut a en effet joué pendant plusieurs siècles un rôle résiduel, avant d'être réglementée par l'ordonnance d'avril 1667 sur la procédure qui la réserva au jugement par défaut rendu en dernier ressort[2]. Malgré les excès dont l'opposition fut l'objet en pratique, les rédacteurs du Code de procédure civile en retinrent une conception large, en l'autorisant contre tous les jugements par défaut faute de comparaître ou de conclure, rendus en premier ou en dernier ressort[3]. Les recours dilatoires à celle-ci ont contraint à la réformer de nombreuses fois et à la circonscrire aux décisions rendues en dernier ressort, lorsque le défendeur non-comparant n'a pu être assigné ou réassigné à personne.

6.- En dépit des réglementations suscitées par l'opposition pour en réduire les abus, celle-ci s'est peu à peu infiltrée dans les autres branches du droit, le plus souvent introduite par la pratique, avant d'être consacrée par le législateur. La recrudescence actuelle des oppositions ne saurait être simplement due au hasard. Il semble que l'opposition désigne une situation particulière, différente d'autres situations, mais semblable à toutes celles qualifiées sous ce terme, peu importe qu'elle se manifeste sous la forme d'un droit subjectif ou d'une voie de recours. Quelles que soient les oppositions visées, celles-ci se rapprochent toutes de l'acception courante donnée au vocable d'opposition et témoignent d'une résistance manifestée par son titulaire à un acte juridique préjudiciable à ses intérêts.

---

[1] L. CADIET et E. JEULAND, « Droit judiciaire privé », 4ème éd., *Litec*, 2004, Paris, pp. 822 ; J. HÉRON, « Droit judiciaire privé », 2ème éd. par LE BARS (Th.), Montchrestien, 2002, n° 873.

[2] En droit romain, il n'existait aucune procédure spécifique ouverte au profit des tiers. Ils pouvaient utiliser la voie de l'appel, de l'opposition ou de la requête civile. A partir de 1535, l'ordonnance Villers de Cotteret réalise une première distinction dans le régime de l'opposition selon qu'elle émane des parties à l'instance ou des tiers. L'ordonnance d'avril 1667 viendra ensuite réglementer l'opposition et conférer en même temps un régime propre et autonome à la tierce opposition.

[3] Voir P. JULIEN, article précité, n° 4.

7.- La définition juridique de l'opposition ne s'éloigne guère de ce sens puisqu'elle s'analyse en « *une manifestation de volonté destinée à empêcher l'accomplissement d'un acte juridique ou à en neutraliser les effets* »[1]. A cet égard, il convient de préciser que notre étude se limitera aux seules oppositions exprimées sous la forme d'un acte juridique, à l'exclusion de celles relevant de simples faits juridiques. L'opposition correspond à une manifestation de volonté en vue de produire des effets de droit et se présente comme un acte qui répond à un autre acte. En revanche, en tant que fait juridique l'opposition entretient des liens plus étroits avec la notion de consentement ou de refus. Dans ce dernier sens, elle constitue un fait qui participe à l'élaboration de l'acte. Elle intervient en amont de celui-ci, alors que l'opposition en tant qu'acte juridique intervient en aval.

L'empêchement provoqué par l'opposition à la réalisation de tout ou partie des effets d'un acte juridique a été, à ce titre, rapproché de notions voisines, tels que le droit de refus ou le droit de veto. Il faut cependant se garder de toute analogie trop rapide entre elles dans la mesure où elles correspondent à des situations juridiques distinctes. Le refus intervient dans un contexte où son auteur a la liberté d'accepter ou de rejeter une proposition qui lui est faite ; il exprime un « *non-vouloir* »[2]. Il relève d'une logique de consentement à l'acte en ce que son auteur est libre de répondre positivement ou négativement à une proposition alors que l'opposant, loin de refuser de s'engager dans des liens contractuels, entend seulement se défendre des effets d'un acte vis-à-vis duquel il a, en général, la position de tiers. Ainsi, le créancier dont la situation se trouve affectée par l'acte de disposition passé par son débiteur, notamment lors de la vente d'un fonds de commerce, n'a pas à consentir à celui-ci ou à l'empêcher. Il dispose, tout au plus, dans cette hypothèse du droit de s'opposer au paiement du prix de vente entre les mains du débiteur afin de préserver son droit de gage.

8.- Pourtant, la frontière entre le droit d'opposition et le droit de refus s'avère parfois ténue. En droit du travail, la notion de consentement semble ainsi transparaître de l'exercice de l'opposition. A cet égard, il convient de ne pas confondre avec le droit d'opposition, le refus du salarié à une modification de son contrat de travail pour motif économique ou à la suite de la réévaluation obligatoire par l'employeur de l'horaire de base du travailleur à temps

---

[1] G. CORNU, ouvrage précité, V. Opposition.

[2] Le refus se rapproche de l'opposition dans le sens où il correspond à une non-acceptation et non dans celui où il se comprend comme la non-exécution d'un devoir, c'est-à-dire la résistance à l'exécution d'une obligation. La résistance manifestée par l'opposant se réalise dans un cadre parfaitement licite et en aucun cas, il ne s'agit pour ce dernier de refuser d'obtempérer ou de soustraire à une obligation. Voir Refus, G. CORNU, ouvrage précité.

partiel, en raison d'un dépassement régulier de celui-ci sur une courte période[1]. Dans ces hypothèses, le silence du salarié équivaut à une approbation tacite de la modification proposée et le refus exprès extériorise seulement un « non-vouloir ». L'expression du consentement du salarié apparaît en l'espèce indispensable. L'employeur ne saurait lui imposer une modification de son contrat de travail, sans s'assurer au préalable de son assentiment, même de manière implicite. L'opposition se détache, d'une certaine manière, de toute idée d'acceptation ou de refus. L'empêchement créé par celle-ci, à la réalisation de tout ou partie des effets d'un acte juridique, ne dépend pas d'un consentement que son titulaire aurait ou non à donner mais uniquement du préjudice que porte l'acte en cause à ses intérêts, ou à ceux qu'il représente, et dont il entend se préserver. Autrement dit, le refus relève d'une logique de consentement et plus particulièrement de « non-vouloir » alors que l'opposition relève d'une logique de défense.

9.- Le droit d'opposition accordé aux représentants du personnel ou aux syndicats majoritaires dans le cadre de leur fonction se distingue également d'un simple refus[2]. Certes, l'absence d'opposition des dits intéressés pourrait induire leur approbation tacite de l'acte proposé et l'exercice de celle-ci pourrait s'apparenter à un refus. Cependant, on ne saurait ramener le défaut d'opposition à un consentement à la mise en place d'horaires individualisés ou à l'application d'un accord collectif minoritaire. La règle selon laquelle le silence ne vaut pas consentement, joue pleinement dans ces situations où l'on cherche moins à recueillir l'assentiment des représentants élus ou des organisations de salariés qu'à s'assurer de leur non-opposition. Entre la signature ou l'adhésion, l'opposition ou l'absence d'opposition à un accord minoritaire ou à une décision unilatérale de l'employeur, toute une série de comportements est possible. Ceux-ci ne se ramènent pas forcément à un agrément ou à un rejet implicite. En effet, la représentation des intérêts des salariés faite par les élus ou les syndicats les empêche, en pratique, de faire obstacle à un acte qu'ils désapprouvent mais qui recueille l'adhésion du personnel. En réalité, le droit d'opposition des représentants du personnel et des syndicats majoritaires s'identifie moins à un refus qu'à un veto, destiné à modérer le pouvoir de gestion de l'employeur ou celui reconnu à tout syndicat représentatif

[1] C. trav., art. L. 321-1-2 et art. L. 212-4-3 dernier alinéa.
[2] Voir à ce sujet l'opposition des représentants du personnel à la mise en place d'horaires individualisés (C. trav., art. 212-4-1), au remplacement du paiement majoré des heures supplémentaires par un repos compensateur (C. trav., art. L. 212-5) et celle du comité d'entreprise au projet de restructuration ou de compression des effectifs (C. trav., art. L. 432-1).

d'engager l'ensemble des salariés par sa seule signature, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004[1].

10.- Distinct du droit de refus, le droit d'opposition des représentants du personnel ou des syndicats majoritaires se rapproche du droit de veto, les deux termes étant parfois utilisés l'un pour l'autre[2]. Le droit de veto se comprend en effet comme « *la décision par laquelle un organe partiel d'une fonction juridique s'oppose à l'édiction d'un acte de cette fonction déjà approuvé par un ou plusieurs autres organes partiels* »[3]. Le veto correspond à l'exercice d'une fonction juridique donnant lieu à une prise de participation à la décision. L'expression se trouve d'ailleurs fréquemment utilisée en droit des sociétés à propos de l'opposition d'un gérant aux actes d'un autre cogérant et en droit constitutionnel à propos du droit de veto du chef de l'Etat. Il témoigne d'un partage des pouvoirs quant à la prise de décision et d'un souci de modération du pouvoir[4]. A ce titre, le veto opère tel un empêchement et le parallèle avec l'opposition concédée aux gérants, aux représentants du personnel ou aux syndicats majoritaires s'impose alors naturellement. En cas de pluralité de gérants dans une société civile ou dans une société à responsabilité limitée, chacun d'entre eux a la possibilité de s'opposer aux actes d'un autre cogérant, notamment s'il estime que l'acte projeté est contraire à l'intérêt social[5]. De même, l'opposition des représentants du personnel se rapproche du droit de veto et joue vis-à-vis du pouvoir de gestion de l'employeur le rôle d'un contre pouvoir dans des situations, certes exceptionnelles, où il vient assurer la prise en compte des intérêts des salariés[6]. Seul le droit d'opposition des syndicats majoritaires, depuis la récente réforme de la négociation collective, ne peut plus être rapproché d'un droit de veto. Afin de s'en expliquer, il convient de revenir sur les règles relatives à la conclusion des conventions et des accords collectifs de travail.

---

[1] J.-E. RAY, « Les curieux accords majoritaires », *Dr. soc.* 2004, p. 590-598 ; B. TEYSSIÉ, « La négociation des conventions et des accords collectifs après la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 », *D.* 2004, p. 2060-2070.
[2] B. TEYSSIÉ, Droit du travail, Relations collectives, Litec, 3ème éd., 2002, p. 431, n° 603 ; J. BARTHÉLÉMY, « La procédure de veto de l'article L. 132-26 du Code du travail », *Bulletin du travail* 1990, p. 1-3.
[3] G. CORNU, ouvrage précité, V. Veto.
[4] C. BIDEGARAY et Cl. EMERI, « Du pouvoir d'empêcher : veto ou contre pouvoir », *Revue de droit public* 1994, p. 325-351.
[5] C. civ, art. 1848 pour les sociétés civiles et C. com., art. 223-18 pour les SARL.
[6] L'affirmation doit être nuancée en matière d'horaires individualisés dans la mesure où ils sont institués sur l'initiative des salariés et participent à l'amélioration des conditions de travail. J. BARTHÉLÉMY, « Horaires individualisés et accord collectif », *Dr. soc.* 2001, p. 720-722.

11.- Jusqu'à une période relativement récente, les conventions et les accords collectifs ne pouvaient déroger aux dispositions issues de textes légaux, réglementaires et conventionnels de portée plus générale, que dans un sens plus favorable aux salariés[1]. L'articulation entre les différentes normes se réalisait au moyen du principe de faveur et la négociation collective s'apparentait à une négociation d'addition de droits à ceux issus de la loi, d'où l'expression consacrée « *d'ordre public social* »[2]. Le souci de répondre aux besoins de flexibilité des entreprises et d'ajuster le droit du travail aux réalités économiques a incité à autoriser les partenaires sociaux à déroger à la loi, dans un sens qui n'est plus nécessairement favorable aux salariés[3]. Initialement réservée à des domaines très limités tels que la durée et l'aménagement du temps de travail, cette nouvelle forme de dérogation se réalise dans des proportions strictement définies par la loi[4]. Elle marque l'apparition d'un ordre public qualifié « *de troisième type* »[5] par contraste avec l'ordre public absolu et l'ordre public social où les accords dérogatoires sont qualifiés d'accords *in pejus*. L'évolution du contenu de la négociation collective a imposé un renforcement des règles de conclusion des conventions et des accords collectifs de travail puisque, jusqu'à la loi du 4 mai 2004, tout syndicat représentatif avait le droit d'engager par sa seule signature l'ensemble des salariés, indépendamment de sa légitimité réelle dans le cadre d'application de l'accord.

12.- Le droit français repose effectivement sur une conception pluraliste du syndicalisme au sein de laquelle la notion de représentativité opère une sélection entre les syndicats et tempère le pluralisme syndical. Seuls les syndicats représentatifs détiennent certaines prérogatives juridiques et notamment le droit de conclure une convention ou un accord collectif de travail.

---

[1] F. BOCQUILLON, La dérogation en droit du travail, Thèse Strasbourg 1999 ; « Vraies-fausses idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie des normes (l'exemple du droit du travail) », *Études dédiées à la mémoire de P. ORTSCHEIDT*, PUS 2003, p. 25-43.

[2] G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *Etudes offertes à J. FLOUR*, Defrenois 1979, p. 95 ; Ch. RADÉ, « L'ordre public social et la renonciation du salarié », *Dr. soc*. 2002, p. 931-938 ; Th. REVET, « L'ordre public dans les relations de travail », in L'ordre public à la fin du XXème siècle, Dalloz 1996, p. 43-62.

[3] J.-C. JAVILLIER, « Ordre juridique, relations professionnelles, et flexibilité. Approches comparatives et internationales», *Dr. soc.* 1986, p. 56. J. BARTHÉLÉMY, « L'aménagement conventionnel de l'organisation et de la durée du travail », *Dr. soc*. 1994, p. 156.

[4] L'ordonnance du 16 janvier 1982 et la loi du 13 novembre 1982 ont respectivement permis aux accords collectifs de déroger au régime de la durée légale du travail et aux dispositions salariales contenues dans les accords de branche. Ordonnance n° 82-41, du 16 janvier 1982 : *JO* du 17 ; Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs de travail, *JO* du 14.

[5] M.-A. SOURIAC, G. BORENFREUND « La négociation collective entre désillusions et illusions », *in Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice VERDIER*, Dalloz, Paris 2001, p. 181.

Dans ces conditions, tout syndicat a la possibilité d'acquérir la qualité d'organisation représentative, soit en faisant preuve de sa représentativité dans le cadre où ses prérogatives juridiques vont s'exercer, soit en s'affiliant à l'une des cinq grandes confédérations reconnues représentatives au niveau national[1]. La représentativité prouvée s'établit grâce à un faisceau d'indices au vu des critères fixés par l'article L. 133-2 du Code du travail[2]. Il appartient au syndicat de démontrer son indépendance et son influence au regard des dits critères qui s'apprécient qualitativement mais aussi quantitativement[3]. La représentativité prouvée privilégie le lien étroit existant entre le syndicat et la collectivité qu'il représente. La représentativité par affiliation s'appuie, en revanche, sur une fiction juridique et sur une présomption de représentativité, au demeurant irréfragable, qui résulte en partie du rôle historique joué par les grandes organisations dans la construction du droit du travail. Cette représentativité d'emprunt favorise l'authenticité de l'action syndicale et la représentation des intérêts collectifs des salariés sur la légitimité du syndicat[4]. Le recours à la représentativité par affiliation a fini par entraîner un décalage de plus en plus grand entre la qualité d'organisation représentative reconnue au syndicat et sa présence réelle au sein de l'unité de négociation[5]. Conjuguée avec le principe d'unicité de la signature syndicale et la désaffection des salariés pour le syndicalisme, elle est devenue contestable[6]. Toutefois, l'absence de légitimité réelle du syndicat ne soulevait guère de difficultés dans un système où, au pire, la signature d'une convention ou d'un accord collectif par une organisation minoritaire améliorait les droits des salariés. L'apparition des accords dérogatoires a bouleversé ce fragile équilibre et imposé l'adaptation des règles de conclusion des accords collectifs à l'évolution de leur contenu pour asseoir leur autorité.

---

[1] Un arrêté ministériel du 31 mars 1966 a désigné comme étant les plus représentatives au plan national interprofessionnel : la Confédération générale du Travail C.G.T., la C.G.T. Force ouvrière F.O., la Confédération française démocratique du travail C.F.D.T., la Confédération française des travailleurs chrétiens C.F.T.C. et la Confédération générale de l'encadrement- Confédération générale des cadres C.G.E.-C.G.C. pour les cadres.

[2] A savoir les effectifs, les cotisations, l'indépendance, l'expérience, l'ancienneté et l'attitude patriotique pendant l'Occupation, critère devenu aujourd'hui obsolète (C. trav., art. L. 133-2).

[3] La jurisprudence se réfère de manière complémentaire à l'audience électorale. Cass. soc., 10 févr. 1977 : *D.* 1977, IR p. 111 ; Cass. soc., 12 fév. 1985 : *Bull. civ*. V, n° 92.

[4] M. VERDIER, « Réalité, authenticité et représentativité syndicale », *Études de droit du travail offertes à A. BRUN*, Dalloz, 1974, p. 571-588.

[5] A. ARSEGUEL, « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale » *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, PUSS Toulouse, 2002, p. 401-427. G. BORENFREUND, « Pouvoir de représentation et négociation collective », *Dr. soc*. 1997, p. 1006-1014 ; « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. soc*. 1991, p. 685-695.

[6] Le taux de syndicalisation en France est l'un des plus bas d'Europe. Il atteint 4% dans le secteur privé contre environ 25% dans le secteur public ce qui le situerait tout secteur confondu aux alentours de 8%. Voir rapport annuel du BIT cité par l'Institut supérieur du travail http : //www.istravail.com/.

13.- Soucieux de préserver le pluralisme syndical et de ne pas revenir sur les modalités d'acquisition de la représentativité, le législateur a soumis l'entrée en vigueur des conventions et accords collectifs dérogatoires à l'absence d'opposition de la majorité des organisations syndicales représentatives[1]. La mise en œuvre de l'opposition par un ou plusieurs syndicats majoritaires faisait ainsi obstacle à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord dérogatoire minoritaire. Le recours à une telle technique n'était pas tout à fait nouveau en droit du travail et s'inspirait en partie de l'opposition à l'extension et à l'élargissement des accords collectifs de travail[2]. Le droit de contrôle octroyé aux syndicats majoritaires s'avérait néanmoins illusoire. Au niveau de l'entreprise, la majorité retenue rendait impossible l'exercice de l'opposition puisqu'il fallait que les syndicats aient recueilli, en raison de l'abstentionnisme électoral[3], plus de la moitié des voix des électeurs inscrits lors des dernières élections au comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel pour s'opposer[4]. En dépit des critiques émises à l'encontre du droit d'opposition, celui-ci a connu une extension croissante liée à la multiplication des autorisations de déroger *in pejus*, mais aussi, au besoin de contrôler la signature syndicale à l'occasion d'avenants de révision revenant sur des avantages conventionnels contenus dans l'accord initial[5]. Les accords relatifs à la réduction du temps de travail ont de nouveau posé la question de la légitimité de la signature syndicale. Aussi, l'octroi des allégements de charges sociales lié à la conclusion d'un accord de réduction du temps de travail a-t-il été subordonné à leur ratification par les syndicats majoritaires, ayant obtenu plus de la moitié des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles[6]. La règle de l'opposition s'inversait pour la première fois en marquant le passage, certes dans un domaine limité, d'une majorité négative à une majorité

---

[1] R. PASCRÉ, « La négociation collective après la loi du 13 novembre 1982 », *Dr. ouvrier* 1983, p. 39-57 ; A. SUPIOT, « Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.* 1983, p. 63-73 ; M. VERDIER, « Les réformes et le droit syndical », *Dr. soc*. 1982, p. 291-298.

[2] Les syndicats disposent en effet d'une faculté d'opposition lors de la procédure d'extension des textes conventionnels. Le Ministre du travail peut cependant toujours passer outre l'opposition syndicale et procéder à l'extension de l'accord en dépit de celle-ci (C. trav., art. 133-11). En revanche, l'opposition de la majorité des membres de la commission nationale de la négociation collective empêche l'arrêté d'extension (C. trav., art. 133-12). S. NADAL, « Contribution à l'étude de l'extension des conventions collectives de travail », *Dr. ouvrier* 2002, p. 423-435.

[3] Cf. *infra* § 239.

[4] Au sein de la branche, le législateur a retenu une majorité arithmétique fonction du nombre d'organisations représentatives à ce niveau.

[5] M.-L. MORIN, « La signature des accords collectifs. A propos de la réforme de la procédure de révision », *RJS* 1993, p. 74-86 ; P. SOULIER, « Sur la révision des conventions et des accords collectifs de travail », Révision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail, Litec 1996, p. 37-48 ; « La révision des conventions et des accords collectifs de travail de l'inopposabilité à l'opposition », *Etudes offertes à Jacques BARTHÉLÉMY*, Revue Travail et Sécurité Sociale, 1994, hors-série, p. 17.

[6] Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail : *JO* du 14 et loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail : *JO* du 20.

positive. La volonté de s'orienter vers une majorité d'engagement a été ensuite accentuée par la loi du 3 janvier 2003 qui a soumis les accords « de méthode », conclus en matière de licenciement collectif, à leur signature par des syndicats majoritaires[1].

14.- Loin de résoudre les difficultés suscitées par l'évolution du contenu de la négociation collective et la nécessité de s'assurer de la réalité de la représentativité syndicale, le droit d'opposition contribuait au contraire à les souligner en y apportant une réponse limitée dont on pouvait douter de l'efficacité. A côté des accords dérogatoires, une autre catégorie d'accords dits « donnant-donnant » ou « sur l'emploi » avait de surcroît fait son apparition et continuait singulièrement d'être soumise aux règles de conclusion de droit commun, sans que l'on puisse se prononcer de manière certaine sur leur caractère plus ou moins favorable[2]. Conscients du besoin impérieux de renforcer la légitimité des accords collectifs, les signataires de la Position commune relative « aux voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective » en date du 16 juillet 2001, se sont prononcés pour une généralisation du principe majoritaire, fut-il exprimé de manière négative au moyen de l'opposition ou de manière positive grâce à une majorité d'engagement[3]. La loi du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social consacre en grande partie les changements souhaités par les partenaires sociaux. Désormais, la représentativité constitue une qualité nécessaire mais non suffisante pour engager la collectivité des salariés[4]. L'exigence majoritaire devient une condition de validité indispensable à la conclusion des conventions et des accords collectifs de travail qui se décline différemment selon les niveaux de négociation.

---

[1] Les partenaires sociaux ont ainsi la possibilité de substituer aux dispositions légales sur les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise en cas de « grand » licenciement, des dispositions conventionnelles dérogatoires. M. COHEN, « La loi du 3 janvier 2003 et les comités d'entreprises », *Dr. soc.* 2003, p. 274 ; G. LYON-CAEN, « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 2003, p. 355. Issus de la pratique, les accords de méthode se distinguent par leur aspect procédural et traitent des procédures de négociation ou de concertation à mettre en œuvre pour résoudre des questions de fond. Voir G. COUTURIER, « Le choix de la procéduralisation conventionnelle », *Semaine sociale Lamy* 2004, supplément n°1152, p. 6.

[2] R. SOUBIE « Les accords donnant-donnant » *Dr. soc*. 1985, p. 614 ; M.-A SOURIAC-ROTSCHILD, « Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité ? » *Dr. soc.* 1997, p. 1061.

[3] A. MAZEAUD, « Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux depuis la position commune du 16 juillet 2001 » *Dr. soc.* 2003, p. 361-364.

[4] Ch. RADÉ, « Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social », *RDC* 2004, p. 1001-1007 ; J.-E. RAY, article précité ; B. TEYSSIÉ, article précité ; G. VACHET, « La réforme de la négociation collective », *JCP E* 2004, 1245, p. 1332-1338.

15.- La consécration d'une majorité d'engagement par la loi du 4 mai 2004 reste à certains égards très relative. Elle se présente comme une simple faculté laissée à la disposition des partenaires sociaux, en dehors de laquelle le droit d'opposition retrouve son emprise, sous réserve des accords interprofessionnels dont la validité relève exclusivement de celui-ci. Ainsi, le droit d'opposition constitue la règle de principe au niveau de la branche, à moins que les partenaires sociaux n'aient conclu un accord de branche ou un accord professionnel étendu équivalant à un accord cadre, réservant la conclusion des accords à ce niveau à une majorité d'engagement. En ce qui concerne les accords d'entreprise, les conventions et les accords collectifs de branche étendus peuvent subordonner leur conclusion à une signature syndicale majoritaire ; à défaut, il convient de se référer au droit d'opposition. La signature syndicale majoritaire joue un rôle d'autant plus important que la loi accorde la possibilité aux accords professionnels, interprofessionnels et de branche de déroger, dans un sens défavorable aux salariés, aux dispositions des accords de champ plus large, à moins que ceux-ci n'en disposent autrement. Sauf exception, les accords d'entreprise peuvent en faire de même à l'égard des dispositions prévues par les accords de branche ou professionnel. La généralisation du principe majoritaire ne s'est donc pas faite sans contrepartie et s'accompagne d'un nouveau recul du principe de faveur au profit d'un « *principe de proximité qui permet aux acteurs, au plus près des réalités, de déterminer les règles les plus adaptées* »[1]. Le droit d'opposition des majoritaires prend néanmoins son indépendance par rapport au contenu de l'accord dont le caractère plus ou moins favorable est indifférent à son exercice. Celui-ci devient une condition de validité des conventions et des accords collectifs qui semble devoir être préférée, au moins dans un premier temps, à une majorité positive. Les partenaires sociaux hésiteront certainement à recourir à une majorité d'engagement afin de ne pas scléroser la négociation collective et de ne pas se priver de toute possibilité d'engagement au niveau inférieur, les organisations majoritaires dans la branche ne l'étant pas forcément dans l'entreprise[2].

---

[1] Ch. RADÉ, article précité, *RDC* 2004, p. 1003. Voir également M.-A. SOURIAC, « L'articulation des niveaux de négociation » *Dr. soc*. 2004, p. 579-589.

[2] La majorité d'opposition dans la branche se détermine par rapport au nombre d'organisations représentatives à ce niveau. Un accord de méthode peut cependant soumettre la validité des conventions et des accords collectifs à ce niveau à leur signature par des organisations représentant une majorité de salariés dans la branche. La majorité se calcule alors par référence aux résultats obtenus lors d'élections spécifiques organisées à cet effet, ou aux dernières élections aux comités d'entreprise, ou à défaut des délégués du personnel. C. trav., art L. 132-2-2.

16.- Initialement conçu comme un instrument de contrôle des syndicats majoritaires sur l'accord signé par une ou plusieurs organisations de salariés minoritaires, le droit d'opposition constitue dorénavant une condition de validité à part entière des conventions et des accords collectifs de travail. Les liens existants entre ce dernier et le droit de veto se sont ainsi distendus. Avant la réforme de la négociation collective, le principe de l'unicité de la signature syndicale réalisait un partage du pouvoir entre les différentes organisations en permettant à n'importe quel syndicat représentatif d'engager par sa seule signature l'ensemble des salariés. La prérogative concédée à tout syndicat représentatif allait de pair avec la fonction juridique que chaque organisation était appelée à exercer, à savoir la détermination des conditions de travail des salariés représentés. Le droit d'opposition se confondait avec le droit de veto en agissant tel un contre-pouvoir. Il était confié aux organisations détentrices d'une forte légitimité pour réaliser un contrôle du pouvoir reconnu à tout syndicat, en même tant qu'une modération de celui-ci. Il s'inscrivait dans le droit chemin du veto. Les majoritaires faisaient obstacle à l'entrée en vigueur d'un acte relevant de l'exercice de leur fonction et déjà approuvé par un ou plusieurs autres organes partiels de celle-ci. Les évolutions réalisées par la loi du 4 mai 2004 écartent tout amalgame entre le droit d'opposition et le droit de veto par la consécration faite de la signature syndicale majoritaire, fut-elle exprimée négativement ou positivement. Dans un tel système, la signature majoritaire ou l'absence d'opposition majoritaire devient une condition de validité de l'accord. Le droit d'opposition s'éloigne, par conséquent, de sa fonction initiale de contre-pouvoir parce qu'il légitime et concentre le pouvoir d'engager les salariés entre les mains d'un ou plusieurs syndicats majoritaires.

17.- Irréductible à un droit de refus ou à un droit de veto, l'opposition s'en écarte quelque peu. La neutralisation qu'elle opère d'un acte juridique ou d'une partie de ses effets s'avère indépendante d'une manifestation d'un refus de consentir à l'acte et souvent détachable de l'exercice d'un contre-pouvoir[1]. Quelle que soit la branche du droit au sein de laquelle elle se manifeste, l'empêchement total ou partiel qu'elle crée à l'égard des effets d'un acte juridique vise à assurer la protection et, plus exactement, la défense des intérêts de son titulaire, ou de ceux qu'il représente, lorsqu'ils sont menacés par l'activité juridique d'autrui. Pour autant, l'opposition ne saurait être regardée comme un moyen de défense général et fait l'objet d'un encadrement strict, à défaut duquel elle entraverait toute libre

[1] Excepté pour les personnes appelées à la détermination d'un intérêt collectif ou social.

activité. L'empêchement produit par l'opposition la distingue des mesures de réparation, ou de sanction, en ce qu'elle intervient avant que la situation préjudiciable ne se réalise ou n'épuise tous ses effets.

18.- Aussi, l'opposition ne joue-t-elle que dans des situations préalablement déterminées par le législateur afin d'assurer la défense d'un intérêt juridiquement protégé. Si les intérêts protégés par l'opposition sont les plus divers, ils ne le sont qu'en considération de leur légitimité. L'intérêt du créancier à agir peut ainsi être qualifié de légitime dans la mesure où le Droit, comme l'équité, interdisent au débiteur de se soustraire à ses obligations, en agissant en fraude des prérogatives de ses créanciers ou en provoquant son insolvabilité. La légitimité de l'intérêt de l'opposant ressort encore plus nettement en présence d'un acte imparfait. Il en est ainsi lorsque l'opposition paralyse la demande d'enregistrement d'une marque chaque fois que le titulaire d'un droit antérieur se prévaut d'un risque de confusion entre sa marque et celle dont un tiers demande l'enregistrement. Associer le droit d'opposition à la protection d'intérêts légitimes suppose que les intérêts de l'opposant ou ceux qu'ils représentent entrent en conflit avec ceux du destinataire de l'opposition. Cela implique également que le législateur affirme la primauté des intérêts du premier sur ceux du second, en lui accordant le droit de neutraliser les effets de l'acte juridique préjudiciable. L'opposition ne se manifeste donc jamais de manière indépendante. Elle vient toujours se greffer sur un acte ou une opération préexistante. Le plus souvent, elle agit avant que le préjudice ne se matérialise et s'il connaît un début de réalisation ; elle en évince les effets. Le compromis d'intérêts qu'elle réalise passe par une altération des droits d'autrui ; c'est pourquoi son titulaire ne saurait en bénéficier en toutes circonstances.

19.- Seuls certains événements justifient le recours à l'opposition en dehors desquels son auteur ne dispose d'aucun droit à s'en prévaloir. La diversité des événements à l'origine de l'opposition rend, au premier abord, toute tentative d'abstraction vaine. *A priori*, il n'y a rien de commun entre la vente du fonds de commerce, le décret autorisant un changement de nom ou la signature d'un accord minoritaire. En réalité, il ne convient pas d'analyser ces situations uniquement les unes par rapport aux autres et il convient de les mettre en relation avec les personnes autorisées à se prévaloir de l'opposition. Il apparaît dès lors que la vente du fonds de commerce risque de nuire gravement aux créanciers en raison des éventuelles tentatives de fraude du débiteur. La signature d'un accord par des organisations de salariés minoritaires s'avère également de nature à porter atteinte aux intérêts des syndicats

majoritaires, leur qualité les positionnant comme les représentants légitimes des salariés et de l'intérêt collectif. Le droit d'opposition est respectivement confié aux créanciers ou aux syndicats majoritaires, en raison de la survenance d'un événement susceptible de porter atteinte à leurs intérêts et qui prend sa source dans les actes juridiques accomplis par un tiers. L'opposant ne devrait pourtant pas subir de préjudice de l'activité d'autrui. Le principe de l'effet relatif des contrats et celui de l'autorité relative de la chose jugée interdisent à un acte juridique de créer des droits ou des obligations à l'égard de ceux qui n'ont été ni parties, ni représentés. Les actes conventionnels ou juridictionnels n'en demeurent pas moins opposables aux tiers et, à ce titre, ils peuvent leur porter préjudice, notamment en considération des liens qu'ils entretiennent avec l'une des parties. L'opposabilité des actes juridiques ne suffit pas à expliquer l'ensemble des situations donnant lieu à opposition. Son titulaire se défend parfois moins de l'opposabilité d'un acte juridique qu'il n'entend faire valoir l'opposabilité de ses propres prérogatives lorsqu'elles sont ignorées par les tiers. L'opposant à l'enregistrement d'une marque, à un décret autorisant un changement de nom ne fait qu'imposer aux tiers le respect de sa propre prérogative sur la marque, le nom afin de se défendre de toute appropriation de celle-ci par autrui au détriment de ses intérêts.

20.- L'opposition semble, de ce point de vue, indispensable à la protection des intérêts de son titulaire, ou de ceux qu'il représente, dans la mesure où ils risqueraient d'être compromis en l'absence de toute réaction de sa part. Le droit de gage des créanciers chirographaires pourrait ainsi être réduit à néant, si le débiteur était libre de recevoir, entre ses mains, le paiement du prix de cession du fonds de commerce et de le dilapider au lieu de s'acquitter du règlement de ses dettes. La confusion issue de l'enregistrement d'une marque similaire à une autre déposée antérieurement pourrait également causer un préjudice certain au titulaire du droit antérieur si, par exemple, la nouvelle marque profite ou nuit à la notoriété acquise par la sienne. L'empêchement provoqué par l'opposition au paiement du prix de vente du fonds entre les mains du débiteur ou à l'enregistrement de la marque apparaît donc nécessaire à la protection des intérêts de son auteur. Le caractère nécessaire de l'opposition ressort du constat selon lequel elle se présente comme le moyen le plus approprié pour assurer la défense des intérêts de son auteur. Certaines mesures sont susceptibles de lui être substituées telles que l'action en nullité, l'action paulienne, ou encore les saisies conservatoires. Cependant, elles ne sauraient la remplacer avec autant d'efficacité car elles entraînent plus de contraintes pour parvenir à un résultat similaire ou moins satisfaisant.

21.- La protection du droit de gage général du créancier pourrait ainsi être réalisée au moyen de mesures conservatoires lors de la vente du fonds de commerce. D'une efficacité assez comparable à l'opposition, les saisies conservatoires s'avèrent cependant plus complexes d'utilisation[1]. Leur mise en œuvre suppose presque toujours le recours préalable à une autorisation judiciaire afin de vérifier que le saisissant dispose d'une créance paraissant fondée en son principe et justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement[2]. Le créancier opposant n'a pas, au contraire, à faire preuve de l'existence de menaces susceptibles de compromettre le recouvrement de sa créance, celles-ci étant présumées du seul fait de la vente du fonds de commerce. Aussi, les créanciers ont-ils en général la possibilité de s'opposer indépendamment de tout recours au juge. L'action paulienne pourrait, également, remplacer l'opposition afin de permettre au créancier d'obtenir la révocation des actes d'appauvrissement réalisés en fraude de ses droits par le débiteur insolvable[3]. Il doit à cet effet démontrer que le débiteur a accompli un acte suspect de nature à compromettre le recouvrement de sa créance[4], comme l'intention frauduleuse du débiteur et de son cocontractant.

22.- Outre l'aspect curatif de l'action paulienne, ses conditions de mise en œuvre sont indéniablement beaucoup plus contraignantes pour l'opposant qui n'a pas à faire la démonstration de la fraude du débiteur. Une action en nullité pourrait aussi se substituer à l'opposition à mariage ou à un accord signé par un syndicat minoritaire. Cependant, le mariage ne sera annulé qu'en présence d'un empêchement dirimant alors que l'opposition aurait pu l'empêcher même si celui-ci avait été prohibitif.

---

[1] Outre que la saisie interrompt la prescription de la créance du débiteur saisi, le cantonnement automatique de la saisie conservatoire au montant des sommes pour lesquelles elle est pratiquée emporte de plein droit pour son titulaire privilège du créancier gagiste. L'indisponibilité issue de la saisie s'avère particulièrement avantageuse pour le saisissant qui est pratiquement assuré d'échapper à tout concours de saisies. L'indisponibilité issue de l'opposition au paiement du prix de vente du fonds de commerce n'empêche le concours d'autres créanciers sur les sommes saisies, à moins que le débiteur en demande le cantonnement ou que les opposants sollicitent la consignation des fonds.

[2] Une dispense d'autorisation préalable du juge est prévue par l'article 68 de la loi de 9 juillet 1991 lorsque le créancier dispose d'un titre exécutoire, d'une décision de justice n'ayant pas encore force exécutoire, mais aussi en cas de défaut de paiement d'une lettre de change, d'un billet à ordre, d'un chèque, d'un loyer impayé résultant d'un contrat écrit de louage d'immeuble.

[3] C. civ., art. 1167.

[4] L'acte doit avoir créé ou augmenté l'insolvabilité du débiteur ou même fait échapper un bien aux poursuites du créancier en le remplaçant par un bien plus facile à dissimuler. Pour un exemple à propos du fonds de commerce Cass. com., 1er mars 1994 : *Bull. civ.* IV, n° 81 ; *Defrénois* 1994, p. 118, obs. D. MAZEAUD.

De même, la nullité n'affectera l'accord minoritaire que si celui contient des dispositions illicites, alors que l'opposition aurait pu le paralyser indépendamment de la conformité de son contenu aux prescriptions légales. Non seulement l'action en nullité a un domaine plus restreint que celui de l'opposition, mais encore elle n'intervient que de manière curative, c'est-à-dire une fois la situation préjudiciable définitivement réalisée.

23.- Au contraire, l'opposition permet à son auteur de se défendre de toute altération de ses prérogatives en empêchant la menace de se réaliser ou en faisant obstacle à sa continuité dans le temps, chaque fois qu'elle n'est pas irréversible. L'opposition s'accompagne d'un aspect préventif qui amène à lui reconnaître une efficacité supérieure à l'action paulienne ou à l'action en nullité et qui la rend beaucoup plus attractive. Elle enraye le dommage à sa source et préserve ainsi les intérêts de son auteur.
En outre, alors que la nullité poursuit l'anéantissement d'un acte juridique accompli au mépris d'une condition légale, l'opposition tend seulement à favoriser le rétablissement d'une certaine normalité. Il s'agit, non d'anéantir, mais de réguler les relations juridiques dans la durée, en veillant au respect du droit de chacun à un procès équitable, à celui de la paix des familles, à la fiabilité et à la sécurité des moyens de paiement. Dès lors, affirmer que l'opposition est nécessaire à la protection des intérêts de son titulaire oblige à lui conférer les moyens de parvenir à la finalité recherchée et à s'assurer de son efficacité. Le recours à l'opposition n'a d'ailleurs d'intérêt que si les effets dont elle s'accompagne lui permettent d'atteindre le résultat escompté. Le fait que l'opposition ne parvienne pas toujours à celui-ci ne contredit pas pour autant son efficacité intrinsèque. La non-obtention du résultat recherché tient, le plus souvent, à des circonstances extérieures à celle-ci. La sanction attachée à la violation de l'opposition participe, à ce titre, à son efficacité en dissuadant plus ou moins fortement son destinataire d'agir au mépris de celle-ci. L'opposition à mariage illustre parfaitement une telle situation.

Le non-respect des dispositions relatives à l'opposition à mariage n'emporte aucune conséquence réellement contraignante pour les officiers de l'état civil[1], qu'ils refusent de célébrer le mariage en dehors de toute opposition ou procèdent à sa célébration au mépris de celle-ci[2].

24.- A ce sujet, la pression de la communauté homosexuelle pour bénéficier d'avantages similaires à ceux reconnus aux couples mariés, et notamment du droit de se marier, a été à l'origine d'un véritable débat de société que le législateur n'a que maladroitement résolu avec le pacte civil de solidarité[3]. L'engouement manifesté dans un premier temps à l'égard de cette nouvelle institution a pu laisser croire que la question du mariage homosexuel se trouvait résolue, jusqu'à ce que le maire de Bègles fasse part de son intention de procéder à l'union d'un couple homosexuel. Après quelques mois de polémique, celui-ci a finalement célébré le dit mariage le 5 juin 2004, au mépris de l'opposition formée peu de temps auparavant par le Parquet de Bordeaux. Ce coup d'éclat très médiatique s'est traduit par l'annulation du mariage du couple homosexuel par le Tribunal de grande instance de Bordeaux et par la suspension des fonctions du maire pour une durée d'un mois[4]. Bien que qualifiée de « mesure exemplaire » par le Ministre M. Dominique de VILLEPIN, la sanction infligée au maire de Bègles pour avoir agi au mépris des dispositions légales, et d'un ordre adressé par son supérieur hiérarchique, semble bien dérisoire, comparée au sort réservé à un salarié faisant preuve d'insubordination ou à la situation de tout citoyen agissant en violation de la loi. Au-delà du débat politique et juridique que soulève la question du mariage homosexuel, celui-ci témoigne tout simplement du fait que l'efficacité de l'opposition dépend en grande partie de la coercition dont elle s'entoure. Autrement dit, si l'efficacité intrinsèque de l'opposition semble indiscutable, elle n'en reste pas moins soumise aux aléas tenant aux

---

[1] L'amende de 4,5 euros fixée par l'article 68 du Code civil pour sanctionner l'officier qui célébrerait un mariage en dépit d'une opposition apparaît bien dérisoire, sous réserve sanctions civiles ou administratives auxquelles il s'expose. TA Bordeaux, 9 juill. 2004 : *Dr. de la famille* 2004, n° 138, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

[2] Voir à ce sujet le comportement de certains officiers de l'état civil qui refusaient de célébrer, avant la loi du 24 août 1993, un mariage entre un français et une personne de nationalité étrangère, suspectant la majorité de ces mariages d'être de complaisance. I. CORPART- OULERICH, « De l'intention matrimoniale où le mariage était blanc », *Gaz. Pal.* 1993, 2, doct., p. 1257 ; Th. GARÉ, « Le mariage simulé », in Chronique Droit de la famille, *JCP G* 1992, I, 3547, n° 1 ; F. LAROCHE-GISSEROT, « Le crépuscule des mariages naturalisants : lois du 22 juillet, 24 août et 30 décembre 1993 », *Gaz. Pal.* 1994, 2, doctr. p. 629.

[3] Voir à ce sujet *Dr. de la famille* déc. 1999, numéro hors série 12 ter.

[4] TA Bordeaux, 9 juill. 2004 : précité ; E. AGOSTINI, « Le mariage homosexuel ? « Peut-être jamais, peut être demain ; mais pas aujourd'hui c'est certain ! » Carmen Acte I, scène III », note sous TGI Bordeaux, 27 juill. 2004, *D.* 2004, p. 2392-2395.

circonstances extérieures à son intervention, seules à même de limiter l'efficacité de la défense qu'elle apporte aux intérêts légitimes de son auteur.

25.- En empêchant l'accomplissement d'un acte juridique ou en neutralisant ses conséquences préjudiciables à l'égard de son titulaire, l'opposition participe à la régulation des situations juridiques dans le temps. Elle constitue un moyen de défense transitoire qui marque le passage d'une situation juridique fragilisée à une situation juridique stabilisée. L'objectif de conservation qui la guide n'autorise pas à la réduire à des notions aussi larges que celles de mesure de sauvegarde ou de protection, au contenu par ailleurs incertain. Sa finalité permet de la rattacher à la catégorie des actes conservatoires. Comme ces derniers, elle tend à éviter la perte d'un bien, à assurer la sauvegarde d'un droit contre un péril qui menace, même s'il ne suffit pas de constater qu'ils partagent le même but pour faire de l'opposition une espèce d'acte conservatoire.

26.- L'acte conservatoire se distingue essentiellement par sa finalité salvatrice. Il se définit comme « *l'acte juridique qui, par opposition, à l'acte de disposition ou à l'acte d'administration, tend seulement à éviter [la perte d'un bien] et qui, nécessaire et urgent, requiert un minimum de pouvoir* »[1] ou encore comme celui qui « *est nécessaire pour soustraire à un péril imminent le patrimoine ou un de ses éléments, en n'entraînant qu'une faible dépense par rapport à la gravité de ce péril* »[2]. Les qualificatifs d'acte de sauvegarde, urgent, nécessaire, provisoire ou encore de faible gravité sont autant d'éléments qui servent à l'appréhender. Certains d'entre eux ont, néanmoins, été réfutés pour reconnaître à l'acte conservatoire un caractère préventif, nécessaire et patrimonial[3]. Plus récemment, l'acte conservatoire a été intégré à la notion de provisoire et envisagé comme celui qui protège l'exécution d'un droit éventuel, au moyen d'une technique spécifique, consistant à mettre en réserve l'élément menacé de disparition[4]. Les tentatives de définitions avancées pour appréhender l'acte conservatoire reposent sur des conceptions parfois distinctes de celui-ci.

---

[1] G. CORNU, ouvrage précité, V. Conservatoire, 1 ; J. CARBONNIER en donne une définition similaire : « *l'acte conservatoire est un acte qui tend simplement à empêcher un bien de sortir du patrimoine. C'est, en outre (et peut-être est-ce l'essentiel), un acte nécessaire et urgent* ». V. *« Droit civil. Les personnes »*, Thémis, PUF, 20ème éd., 1996, t. 2, n° 103.
[2] M. PLANIOL et G. RIPERT, « Traité pratique de droit civil français », t. I, 2ème éd. par R. et J. SAVATIER, « Les personnes », LGDJ 1952, n° 273.
[3] Cl. BRENNER, L'acte conservatoire, Préf. P. CATALA, LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 323, 1999, n° 139 à 173.
[4] L. MERLAND, Recherche sur le provisoire en droit privé, PUAM, 2001, p. 91.

Certains auteurs considèrent d'ailleurs que la notion de mesure conservatoire s'apprécie essentiellement par référence à son aspect téléologique, à savoir la sauvegarde de certains droits[1]. Aussi, les caractères avancés pour saisir l'acte conservatoire mettent-ils en exergue le but de conservation des biens qu'il poursuit, l'unité conceptuelle de la notion résultant de sa finalité[2].

27.- La variété des qualificatifs employés pour cerner l'acte conservatoire tient tant à la diversité de ses manifestations qu'à ses évolutions ou celles des notions utilisées pour le qualifier. La majorité des propositions avancées pour le systématiser révèle qu'il s'appréhende au travers de trois critères. L'acte conservatoire est ainsi préventif, voire provisoire, patrimonial et nécessaire. Pour qualifier l'opposition d'acte conservatoire, il faudrait lui reconnaître ces mêmes traits de caractère quant à son intervention dans le temps, à la nature des droits protégés et à l'intérêt du recours à celle-ci. Or, s'il ne fait aucun doute que nombre d'oppositions ont un aspect préventif, nécessaire et patrimonial, il en est d'autres pour lesquelles certaines de ces qualités font défaut. Est-ce à dire qu'elles ne peuvent être regardées comme des actes conservatoires ? La réponse s'avère négative, ne serait-ce qu'au regard du renouvellement des critères avancés pour qualifier l'acte conservatoire qui en fait une notion évolutive.

28.- Nombreux sont les auteurs qui s'accordent à reconnaître à l'acte conservatoire un caractère nécessaire[3] et si ce qualificatif sied parfaitement à l'opposition, il en justifie également l'efficacité. Son rattachement à l'acte conservatoire soulève en revanche certains doutes si l'on s'intéresse au caractère patrimonial reconnu à ce dernier. Indiscutablement patrimoniale lorsqu'elle participe à la défense du droit de gage des créanciers, l'opposition l'est dans une moindre mesure, voire ne l'est plus, chaque fois qu'elle fait obstacle à l'entrée en vigueur d'un accord collectif minoritaire ou à la célébration du mariage. L'opposition apparaît insensible au caractère rigoureusement patrimonial ou non du droit à sauvegarder.

---

[1] R. PERROT, *RTD civ.* 1979, p. 441, obs. sous Cass. 2ème civ., 25 oct. 1978 ; G. CUNIBERTI, « Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger », préface H. MUIR WATT, LGDJ, Bibl. dr. pr. 2000, p. 7.
[2] Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 121.
[3] Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 97 ; J. CARBONNIER, ouvrage précité, n° 103 ; G. CORNU, ouvrage précité, V. Conservatoire ; F. LEDUC, « L'acte d'administration en droit privé », l'Espace Juridique, 1992, p. 55.

La finalité poursuivie l'emporte alors sur la nature du bien ou du droit à conserver, d'autant plus que les interactions entre les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux autorisent à ne plus cantonner l'acte conservatoire à la défense de biens exclusivement patrimoniaux. Certains auteurs se montrent indifférents à de telles considérations, et qualifient, de ce fait, les mesures de détention provisoire, de conservatoires alors qu'elles portent directement sur la personne en limitant sa liberté individuelle[1]. Le caractère préventif de l'acte conservatoire semble, enfin, imposer de conjurer le péril à sa source sans attendre d'en soigner les effets ; il suppose donc l'anticipation de la menace. Les mesures d'information instituées en amont de l'opposition répondent à cet objectif en donnant à son auteur la possibilité de réagir le plus promptement possible. Pour autant, la prévention n'est pas exclusive d'un début de réalisation de la menace : conserver, ce peut être conjurer les effets présents ou à venir d'une menace réversible. La conservation des prérogatives juridiques n'est parfois envisageable qu'une fois la menace réalisée, sans pour autant se réduire à une mesure de réparation ou de sanction. La fonction conservatoire de l'opposition se suffit aussi bien d'une neutralisation directe de la menace que de ses effets ; c'est pourquoi le caractère préventif de l'acte conservatoire ne doit pas être interprété uniquement au regard d'un critère chronologique mais en fonction du résultat recherché.

29.- Dans la mesure où elle répond à une atteinte ou à une menace portée aux intérêts de son auteur, l'opposition se manifeste le plus souvent sous la forme d'un acte unilatéral. Aussi, son auteur est-il contraint de respecter un minimum de formalisme et de l'extérioriser au moyen d'un acte réceptice, sans lequel elle ne pourrait être portée à la connaissance de son destinataire. Le formalisme dont elle s'accompagne témoigne d'un souci évident de garantir les droits de son destinataire et de lui permettre de se défendre d'un acte irrégulier ou non-fondé. Celui-ci s'explique aussi bien par son caractère unilatéral que par la rigueur de ses effets. Sa nature conservatoire l'amène à réagir de manière strictement proportionnée au péril à conjurer, en lui permettant d'empêcher l'accomplissement d'un acte juridique ou une partie seulement de ses effets.

Dans certains cas, la protection des intérêts de l'opposant se satisfait d'une simple mesure d'indisponibilité, comme en témoignent les oppositions au paiement. L'opposition atteint alors le pouvoir de disposition de son destinataire sur le bien en cause, jusqu'à ce qu'une mesure de protection définitive se substitue à la conservation provisoire de

[1] M.-L. MERLAND, ouvrage précité, p. 131.

l'opposition. La disparition de ses effets se réalise seulement dans le respect de sa finalité et oblige parfois à recourir à des procédures de dénouement, garantes de la conservation définitive des droits de l'opposant.

Dans d'autres situations, une neutralisation partielle des effets de l'acte juridique préjudiciable ne suffit pas toujours à assurer la sauvegarde des droits de son titulaire. L'opposition produit alors directement un effet extinctif en faisant obstacle à la réalisation de l'acte projeté ou en procédant à son anéantissement. L'examen du régime juridique de l'opposition contribue à établir un lien de corrélation certain entre les formes sous lesquelles elle se manifeste et ses effets, celle-ci conférant à son titulaire un droit d'intrusion dans les affaires d'autrui particulièrement contraignant pour ce dernier.

30.- L'opposition se présente, par conséquent, comme un instrument de protection auquel les tiers peuvent recourir dans des situations légalement déterminées afin d'assurer la conservation de leurs intérêts légitimes chaque fois que ceux-ci sont menacés par l'activité juridique d'autrui. Elle se manifeste, à cet effet, sous la forme d'un acte unilatéral et formaliste qui produit une réaction strictement proportionnée au péril à conjurer afin de maintenir, voire le cas échéant de rétablir, une certaine normalité en neutralisant tout ou partie des effets d'un acte juridique. Moyen de défense transitoire, l'engouement manifesté vis-à-vis de la technique de l'opposition se doit d'être mesuré, aussi bien à l'aune des abus auxquels elle a donné lieu que d'un principe de prudence vis-à-vis de toute technique au caractère préventif. Les moyens préventifs reposent le plus souvent sur la présomption que tel événement préjudiciable pourrait se réaliser dans telle circonstance. Ils s'appuient ainsi sur un principe qui peut porter à faux mais aussi, entraver toute activité juridique[1]. De nombreuses oppositions bénéficient ainsi du privilège du préalable tandis que d'autres, en raison des excès auxquelles elles pourraient conduire, produisent un effet suspensif provisoire et ne réalisent la conservation définitive des droits de l'opposant qu'après leur appréciation par une autorité compétente. Le développement de l'opposition oblige à s'interroger sur l'opportunité de maintenir une technique dont certains de ses débordements font douter de la réponse appropriée qu'elle apporte à la protection des intérêts de son titulaire. Inversement, l'efficacité également constatée du recours à l'opposition pose nécessairement la question de son extension et, plus particulièrement, de sa consécration possible en tant qu'accessoire du droit de créance ou d'autres droits intellectuels.

---

[1] R. DEMOGUE, « Les notions fondamentales du droit privé », Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911, p. 206.

31.- Une réponse tranchée en faveur de l'une ou de l'autre des options proposées ne semble guère possible dans la mesure où, selon ses domaines d'intervention, l'opposition s'apprécie de manière nuancée. Une généralisation éventuelle de la prérogative occasionnellement accordée aux créanciers risquerait d'entraver l'activité juridique du débiteur et de conduire à des abus inévitables. L'exercice de l'opposition ne serait plus alors subordonné à la réalisation d'un événement particulier et déterminé par le législateur, tel la vente du fonds de commerce, mais d'un risque général de fraude ou d'insolvabilité dont l'appréciation ne saurait être laissée au créancier. Ce dernier ne saurait alors recourir à l'opposition sans en référer préalablement au juge et, de ce fait, celle-ci perdrait une grande partie de son intérêt, outre qu'elle serait parfois susceptible de venir concurrencer les règles de droit commun telles que la saisie conservatoire, ou l'action oblique.

Inversement, tout rétrécissement du champ d'application de l'opposition doit être envisagé avec parcimonie et dûment être justifié par la nécessité d'en encadrer l'exercice et/ou d'en supprimer les dysfonctionnements. La remise en cause de l'opposition semble ainsi aller de soi dans toutes les situations où elle comble la défaillance d'une règle de droit commun. L'opposition finit alors toujours par se substituer à la règle de principe pour la concurrencer, quand elle ne l'absorbe pas totalement. Elle requiert, dans de telles hypothèses, la mise en place de règles juridiques adaptées. Le recours à celle-ci n'a effectivement d'intérêt et d'efficacité qu'à condition de rester exceptionnel. L'exemple de l'opposition aux conventions et accords collectifs de travail s'avère particulièrement révélateur. Sa généralisation, pour pallier l'insuffisance de représentativité réelle des syndicats lors de la signature des accords collectifs, ne nous semble pas suffire à garantir la protection des intérêts des syndicats majoritaires ou de ceux de la collectivité des salariés. Elle oblige à la repenser en faveur d'une majorité d'engagement dont le caractère absolu doit céder place à un caractère réaliste afin de ne pas bloquer la négociation collective.

32.- Transitoire, l'opposition l'est doublement dans le temps, tout aussi bien pour assurer la protection des intérêts de son titulaire que pour préparer le passage à des réformes de plus grandes envergures. Instrument de protection destiné à conserver un intérêt juridiquement protégé dans des situations préalablement déterminées par la loi, l'opposition ne saurait servir à remédier à l'insuffisance ou l'obsolescence de certaines règles juridiques. Le recours à celle-ci se justifie simplement par la nécessité de réguler les relations juridiques, chaque fois qu'une menace pèse sur un intérêt juridiquement protégé et dont la conservation

justifie l'octroi *d'un instrument de protection* afin de maintenir ou de rétablir une certaine normalité faisant de l'opposition *un facteur de transition*.

PREMIÈRE PARTIE : L'OPPOSITION, INSTRUMENT DE PROTECTION

SECONDE PARTIE : L'OPPOSITION, FACTEUR DE TRANSITION

PREMIÈRE PARTIE

L'OPPOSITION, INSTRUMENT DE PROTECTION

33.- Le caractère hétérogène de l'opposition n'est qu'apparent et n'exclut pas tout rapprochement de principe entre ses diverses manifestations. Il est, en effet, possible d'identifier une logique commune à l'ensemble des oppositions dans la mesure où celles-ci participent étroitement à la défense des intérêts de leurs titulaires ou de ceux qu'ils représentent.

34.- Qualifier l'opposition d'instrument de protection, implique qu'elle parvienne à éviter toute compromission définitive des intérêts de son auteur. Il s'agit effectivement de les sauvegarder et non de réparer ou de sanctionner l'atteinte dont ils feraient l'objet. Le recours à la technique de l'opposition se justifie, de ce point de vue, par la menace qui pèse sur un intérêt juridiquement protégé dans des circonstances déterminées par le législateur. L'intérêt est une notion omniprésente dans le droit, étroitement liée au droit subjectif ou encore à l'action en justice. Elle doit être entendue dans un sens large et ne saurait renvoyer, en l'espèce, au seul droit subjectif ou encore à la condition nécessaire pour agir en justice. L'intérêt préservé par l'opposition se rattache parfois à la défense d'un intérêt plus vaste, qu'il soit fondamental ou collectif.

Encore faut-il que celui-ci soit menacé. La diversité des événements de nature à fonder le recours à l'opposition entretient, à cet égard, des liens certains avec la notion d'opposabilité dans la mesure où la menace prend sa source dans l'activité juridique d'autrui.

35.- Le titulaire de l'opposition occupe, par conséquent, la position de tiers par rapport à l'acte ou à la situation préjudiciable dont il entend se défendre. Toutefois, l'état de tiers semble le plus souvent induit et n'autorise pas n'importe quel tiers, fut-il concerné par l'activité juridique d'autrui, à en invoquer le bénéfice. Pour s'opposer, il faut en général être expressément habilité à cet effet et la qualité d'opposant dépend intimement de l'intérêt légitime défendu.

Le contrôle de l'opposition semble ainsi réalisé en amont de son exercice, en la faisant dépendre de la réunion d'un critère matériel tiré de l'existence d'un intérêt légitime menacé (titre I) et d'un critère personnel tenant à la "titularité" de l'opposition (titre II).

TITRE I

L'EXISTENCE D'UN INTÉRÊT LÉGITIME MENACÉ

36.- Quelle que soit la branche du droit au sein de laquelle l'opposition se manifeste, le recours à celle-ci ne se conçoit qu'en raison de la menace susceptible d'affecter un intérêt légitime qu'elle a pour objet de défendre. Si l'intérêt constitue le socle du droit subjectif et a été très largement étudié dans ce cadre, les deux notions ne doivent pas pour autant être confondues. L'intérêt juridiquement protégé par l'opposition ne se ramène d'ailleurs pas à la protection du seul droit subjectif de son titulaire[1]. Il s'inscrit parfois dans un contexte plus général et dépasse souvent la défense d'un simple intérêt personnel. Il peut être qualifié de légitime par référence à son caractère bien-fondé mais aussi et surtout dans la mesure où seule sa légitimité l'amène à être protégé par le Droit. C'est d'ailleurs parce que le Droit reconnaît l'utilité, la fonction sociale d'un intérêt qu'il le protège ou permet d'agir en son nom. La protection à laquelle appelle l'intérêt de l'opposant va ainsi de pair avec le droit qui lui est reconnu de s'opposer afin d'empêcher que ses intérêts, ou ceux dont il est le représentant, ne soient méconnus par autrui[2].

37.- La menace dont cherche à se préserver l'opposant procède, à cet égard, des actes juridiques projetés ou réalisés par autrui. En effet, l'obligation qui pèse sur chacun de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui ne suffit pas à le mettre à l'abri d'une éventuelle méconnaissance de ses prérogatives juridiques, peu importe que celle-ci soit ou non volontaire. De même, l'opposabilité des actes juridiques est susceptible d'affecter les intérêts

---

[1] L'expression « d'intérêt juridiquement protégé » fait ainsi référence à l'élément constitutif du droit. V. G. CORNU, ouvrage précité, Intérêt-4. Elle renvoie plus exactement à la théorie développée par IHERING pour lequel les droits subjectifs sont des intérêts juridiquement protégés. IHERING, « L'esprit du droit romain », trad. MEULENAERE, t. III, 3ème éd., 1988.

[2] A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in Théorie générale du droit et droit transitoire, *Mélanges en l'honneur de P. ROUBIER*, Tome I, Dalloz, 1961, p. 243.

de l'opposant en raison des liens étroits qu'il possède avec l'une des parties. Tous les actes juridiques passés par autrui n'ouvrent cependant pas droit à opposition et seuls certains événements, préalablement et objectivement déterminés par la loi, en fondent l'exercice. En dehors des situations visées par la loi, le titulaire de l'opposition n'a donc pas la possibilité de l'invoquer, soit parce que ses intérêts ne sont pas menacés, soit parce qu'ils sont suffisamment protégés par les autres moyens offerts par le droit commun.

Le recours à la technique de l'opposition se justifie par l'identification d'un intérêt légitime menacé (chapitre I) et d'une menace pesant sur cet intérêt protégé (chapitre II).

CHAPITRE I

LA LÉGITIMITÉ DE L'INTÉRÊT MENACÉ

38.- Fuyante, insaisissable, protéiforme, la notion d'intérêt se plie mal à toute tentative de définition mais présente, en ce qui nous concerne, une indéniable souplesse. Elle permet de généraliser et d'englober tous les intérêts défendus par l'opposition qu'il s'agisse *stricto sensu* d'un droit subjectif ou procédural, d'un droit patrimonial ou extrapatrimonial, d'un intérêt personnel ou général. Ce n'est pas tant la nature de l'intérêt qui compte que sa légitimité, seule à même de ne pas laisser le Droit indifférent face à la menace pesant sur celui-ci et d'autoriser son titulaire à le défendre au moyen de l'opposition.

39.- En apparence, l'opposition veille le plus souvent à la protection d'un intérêt personnel et propre à son auteur que l'on songe, par exemple, aux créanciers dont la prérogative leur permet de conserver leur droit de gage général ou encore au défaillant à un jugement rendu par défaut dont le recours lui donne la possibilité de se voir appliquer le principe du contradictoire. L'intérêt sauvegardé se révèle parfois beaucoup plus large et renvoie à la notion d'intérêt général ou collectif. Le droit d'opposition à mariage préserve sans conteste un intérêt général. Celui accordé aux organisations de salariés répond, tant à la défense des intérêts des syndicats majoritaires qu'à celle de l'intérêt collectif qu'ils incarnent. La distinction ainsi faite entre intérêt personnel et intérêt collectif ne saurait cependant être absolue. La défense d'un intérêt personnel n'est pas toujours exclusive de toute intention altruiste et celle d'un intérêt collectif n'exclut pas toute satisfaction d'un intérêt personnel.

La protection issue de l'opposition résulte tout aussi bien de la légitimité de l'intérêt personnel menacé (section I) que de celle de l'intérêt collectif menacé (section II).

Section I

La légitimité de l'intérêt personnel menacé

40.- L'intérêt légitime menacé apparaît, dans certains cas, strictement personnel à son auteur. Il se voit ainsi susceptible d'être rattaché à la protection d'un droit subjectif. Le droit d'opposition concédé au créancier afin de préserver son droit de gage, à l'occasion d'événements risquant de compromettre la solvabilité du débiteur, contribue ainsi à la conservation du droit de créance. Celui accordé au titulaire d'un droit antérieur sur la marque, lors de la demande d'enregistrement d'une marque similaire à la sienne, participe à la défense du droit intellectuel. Dans ces deux situations, la légitimité de l'intérêt personnel du créancier ou du titulaire de la marque ne fait pas de doute. Le Droit, comme la morale, interdisent au débiteur d'échapper à ses obligations par fraude ou d'agir sans considération vis-à-vis de ses créanciers et à un tiers de s'approprier un droit appartenant à autrui.

41.- L'intérêt personnel ainsi protégé par l'opposition ne se réduit pas à la seule défense d'un droit subjectif. Plus exactement, à travers la défense de droits subjectifs variés, l'opposition participe à celle d'un intérêt légitime et personnel plus vaste qu'il s'agisse d'assurer le respect d'un « droit à la tranquillité » (paragraphe I) ou encore de droits fondamentaux procéduraux (paragraphe II).

§ I. Le respect d'un droit à la tranquillité

42.- Aucun « droit » à la tranquillité n'est consacré en tant que tel par le législateur, même si celui-ci transparaît clairement de l'exercice de l'opposition. Il ne saurait par conséquent être qualifié de droit subjectif et, tout au plus, émerge t-il à l'état de simple intérêt. Le droit reconnu à toute personne de s'opposer à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement sous-tend l'existence « *d'un droit à être laissé tranquille* »[1].

[1] A. LUCAS, J. DEVÈZE, J. FRAYSSINET, Droit de l'informatique et de l'Internet, PUF, 2001, n° 187 ; J. FRAYSSINET, Informatique, fichiers et libertés, Litec 1992, p. 91.

43.- L'expression s'utilise avec une certaine faveur pour rassembler, sous ce terme, l'intérêt protégé par un individu qui interdit à autrui de porter atteinte à ses droits subjectifs et notamment à ses droits de la personnalité. Le respect d'un droit à la tranquillité s'entend plus largement, en ce qui concerne l'opposition, et inclut le droit de jouir paisiblement de ses prérogatives. Au nom du droit de toute personne à la tranquillité, l'opposition protège aussi bien la vie personnelle des individus (A) que la jouissance paisible de leurs prérogatives (B).

A. Le droit à la tranquillité, composant du respect de la vie personnelle

44.- Le droit d'opposition défend explicitement un droit à la tranquillité, chaque fois qu'il fait obstacle au traitement des données à caractère personnel ou en droit des successions, à la remise en cause du partage par les créanciers. Il s'agit, en effet, de préserver la tranquillité d'un individu par rapport à l'utilisation qui pourrait être faite de données concernant son identité personnelle (1), ou celle des familles, en accordant aux créanciers le droit surveiller les opérations de partage et non celui de les critiquer (2).

1°) Le droit à la tranquillité inhérent au droit de s'opposer au fichage de son identité civile

45.- Le droit d'opposition au fichage des données personnelles relève de la protection de la vie privée et participe à l'idée que son titulaire a « le droit à être laissé tranquille ».[1] L'article 38 de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques, à l'égard des traitements de données à caractère personnel, reconnaît ainsi à toute personne physique « *le droit de s'opposer pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fasse l'objet d'un traitement* »[2]. Tout individu dispose également d'un droit similaire afin de s'opposer à l'utilisation de données le concernant à des fins de prospection, notamment commerciale, par le responsable actuel du traitement ou celui d'un traitement ultérieur.

---

[1] J.-C. SAINT-PAU, L'anonymat et le droit, thèse Bordeaux 1998.

[2] La loi du 6 août 2004 modifie à cet égard les dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés afin de les mettre en conformité avec la directive européenne 95/46CE du 24 octobre 1995. Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 : *JO* du 7.

46.- Les nouvelles dispositions relatives au droit d'opposition reprennent en partie celles de l'ancien article 26 de la loi du 6 janvier 1978 qui soumettait son exercice à « *raisons légitimes* »[1]. Le glissement opéré par la loi du 6 août 2004 des raisons « *aux motifs* » légitimes apparaît essentiellement terminologique[2]. Sous l'empire des anciennes dispositions, certains auteurs avaient considéré que la seule raison légitime de s'opposer paraissait, le plus souvent, être la tranquillité[3]. D'autres auteurs, estimaient qu'elle devait s'interpréter en fonction des atteintes susceptibles d'être portées à la vie privée et aux libertés par l'enregistrement des dites informations[4]. La notion de raison et, désormais, de motif légitime semble emprunte d'une fluidité et d'une subjectivité certaine de nature à laisser une grande marge d'appréciation au juge en cas de contestation.

47.- Le droit accordé à toute personne de s'opposer, sans frais, à ce que des données la concernant soient utilisées à des fins de prospection semble beaucoup plus innovant. Le caractère discrétionnaire de celui-ci ne fait aucun doute. La loi ne le soumet, ni à l'exigence de motifs légitimes, ni à une exigence quelconque de motivation. Il témoigne de la volonté de faire prévaloir le droit au respect de la vie privée ou, plutôt, le droit de chacun à la tranquillité sur les intérêts commerciaux des exploitants de fichiers informatiques. A cet égard, il a été souligné que « *le droit d'opposition jouxte alors un droit au consentement, un droit à être laissé tranquille* »[5]. Si manifestement, l'opposition se rattache à notre sens à un droit à la tranquillité, elle ne doit pas être assimilée ou ramenée à la seule expression d'un consentement ou d'un refus. Comme nous l'avons déjà évoqué, le droit d'opposition relève plus d'une logique de défense que de consentement[6]. Le tiers n'a pas à manifester un consentement à l'action, *a priori* légitime, d'autrui.

---

[1] L'avant-projet de loi de transposition s'avérait beaucoup plus restrictif. Il était prévu que l'opposant fasse alors état de motifs légitimes tenant à sa situation et prévalant sur l'intérêt du responsable du traitement. A. LUCAS, J. DEVÈZE, J. FRAYSSINET, ouvrage précité, p. 117, n° 184.

[2] Le caractère légitime du motif fondant l'opposition permet d'en contrôler l'exercice et de sanctionner un éventuel abus dans son utilisation.

[3] L'adresse d'une personne étant une composante de la vie privée, le plus souvent contenue dans les fichiers informatiques, l'opposition semble le plus souvent fondée sur la seule véritable raison légitime, à savoir la tranquillité. J.-C. SAINT-PAU, thèse précitée, p. 525.

[4] Voir à ce sujet R. GASSIN, *Rép. pén. Dalloz*, 1987, V. Informatique et libertés, n° 149.

[5] A. LUCAS, J. DEVÈZE, J. FRAYSSINET, ouvrage précité, p. 115, n° 184.

[6] Cf. *supra* § 8.

Il lui appartient tout au plus de s'opposer à celle-ci chaque fois qu'il l'estime de nature à causer un préjudice à ses intérêts et notamment, à sa tranquillité[1].

48.- Le droit d'opposition semble d'ailleurs susceptible de connaître des extensions à propos des droits de la personnalité. Les auteurs se référent fréquemment au champ lexical de l'opposition pour définir les droits de la personnalité ou qualifier l'interdiction faite par une personne à une autre d'exploiter son image[2]. Ainsi, le professeur P. KAYSER définit le droit au respect de la vie privée comme étant « *le pouvoir de s'opposer à la divulgation de sa vie privée et celui de s'opposer à une investigation dans celle-ci* »[3]. Le droit au respect de la vie privée et le droit de l'individu sur son image sont des prérogatives juridiques essentiellement négatives qui font naître au profit de leur titulaire des « *pouvoirs d'opposition* »[4]. La consécration d'un véritable droit d'opposition, participant à la défense des différents droits de la personnalité au nom d'un droit à la tranquillité, serait à terme possible. Il conviendrait alors de dissocier clairement le droit d'opposition à la divulgation d'informations relatives à sa vie privée ou à l'exploitation sans autorisation de son image, des mesures de sanction ou de réparation issues de l'atteinte portée à un droit de la personnalité. La logique de défense, inhérente à l'exercice de l'opposition, permettrait de faire cesser les effets présents et à venir d'une atteinte aux droits de la personnalité.

La défense d'un droit à la tranquillité ressort explicitement de l'opposition au traitement des données à caractère personnel alors qu'elle s'avère plus implicite en matière d'opposition à partage.

---

[1] La frontière, il faut bien le reconnaître, est parfois mince. Il en est notamment ainsi lorsque à l'occasion de la collecte de données à caractère personnel, la personne concernée a la possibilité de manifester expressément, en cochant une case spécifique, son consentement ou son opposition à un traitement automatisé ou à la cession des données fournies volontairement.

[2] « *Toute personne a, sur son image et sur l'utilisation qui en est faite, un droit exclusif qui lui permet de s'opposer à sa divulgation sans son autorisation* ». CA Paris, 31 oct. 2001 : *D.* 2002, somm. p. 2374, obs. L. MARINO. – En ce qui concerne l'image des biens voir Cass. ass. plén., 7 mai 2004 : *D.* 2004, jurisp., p. 1545-1551, note J. M. BRUGUIÈRE et E. DREYER : « *le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal* ».

[3] P. KAYSER, « Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile », *Mélanges R. SAVATIER*, Dalloz 1965, p. 408.

[4] J.-C. SAINT-PAU, thèse précitée, p. 488 ; obs. sous Cass. 1re civ., 16 juill. 1998 : *D.* 1999 jurisp., p. 911. Le droit à la vie privée confèrerait ainsi un pouvoir d'action permettant de choisir son mode de vie et un pouvoir d'opposition à l'encontre d'une investigation ou d'une divulgation de sa vie privée.

2°) Le droit à la paix des familles sous-jacent à l'opposition au partage

49.- Dans l'intérêt de la paix des familles[1], le législateur interdit aux créanciers d'attaquer un partage consommé. Il leur accorde en contrepartie un droit d'opposition ou d'intervention à partage afin de les mettre en mesure d'en surveiller le bon déroulement et de se prémunir contre tout préjudice quant à la composition des lots de leur débiteur, objet de leur droit de gage[2]. La protection des droits des créanciers, en amont et non en aval, des opérations de partage procède de l'intention de préserver la tranquillité des familles, en évitant l'anéantissement d'un acte souvent compliqué.

50.- Le partage peut être l'occasion de nombreuses fraudes relatives à la détermination de l'actif successoral ou encore, à la composition et l'attribution des lots. Dans une telle situation, les créanciers peuvent en principe faire révoquer les actes accomplis par leurs débiteurs au moyen de l'action paulienne. Appliquée au droit des successions, la règle risque de compromettre la stabilité du partage et des transactions qui s'en suivent, en permettant à un créancier d'annuler l'ensemble des opérations du partage. Soumettre le partage à une telle action, aurait conduit à le laisser sous le coup d'une menace continuelle et à mettre l'entente entre les membres d'une même famille à rude épreuve tout en nuisant à la sécurité des tiers[3]. La complexité de telles opérations et le souci de préserver la tranquillité des familles ont incité le législateur à fermer ce recours aux créanciers. L'article 1167 du Code civil leur enjoint, à cet égard, de se conformer aux règles prescrites par le droit des successions. L'exception au principe de l'action paulienne, à laquelle fait allusion l'article 1167 du Code civil, n'est autre que celle contenue à l'article 882 du même Code aux termes duquel « *les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence* ».

51.- Le législateur a ainsi tenté de concilier les intérêts des créanciers avec la nécessité d'assurer la stabilité du partage en leur accordant le droit d'en surveiller les opérations, en compensation de la suppression de leur droit de critique. L'opposition à partage ne connaissait d'ailleurs pas de corollaire en droit romain où les créanciers disposaient essentiellement de l'action paulienne. Elle est, semble t-il, apparue avec

[1] Ch. AUBRY et Ch.-F. RAU, Droit civil français, tome X, par P. ESMEIN, Litec, 1958, p. 250 spéc. note 45.
[2] Lorsque le partage se réalise dans les formes judiciaires, l'acte du créancier opposant prend plus spécialement le nom d'intervention.
[3] A. ALBESSART, thèse précitée, p. 17.

l'évolution des règles relatives à la dévolution successorale et notamment du passage de l'effet translatif à l'effet déclaratif du partage[1]. L'opposition répond à l'idée qu'une mesure préventive est de loin préférable à une mesure répressive, dans un domaine où il convient de préserver la tranquillité des familles, sans pour autant sacrifier les intérêts des créanciers[2]. Le terme d'opposition est quelque peu maladroit pour traduire les effets provoqués par celle-ci. Les créanciers ne manifestent pas leur intention de faire obstacle au partage mais au contraire, celle d'y intervenir et d'exercer à cette occasion leur droit de surveillance. Ils ont effectivement intérêt à ce que le partage se réalise dans les meilleures conditions afin d'être payés sur l'actif dévolu à leur débiteur. Une fois le partage consommé, celui-ci devient irrévocable et les créanciers sont privés de l'action paulienne[3].

Le droit d'opposition contribue ainsi directement à la protection du droit de gage des créanciers et indirectement, au respect d'un droit à la tranquillité des familles en proscrivant toute remise en cause des opérations de partage. Il en est de même lorsqu'il s'attache à la défense d'un droit de l'individu sur le nom ou la marque et affirme le droit de son titulaire à jouir paisiblement de sa prérogative.

B. La jouissance paisible de ses prérogatives, composante du droit à la tranquillité

52..- L'intérêt défendu par l'opposition n'est pas indépendant de tout droit à la tranquillité chaque fois qu'elle concourt à la sauvegarde de la prérogative de son titulaire et lui reconnaît ainsi le droit d'en jouir paisiblement. L'opposition au paiement du prix de vente du fonds de commerce ou à l'acceptation d'une succession bénéficiaire relève de l'idée que le créancier ne doit pas subir, outre mesure, les risques liés à l'activité de son débiteur. L'assertion se confirme avec d'autant plus de vigueur en présence d'un droit sur la marque ou d'un droit au nom dont il convient d'empêcher toute appropriation par autrui. L'opposition préserve alors son titulaire de tout risque de confusion entre son nom ou sa

---

[1] Sa trace se retrouve dans l'Ancien droit, notamment dans les ouvrages de Pothier et de Lebrun qui font référence au droit pour le créancier d'assister ou d'intervenir dans les opérations de partage.

[2] A. ALBESSART, thèse précitée, p. 18. Ce dernier cite DEMOLOMBE pour lequel l'opposition procure à la fois aux créanciers un moyen de combattre la fraude, en même temps qu'elle donne aussi « au *grand intérêt de la paix des familles la satisfaction et la garantie qui lui sont également dues* ». C. DEMOLOMBE, Droit civil, t. XVII, n° 225.

[3] La règle connaît certaines exceptions notamment en cas de fraude au droit d'opposition. Cf. *infra* § 150.

marque et celle d'un tiers, susceptible de troubler la jouissance paisible du nom (1) ou de la marque (2).

1°) Le droit de jouir paisiblement de son nom

53.- Attribut de la personnalité, droit de propriété, ou simple instrument de police, la nature juridique du droit au nom est depuis longtemps l'objet d'une controverse manifestement loin d'être close[1]. La pertinence des arguments avancés par les uns et les autres, comme son rattachement possible à différentes catégories juridiques, ne permettent pas de régler la question avec certitude[2]. L'ascension des droits de la personnalité n'est cependant pas étrangère à son assimilation par une partie de la doctrine à un droit de la personnalité[3] et, plus récemment, à la considération selon laquelle le droit au nom serait un droit de la personnalité autonome[4].

54.- En principe, le changement de nom résulte d'une modification du statut familial et ne saurait dépendre de la volonté des individus. Cependant, par exception au principe de l'immutabilité du nom, le gouvernement permet parfois un changement de nom[5]. Il s'agit ainsi de donner la possibilité à un individu de se défaire d'un nom ridicule, odieux, déshonoré ou d'éviter l'extinction d'un nom illustre, sous réserve du droit de tout intéressé de s'opposer au décret autorisant le changement de nom[6]. Un droit similaire se retrouve à l'encontre du décret autorisant la francisation du nom, c'est-à-dire la traduction en français du nom patronymique étranger ou sa modification afin d'en supprimer la consonance étrangère[7].

---

[1] Sur ces différentes analyses voir J. CARBONNIER, Droit civil, tome 1, Les personnes, 21ème éd., PUF, 2000, n° 36 et n° 43.
[2] Sur les analogies manifestes entre la protection du nom et la défense d'un droit de propriété voir G. GOUBEAUX, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, Les personnes, LGDJ, 1989, n° 157.
[3] E. AGOSTINI, « La protection du nom patronymique et la nature du droit au nom », *D.* 1973, chron., p. 313.
[4] En ce sens G. LOISEAU, Le nom objet d'un contrat, Préf. J. GHESTIN, thèse LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 274, 1997. L'indisponibilité du nom permettrait de garantir son affectation à l'identification sociale de l'individu et de préserver son affectation à un droit à la personnalité, p. 23, n° 17 et svt.
[5] F. THIBAUT, « Le nom patronymique et l'attitude de l'Etat français à l'égard des changements de nom », *RRJ* 1989, I, p. 29.
[6] C. civ, art. 61-1. La loi du 8 janvier du 1993 a simplifié la procédure de changement de nom et fait disparaître l'opposition préalable au changement de nom qui était portée directement devant la Section du Contentieux du Conseil d'Etat.
[7] G. KOUBI, « Nom de consonance étrangère et francisation du nom patronymique », *LPA* du 12 juillet 1993, n° 83, p. 29-33.

55.- Le droit d'opposition à un décret portant changement de nom participe à la défense du nom de son titulaire et à une jouissance paisible de celui-ci. Toute personne a ainsi la possibilité de s'opposer au changement, à condition de justifier « *d'un intérêt particulier, pécuniaire ou moral que lui causerait l'homonymie si elle était autorisée*»[1]. Autrement dit, il faut qu'il y ait un risque réel et dommageable de confusion entre la famille de l'opposant et celle du postulant[2]. De ce point de vue, le droit d'opposition se distingue de l'action en contestation de nom ou en usurpation. Il empêche toute appropriation légale et définitive du nom de l'opposant par autrui, alors que l'usurpation résulte d'une situation de fait où une personne prend le nom d'autrui, sans autorisation, et le porte illégitimement. Il est alors fréquent de voir dans l'action en contestation de nom, autrement dite action en usurpation, le droit du titulaire d'un nom à s'opposer à son utilisation par autrui[3].
Il ne convient pas d'assimiler cette faculté de s'opposer à un véritable droit d'opposition, tel que celui accordé par l'article 61-1 du Code civil au décret portant changement de nom. Dans le premier cas, l'opposition révèle un simple désaccord du titulaire du nom à son utilisation illégitime par autrui qui ne produit aucun effet juridique en dehors de l'action en contestation. Dans le second cas, le droit d'opposition est conçu comme un véritable droit subjectif, de nature contentieuse, introduisant un recours devant le Conseil d'Etat aux fins d'annulation du décret autorisant le changement de nom.

56.- Plus singulièrement, l'opposition a également été utilisée par un ascendant non pour faire obstacle à l'attribution du nouveau nom mais à la perte de l'ancien, au motif que celui-ci faisait revivre le souvenir d'un aïeul illustre[4]. L'opposition assure moins une jouissance paisible du nom qu'une jouissance prolongée et le droit au nom se révèle porteur d'une forte connotation familiale.

---

[1] CE 16 juill. 1880 : *DP* 1881, III, p. 74 ; 13 mars 1953 : *S.* 1953, III, p. 49 concl. DEVOLVÉ ; CE, 10 nov. 1978 : *Gaz. Pal.* 1979, II, somm. p. 548.
[2] CE, 28 janv. 1966 : *Gaz. Pal.* 1967, I, p. 82.
[3] Voir B. TEYSSIÉ, Droit civil, Les personnes, 8ème éd., Litec, 2003, p. 167, n° 162.
[4] L'opposition du père avait été déclarée recevable mais rejetée au fond dans la mesure où le nom de l'aïeul n'était pas assez illustre. CE, 9 déc. 1983 : *D.* 1984, p. 154, note B. GENEVOIS.

L'opposition contribue, de la sorte, à la protection d'un droit de la personnalité de son titulaire et le préserve de tout trouble, issu de la confusion qui pourrait résulter de son appropriation par autrui[1]. Il s'agit de permettre à son titulaire de profiter paisiblement de sa prérogative sur le nom et une logique similaire guide le droit d'opposition à l'enregistrement d'une marque.

2°) Le droit de jouir paisiblement de la marque

57.- La procédure d'opposition à l'enregistrement d'une marque a été introduite par la loi du 4 janvier 1991[2] en vue de rapprocher le droit français des législations étrangères et de se préparer à la transposition de la future législation communautaire[3]. L'enregistrement de la marque confère un véritable droit de propriété à son titulaire, aussi convenait-il de permettre aux titulaires de droits antérieurs d'empêcher l'enregistrement d'une marque portant atteinte à leurs droits. L'administration française procède en effet à un contrôle de validité de la marque qui ne s'étend pas à la vérification de la disponibilité du signe et de l'existence d'une antériorité[4]. Il appartient donc au titulaire de la marque de se prévaloir de l'indisponibilité et de s'opposer à l'enregistrement de toute marque similaire déposée par autrui[5].

58.- L'opposition doit se fonder sur l'existence d'un risque de confusion entre la marque de l'opposant et celle du demandeur à l'enregistrement[6]. Il s'agit effectivement de préserver le titulaire d'un droit antérieur de tout trouble dans la jouissance de sa marque, issu de l'enregistrement d'un signe susceptible de porter à son monopole d'exploitation sur sa marque. Il lui appartient donc de démontrer une identité ou tout du moins, une similitude entre les produits et les services désignés par sa marque et ceux visés dans la demande

---

[1] L'opposition au changement de nom procède de la volonté de protéger un élément de la personnalité et non le nom en tant qu'instrument d'identification sociale, en dépit de son caractère contentieux et administratif. Le Conseil d'Etat tranche, dans ce cadre, le conflit d'intérêts révélé entre le bénéficiaire du changement et le tiers opposant en raison du risque de confusion. Depuis la loi du 8 janvier 1993 limitant la compétence du Conseil d'Etat au recours des tiers *a posteriori*, il ne devrait pas apprécier, lors de l'examen de l'opposition, la légitimité de l'intérêt à changer de nom. Celle-ci s'examine en amont de l'adoption du décret autorisant le changement, afin de préserver la fonction d'identification sociale du nom, et non en aval. Aucune opposition ne devrait donc être reçue sur ce fondement. *Contra* CE, 19 avril 2000 : *RTD civ*. 2000, p. 541, obs. crit. J. HAUSER.

[2] C propr. intell., art. L. 712-4. A. CHAVANNE, « L'opposition dans la procédure du dépôt de marque », *Mélanges en hommage à A. BRETON et F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 41-48.

[3] L'article 8 du règlement n°40/94 du 20 décembre 1993 institue ainsi une procédure d'opposition à l'enregistrement d'une marque communautaire pour tout titulaire de droit antérieur.

[4] L'étendue du droit sur la marque est limitée par le principe de spécialité aux produits et aux services visés dans le dépôt.

[5] A. THRIERR, *J.-Cl. Marques*, 1994, Acquisition du droit sur la marque, Fasc. 7200, n° 97.

[6] CA Paris, 15 déc. 2000 : *D.* 2002 somm., p. 1135, obs. DURRANDE.

d'enregistrement. Il doit également établir l'existence d'une reproduction ou d'une imitation, dans la marque seconde, du signe objet de sa marque antérieure[1].
Aussi, le titulaire d'une marque notoire ne saurait-il former opposition à l'enregistrement d'une marque identique ou similaire à la sienne, désignant des produits ou des services non similaires[2]. L'opposition obéit en effet au principe de spécialité qui délimite l'étendue du droit de propriété sur la marque aux produits et aux services visés dans le dépôt. Elle défend le droit de son titulaire seulement contre l'enregistrement d'une marque désignant des produits identiques ou similaires parce qu'ils sont de nature à l'affecter directement dans son droit de propriété.

L'opposition contribue au respect du droit de toute personne à jouir paisiblement de ses prérogatives et participe ainsi à la protection d'un droit à la tranquillité quand elle ne concourt pas directement à la défense d'un intérêt fondamental.

§ II. Le respect de droits fondamentaux procéduraux

59.- Légitime, l'intérêt protégé par l'opposition l'est assurément lorsqu'elle garantit l'application effective de droits procéduraux fondamentaux, dans des situations où son titulaire n'a pu les faire valoir. L'opposition protége tout aussi bien le respect des droits à la défense (A) que le droit de tout salarié d'être maître de ses actions individuelles (B).

---

[1] A. THRIERR et O. THRIERR, *J.-Cl. Marques*, 2001, Enregistrement de la marque, Fasc. 7210, n° 100. Si les signes ainsi que les produits ou services sont identiques, l'opposant n'aura pas à invoquer un risque de confusion, celui-ci se déduisant de l'identité (C. propr. intell., art. L. 713-2). Par contre, si les signes sont identiques mais que les produits et services sont similaires l'opposant doit invoquer et démontrer l'existence d'un risque de confusion. Il doit en faire de même si les signes sont similaires, peu importe que les produits ou les services soient identiques ou similaires (C. propr. intell., art. L. 713-3). CA Paris, 31 oct. 2001 : *D.* 2003 somm., p. 127, obs. DURRANDE.

[2] Il n'y a pas alors un risque de confusion mais seulement un risque de dilution de la marque, d'abus d'usage ou de renommée de la marque renommée ou notoire. Celui-ci peut d'ailleurs s'en défendre en recourant à l'action en interdiction d'usage afin d'interdire l'usage d'une marque identique ou similaire pour des produits non similaires (C. propr. intell., art. 713-5).

A. Le respect des droits de la défense

60.- L'opposition, lorsqu'elle prend la forme d'une voie de droit ou d'une voie de recours, sert au respect des droits de la défense et garantit l'application du principe du contradictoire[1]. Longtemps confondues, les deux notions ne s'assimilent pas et MOLTUSKY incluait le principe du contradictoire parmi les droits de la défense[2]. Le respect des droits de la défense renvoie à l'exigence d'un procès équitable, exprimée à l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales selon lequel : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial…* »[3]. Le contradictoire se rattache aux droits fondamentaux de l'instance et son respect répond à l'exigence d'un procès équitable[4]. La Cour européenne le considère d'ailleurs comme une pièce maîtresse du droit à un procès équitable[5]. La Cour de cassation associe, de son côté, le visa de l'article 6 §1 à celui de l'article 16 du Nouveau Code de procédure civile, dans son contrôle du respect du contradictoire par le juge[6].

61.- Le respect du contradictoire, s'il s'impose aux parties comme au juge, exprime seulement une nécessité. Même si une partie n'a pas été effectivement entendue dans ses demandes ou ses défenses, l'essentiel est qu'elle ait été mise en mesure de le faire « *ce qui compte est moins la réalité de la contradiction que de la possibilité même de contredire* »[7]. Les termes de l'article 14 du Nouveau Code de procédure civile sont particulièrement révélateurs puisqu'il suffit que chaque partie ait été « *entendue ou appelée* ». Les voies de recours constituent, à ce titre, des moyens de contrôle du respect effectif du principe du contradictoire[8].

---

[1] M.-A. FRISSON-ROCHE, Généralités sur le principe du contradictoire, thèse Paris II, 1988.
[2] H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense », *Mélanges en l'honneur de P. ROUBIER*, t. 2, Dalloz, 1961, p. 175-200. Selon cet auteur, les droits de la défense comprennent, en outre, l'obligation de donner connaissance de l'instance, celle de permettre la comparution et le devoir d'observer un minimum de loyauté.
[3] Selon l'article 16 du Nouveau Code de procédure civile « *le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* ». Cass. 2ème civ., 19 juin 1998 : *JCP G* 1998, IV, 2746.
[4] Le principe du contradictoire constitue pour le Conseil Constitutionnel un principe général du droit en procédure civile dont l'aménagement relève de la loi. Déc n°85-142 L, 13 nov. 1985, rec., p. 116 ; *R.D. publ.* 1986, p. 385 note L. FAVOREU.
[5] CEDH, 24 fév. 1995 : *JCP G* 1995, I, 3895, n° 10 obs. L. CADIET.
[6] G. BOLARD, « Les juges et les droits de la défense », *Etudes offertes à P. BELLET*, Litec, 1991, p. 49.
[7] L. CADIET et E. JEULAND, ouvrage précité, p. 375, n° 664.
[8] G. WIEDERKEHR, « Droits de la défense et procédure civile », *D.* 1978, p. 36.

L'opposition à un jugement rendu par défaut occupe, à cet égard, une place prépondérante dans la mesure où elle vise directement à rétablir l'application du contradictoire. Elle constitue la seule voie de recours offerte au défaillant lorsque l'acte introductif d'instance n'a pu être signifié à personne et qu'un jugement par défaut, non susceptible d'appel, a été rendu contre lui. Voie de rétractation, elle porte à nouveau l'affaire devant la juridiction qui a rendu la décision contre laquelle elle est formée et assure ainsi « *un contrôle différé du contradictoire* »[1].

62.- La situation apparaît quelque peu différente en ce qui concerne l'opposition à une ordonnance portant injonction de payer. Par dérogation aux règles de droit commun, la procédure d'injonction de payer organise, rapidement et à moindre coût, le recouvrement simplifié des créances. Inspirée du droit allemand, l'injonction de payer a été introduite dans notre législation par le décret-loi du 25 août 1937 pour le recouvrement des petites créances commerciales[2]. Elle s'étend depuis aux créances civiles et commerciales d'origine contractuelle ou issues d'une obligation statutaire, ainsi qu'à certains titres cambiaires[3]. Le créancier qui éprouve des difficultés de paiement adresse au juge d'instance ou au président du tribunal de commerce, selon la nature de sa créance, une requête aux fins d'injonction. La procédure a un caractère unilatéral et *« provocatoire »* [4]. Le juge, s'il fait droit à la demande du créancier, rend une ordonnance sur requête enjoignant au débiteur de s'acquitter de sa dette ou de s'opposer s'il a des moyens de défense à faire valoir. La protection des intérêts du débiteur passe exclusivement par le juge saisi de la requête et ce n'est que de manière différée que le respect du contradictoire est assuré, si le débiteur forme opposition.

63.- A cet égard, il convient de préciser que le terme d'opposition à une injonction de payer est apparu avec le décret-loi du 12 mai 1981, se substituant ainsi à ce qu'il convenait d'appeler le *contredit*. Le changement, avant tout terminologique, vise à réserver l'emploi du vocable contredit aux exceptions d'incompétence. Il faut cependant se garder d'assimiler l'opposition à l'ancien contredit. Le législateur fait de celle-ci une voie de recours soumise au droit commun procédural alors que le contredit s'inscrivait dans le prolongement de l'ordonnance d'injonction. Au même titre que l'injonction, il était considéré comme une

---

[1] L. CADIET et E. JEULAND, ouvrage précité, n° 669.
[2] K.- H. BELTZ, « Les différences de la procédure d'injonction de payer en droit allemand et français », *LPA* 6 mars 1992, n° 29, p. 11-12.
[3] NCPC, art. 1405.
[4] G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, 3ème éd., PUF, Coll. Droit privé, 1996, p. 736, n° 190.

procédure particulière objet de dispositions exorbitantes du droit commun[1]. L'opposition introduit, au contraire, l'instance de manière simplifiée et confère à la procédure tous les traits d'une instance ordinaire[2]. Elle constitue une défense capitale pour le débiteur en donnant à la procédure, jusqu'à présent unilatérale, un caractère contradictoire. Le recours à l'opposition s'avère d'ailleurs exclusif de tout autre et le débiteur ne saurait former un pourvoi en cassation contre l'ordonnance portant injonction[3].

L'opposition contribue au respect des droits de la défense et plus particulièrement, du contradictoire dont elle assure une application différée mais effective. L'opposition à l'action de substitution relève d'une logique quelque peu distincte et participe à la défense de la liberté d'agir du salarié.

B. Le respect de la liberté individuelle d'agir

64.- L'action de substitution permet à un syndicat d'agir en justice, aux lieu et place d'un salarié, en dehors de tout mandat émanant de celui-ci. Le syndicat agit en son nom propre mais le salarié reste libre de s'opposer à son initiative, soit pour prendre en main sa propre défense, soit pour mettre un terme à l'instance en ce qui le concerne. Souvent analysée comme dérogeant à la règle selon laquelle « *nul ne plaide par procureur* »[4] , l'action de substitution relève des substitutions procédurales et ne saurait se rattacher d'une quelconque manière à la notion de représentation[5]. Les hypothèses de substitution concernent uniquement

---

[1] Il permettait de rendre le débat contradictoire de manière simplifiée, ce qui avait suscité des controverses relatives à l'admissibilité des demandes incidentes ou encore, au maintien de la compétence du juge d'instance pour connaître du contredit, quel que soit le montant de la créance en cause. J.-J. TAISNE, « La réforme de la procédure d'injonction de payer », *D.* 1981, chron. p. 325 et svt.

[2] Le juge est saisi de l'ensemble du litige. Une plus grande place est faite aux demandes incidentes et le renvoi du litige à la juridiction compétente pour en connaître est expressément prévu. A l'issue de la procédure, le jugement sur opposition se substitue à l'ordonnance d'injonction, même en cas de rejet des prétentions de l'opposant.

[3] Cass. 2ème civ., 13 nov. 1974 : *Gaz. Pal.* 1975, p. 139 ; *RTD civ*. 1975, p. 378 obs. R. PERROT. Un pourvoi en cassation reste irrecevable, même contre l'ordonnance revêtue de la formule exécutoire, si la voie de l'opposition reste recevable. Un recours extraordinaire ne saurait en effet être exercé tant qu'une voie de recours ordinaire est ouverte. Cass. 2ème civ., 18 fév. 1999 : *Procédures* 1999, com. 90 obs. R. PERROT.

[4] J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A JEAMMAUD, Droit du travail, 22ème éd., Dalloz, Coll. Précis Dalloz, 2004, p. 690, n° 576 ; J. FROSSARD, *J.-Cl.* Travail, 1997, Syndicats professionnels, Fasc. 12-20, n° 81.- *Contra* E. JEULAND, note sous Cass. soc., 1er février 2000 : *JCP G* 2000, II, 10451.

[5] Cass. soc., 1er février 2000 : précité. Le professeur E. JEULAND définit dans sa note les substitutions de personnes processuelles comme celles où « *un tiers-substituant possède une action qui lui permet d'exercer l'action du substitué à l'égard d'une troisième personne [qu'il a] suggéré d'appeler l'insubstitué car il s'agit de celui qui n'est pas modifié dans le rapport juridique* ».

les actions individuelles nées de la non-application d'une convention collective[1], ainsi que celles relatives à des catégories de salariés considérées comme particulièrement vulnérables[2]. L'action syndicale a pour finalité de protéger le droit d'agir des salariés et de remédier à leur « *non-processivité* » face à l'employeur[3].

65.- Le droit d'intervention du syndicat porte ainsi directement atteinte à la liberté d'agir du salarié, pourtant considérée comme une liberté et même un droit fondamental, aussi bien en droit interne qu'au niveau communautaire ou international[4]. C'est d'ailleurs la valeur fondamentale attachée au droit d'agir en justice qui a conduit le Conseil constitutionnel à préciser, à ce sujet, qu'une action individuelle ne pouvait être exercée contre la volonté de la personne concernée[5]. Aussi, afin de préserver la liberté du salarié, l'organisation syndicale a l'obligation d'informer le salarié concerné de son intention de saisir la justice et celui-ci dispose du droit de s'opposer à l'action syndicale[6]. L'information délivrée par le syndicat doit contenir toutes les précisions utiles sur la nature et l'objet de l'action exercée, sur la portée de l'acceptation du salarié et le droit qui lui est reconnu d'y mettre un terme à tout moment[7]. Le droit d'opposition participe à la défense d'une liberté fondamentale du salarié, peu importe qu'il décide de poursuivre lui-même l'action ou de mettre un terme à celle-ci. La valeur fondamentale de son droit supplante toute possibilité d'action du syndicat dans les situations où le salarié décide de rester maître de son droit d'agir[8].

---

[1] C. trav., 135-4. Les dispositions de cet article limitent néanmoins le droit de substitution des syndicats aux seules actions individuelles de leurs membres. Une telle restriction se retrouve également en ce qui concerne le salarié à domicile (C. trav., art. 721-19).

[2] Voir les articles du Code du travail L. 721-19 pour le travailleur à domicile, L. 341-6-2 pour le travailleur étranger, L. 124-20 pour le salarié intérimaire, L. 127-6 pour le salarié d'un groupement d'employeur, L. 122-3-16 pour le salarié sous contrat à durée déterminé, L. 321-15 pour le salarié licencié pour motif économique ou ayant adhéré à une convention de conversion, L. 123-6 concernant l'égalité professionnelle entre hommes et femmes, L. 122-45-1 concernant la discrimination et L. 122-53 concernant le harcèlement sexuel ou moral.

[3] A. SUPIOT, Traité de droit du travail sous la direction de G.H. CAMERLYNCK, t. 9, Dalloz, 1987, p. 486, n° 523 ; « La protection du droit d'agir en justice », *Dr. soc.* 1985, p. 774-780.

[4] J. HÉRON, ouvrage précité, n° 81 et s. ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 52 et s.

[5] Déc. 89-257 DC du 25 juill. 1989, *Dr. soc*. 1989, p. 627.

[6] Il n'est nullement fait référence à un éventuel droit d'opposition du salarié victime de harcèlement à l'action de substitution. Le syndicat doit justifier, en de telles circonstances, d'un accord écrit du salarié avant d'agir. Celui-ci conserve la possibilité de mettre un terme à l'action syndicale à tout moment (C. trav, art. L. 122-53).

[7] C. trav., art. R. 321-9 concernant le licenciement économique et R. 122-1 pour les contrats à durée déterminée.

[8] L'absence d'opposition s'analyse comme un consentement implicite du salarié à l'action en substitution. A. SUPIOT, ouvrage précité, p. 489, n° 527 ; J. FROSSARD, article précité, p. 21, n° 89.

66.- Vivement critiquée par une partie de la doctrine au motif qu'elle porterait atteinte à la liberté individuelle du salarié en faisant passer l'initiative du syndicat avant celle de l'intéressé[1], l'action en substitution devrait, selon d'autres auteurs, être généralisée[2]. La protection du droit d'agir du salarié apparaît, de ce point de vue, doublement assurée. Elle l'est, d'une part, par l'initiative des organisations de salariés dont l'action pallie la carence des salariés à agir, sans affecter leur relation personnelle avec l'employeur. Elle l'est d'autre part, par le droit d'opposition dont dispose le salarié afin de rester seul juge de l'opportunité à agir. Dans les situations où l'opposition sert à la défense d'un droit fondamental processuel, son exercice fait primer l'intérêt personnel légitime de son titulaire sur celui d'autrui. L'affectation de l'opposition à la défense d'un intérêt personnel n'exclut pas toute participation de celle-ci à la défense d'un intérêt général ou collectif.

[1] M. COHEN, « Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats », *Dr. soc*. 1990, p. 791.
[2] E. JEULAND, note précitée ; J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A JEAMMAUD, ouvrage précité, p. 692 (au moins dans les entreprises dépourvues de représentation syndicale) ; E. WAGNER, « Le rôle des syndicats et des associations dans la défense des droits et l'accès à la justice des salariés », *Dr. ouvrier* 1990, p. 294.

Section II

La légitimité de l'intérêt général menacé

67.- La légitimité de l'intérêt préservé par l'opposition s'affirme avec d'autant plus de force qu'elle concourt à la défense d'un intérêt plus large que celui de son titulaire, tel un intérêt général[1]. L'appréhension de la notion d'intérêt général fait l'objet de difficultés, même s'il convient de distinguer un intérêt général propre au droit public et un autre propre au droit privé[2]. Aussi, à l'intérêt général envisagé comme l'intérêt des membres de la société dont l'unique représentant serait l'Etat, convient-il d'ajouter celui dont les membres de la société seraient les dépositaires[3]. L'Etat ne détient donc plus l'exclusivité de l'intérêt général et « *la société civile, principalement à travers un ensemble d'intérêts collectifs, contribue à faire de l'intérêt général le résultat d'un équilibre, le fruit d'un arbitrage* »[4]. En tant qu'émanation de la société civile, l'intérêt général procède et intègre d'une certaine façon les intérêts collectifs. Intérêt général et intérêt collectif s'enchevêtrent parfois en raison de leurs possibles interactions[5]. L'intérêt général s'avère cependant plus vaste que l'intérêt collectif en ce qu'il est immanent aux membres de la société civile. Au contraire, l'intérêt collectif apparaît propre aux membres d'un même groupement, outre qu'il est admis qu'il ne se réduit pas à une somme d'intérêts individuels[6]. Il peut être défini comme « *l'intérêt d'un groupe de personnes représentées par une personne privée* »[7] et contribue, à ce titre, à la définition d'un intérêt général.

---

[1] L'intérêt général se définit ainsi comme « *ce qui est pour le bien public, à l'avantage de tous* ». G. CORNU, ouvrage précité, V. Intérêt général.
[2] M. MEKKI, « L'intérêt général et le contrat », Préf. J. GHESTIN, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 411, 2004, n° 27. Pour une définition complète de l'intérêt général voir p. 67.
[3] M. MEKKI, ouvrage précité, n° 29.
[4] *Ibidem.*
[5] M. MEKKI, ouvrage précité, n° 42.
[6] Ch. Réunies, 5 avr. 1913 : *DP* 1914, p. 9 note L. S.
[7] L. BORÉ, La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions judiciaires et administratives », Préf. G. VINEY, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 278, 1997, n° 14, p. 16.

68.- La participation de l'opposition à la protection d'un intérêt général ou à celle d'intérêts collectifs le composant, oblige à reconnaître, si ce n'est à démontrer, qu'elle cherche moins à satisfaire l'intérêt de son titulaire que celui de la société ou d'un groupe d'individus.
La question se pose avec une acuité particulière à l'égard des organisations de salariés. Si l'opposition syndicale sert assurément à la sauvegarde des intérêts des majoritaires, elle contribue à travers eux à la protection de l'intérêt collectif des salariés. De même, l'intérêt défendu par l'opposition dépasse celui de son titulaire et se rattache à la notion d'intérêt général dans les hypothèses où elle prévient la réalisation d'une situation manifestement illicite.

Le bien-fondé de l'intérêt défendu par l'opposition ressort avec évidence lorsqu'elle contribue à la protection de l'intérêt général, qu'il s'identifie à l'intérêt collectif des salariés (paragraphe I), ou à celui des membres de la société dans les hypothèses où l'opposition prévient la réalisation d'une situation illicite (paragraphe II).

§ I. La légitimité de l'intérêt collectif protégé par le droit d'opposition des syndicats majoritaires

69.- La représentation de la collectivité des salariés par les organisations syndicales confère à l'intérêt protégé par le droit d'opposition un caractère collectif. Certes, il ne saurait être soutenu, sans une certaine naïveté, qu'il participe exclusivement à la défense de l'intérêt de la collectivité des salariés. Prérogative exercée par les syndicats majoritaires, le droit d'opposition leur permet de décider de la validité d'un accord minoritaire. Celui-ci satisfait ainsi leur intérêt personnel à être les signataires privilégiés des accords collectifs. L'assertion s'affirme avec d'autant plus de vigueur que la condition de majorité, quelle que soit son mode d'expression, constitue désormais un élément de validité de l'accord.

70.- La mise en œuvre de l'opposition suggère cependant que les minoritaires n'ont pas correctement représenté l'intérêt collectif et n'est donc pas indépendante de toute protection d'un tel intérêt. Les liens de l'opposition avec le droit à la négociation collective et la notion de représentativité confortent une telle idée. Le droit de négocier exprime un intérêt collectif que l'opposition tente d'appréhender le plus justement possible. Celle-ci s'analyse

comme une prérogative qui permet aux syndicats majoritaires de décider de l'intérêt collectif en considération de leur légitimité à le représenter (A) et elle constitue, à ce titre, une prérogative exercée par les majoritaires en fonction de leur conception de l'intérêt collectif (B).

A. L'opposition, pouvoir de décider de l'intérêt collectif

71.- Le droit de la négociation collective apparaît entièrement orienté vers la satisfaction d'un intérêt collectif auquel veille l'opposition en assurant l'adéquation de son expression à la collectivité représentée. Le droit d'opposition reconnaît ainsi aux majoritaires le droit de décider au final de l'intérêt collectif en faisant obstacle, le cas échéant, à la validité l'accord.

72.- Si l'intérêt collectif ne se confond pas avec l'intérêt général, ou la somme des intérêts individuels des membres d'un groupe, il doit encore être distingué de l'intérêt subjectif du groupement chargé de le représenter[1]. Un syndicat peut d'ailleurs agir en justice pour défendre ses intérêts propres et ce indépendamment de toute protection d'un intérêt général. A ce titre, un syndicat non représentatif est autorisé à défendre ses propres intérêts en justice, mais non à s'opposer[2]. La collectivité dont l'intérêt est en cause ne s'identifie donc pas à l'organisation syndicale. L'intérêt collectif correspond, en réalité, à l'intérêt type des personnes appartenant à un même groupe en raison de leur situation ou de leur qualité commune[3]. Il traduit l'existence d'un lien de solidarité entre les personnes du groupement et ne ramène pas à la seule expression d'intérêts semblables.

73.- A cet égard, Madame Marie-Laure Morin a mis en exergue le caractère collectif de l'intérêt qui fonde le droit à la négociation collective ainsi que celui qu'exprime le pouvoir de négocier[4]. Selon l'auteur, le droit à la négociation collective ne s'analyse pas comme un droit syndical, exercé dans l'intérêt des organisations de salariés dans la mesure où le bénéfice de l'accord ne revient pas aux seuls syndiqués.

---

[1] M.-L. MORIN, « Des titulaires du droit à la négociation collective », *Dr. soc*. 1998, p. 27.
[2] Sur l'indifférence de la représentativité pour défendre ses propres intérêts cf. Cass. soc., 18 mai 1982 : *Bull. civ. V*, n° 326.
[3] L'intérêt collectif ressort de la situation commune des salariés qui procède tant du lien de subordination que de leur appartenance à une même collectivité de travail. M.-L. MORIN, « Le droit des salariés à la négociation collective principe général du droit », Préf. M. DESPAX, LGDJ, Bibl. dr. soc., t. 27, 1994, p. 266, n° 295.
[4] M.-L. MORIN, ouvrage précité, p. 266 et p. 337.

Le droit à la négociation appartient, au contraire, aux salariés, même s'il revient aux syndicats représentatifs de l'exercer à titre personnel parce qu'ils disposent du pouvoir de représenter les intérêts collectifs des salariés. La représentativité permet de sélectionner, parmi les syndicats, ceux qui sont les plus aptes à remplir « *la fonction de porte-parole des intérêts* »[1]. Le droit de négocier collectivement constitue, de ce point de vue, un pouvoir confié à un syndicat représentatif « *dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien* »[2]. Il confère la possibilité au syndicat d'exprimer et de définir l'intérêt collectif mais aussi de décider en fonction de cet intérêt[3].

74.- La défense de l'intérêt collectif par l'opposition ressort tant du contrôle de la signature syndicale réalisé sur les accords dérogatoires ou les avenants de régression, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, que de son évolution actuelle où l'absence d'opposition constitue une condition de validité de l'accord. En autorisant les syndicats majoritaires à faire obstacle à l'entrée en vigueur d'un accord minoritaire, le droit d'opposition se présente comme un instrument de contrôle de l'exercice du pouvoir de négocier. Il s'agit de s'assurer que ce pouvoir a été utilisé conformément à l'intérêt collectif des salariés concernés par le champ d'application de l'accord. La mise en œuvre de l'opposition révèle ainsi une divergence d'appréciation de l'intérêt des salariés entre les diverses organisations syndicales. La représentativité majoritaire, issue de son exercice, démontre que les signataires de l'accord n'étaient peut être pas les mieux placés pour apprécier l'intérêt collectif visé par les dispositions conventionnelles[4]. La technique de l'opposition opère une sorte de mise en balance des intérêts et cherche à saisir au plus près l'intérêt collectif des salariés[5]. La majorité d'opposition reposant sur les résultats obtenus lors des élections professionnelles au sein de l'entreprise, le droit d'opposition participe à ce niveau à la défense de l'intérêt de la collectivité du personnel. La représentation syndicale se rapproche alors d'une représentation de personnes[6]. Au niveau de la branche, la majorité est

[1] M.-L. MORIN, article précité, p. 30, n° 13.
[2] Monsieur GAILLARD distingue ainsi le pouvoir du droit subjectif. Ce dernier étant à l'inverse du pouvoir une prérogative juridique reconnue à son bénéficiaire dans un intérêt propre. E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, Préf. G. CORNU, Economica 1985, p. 21.
[3] M.-L. MORIN, ouvrage précité, p. 337 et 344.
[4] M.-L. MORIN, ouvrage précité, p. 379 ; F. PETIT, La notion de représentation dans les relations collectives du travail, Préf. P. RODIÈRE, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 291, 2000, p. 25.
[5] F. PETIT, précité.
[6] G. BORENFREUND, « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1998, p. 476.

dite organique et permet de prendre en compte des solidarités plus larges et un intérêt collectif plus vaste que celui des seuls membres composant la collectivité représentée[1].

75.- La consécration par la loi du 4 mai 2004 de la condition de majorité, fut-elle exprimée sous la forme d'une majorité d'engagement ou de l'absence d'opposition, comme condition de validité de l'accord éloigne le droit d'opposition de sa fonction de contrôle du pouvoir de négocier. Dans un tel système, la représentativité syndicale ne constitue plus une condition suffisante pour signer une convention ou un accord collectif, encore faut-il être majoritaire. Le pouvoir de négocier appartient indistinctement à tous les syndicats représentatifs qui doivent être invités par l'employeur à la table des négociations. En revanche, le pouvoir de conclure se concentre, par le jeu de l'opposition, entre les mains des syndicats majoritaires, censés être les porte-parole légitimes de la collectivité des salariés. Certes, l'opposition sous-entend toujours que les signataires minoritaires n'étaient pas les mieux placés pour apprécier l'intérêt collectif mais surtout, elle met en évidence que seuls les majoritaires sont qualifiés pour décider *in fine* de cet intérêt. Le droit d'opposition constitue, à ce titre, un complément du droit des salariés à la négociation collective. A l'image du droit de négocier, il s'analyse comme un pouvoir concédé aux syndicats majoritaires dans un intérêt au moins partiellement distinct du leur[2]. Il améliore l'expression de l'intérêt collectif en permettant aux syndicats majoritaires d'apprécier la validité de l'accord, en fonction de leur conception de l'intérêt collectif.

B. L'opposition, pouvoir exercé en fonction de l'intérêt collectif

76.- Le droit d'opposition apparaît, en quelque sorte, imprégné d'une dimension collective et se présente comme l'envers du droit à la négociation collective. Il s'identifie à un pouvoir exercé par les majoritaires, en fonction de l'intérêt collectif. La remarque appelle, à cet égard, quelques précisions. D'une part, la participation de l'opposition à la défense d'un intérêt collectif n'interdit pas aux majoritaires de satisfaire, par la même occasion, un intérêt personnel. La définition même de la notion de pouvoir l'induit, en soulignant que son titulaire intervient dans « *un intérêt partiellement distinct du sien* »[3]. Un rapprochement peut être

---

[1] Le terme de majorité ou de représentation organique renvoie à la représentation faite par une personne morale, en l'occurrence les syndicats majoritaires, d'un groupement plus vaste qui n'est pas lui-même une personne morale, c'est-à-dire les salariés.
[2] E. GAILLARD, précité.
[3] *Ibidem*.

effectué avec la gestion d'affaires où le gérant a la possibilité d'agir dans son propre intérêt dès que la gestion de l'affaire n'a pas pour objet de satisfaire son intérêt exclusif[1]. D'autre part, certes avant la loi du 4 mai 2004, le droit d'opposition a été assimilé à un contrôle d'opportunité des majoritaires sur l'exercice du pouvoir de négocier par rapport aux intérêts représentés[2]. Le pouvoir reconnu aux majoritaires de décider du sort de l'accord conventionnel dépend de leur conception de l'intérêt collectif et n'est pas *a priori* susceptible de contrôle. Leur qualité majoritaire les positionne comme les représentants légitimes de la collectivité des salariés et le seul contrôle auquel ils sont soumis, au moins au niveau de l'entreprise, est celui réalisé par les salariés à l'occasion des élections des représentants du personnel.

77.- Il importe peu, à ce sujet, de rattacher les prérogatives syndicales, relatives à la négociation et à la conclusion des accords conventionnels, à un pouvoir exercé dans l'intérêt des salariés ou à une représentation légale d'un type particulier[3], voire à une représentation hybride se situant à mi-chemin entre une représentation objective et fiduciaire. Il a été fait remarquer, en ce sens, que la représentation des salariés par les syndicats devrait relever d'une représentation dite objective puisqu'elle ne dépend pas de la volonté des salariés, mais des circonstances de fait[4]. La représentation d'un ou de plusieurs individus par une autre personne, en dehors de toute manifestation de volonté des représentés, implique de réduire la part de subjectivité du représentant à son minimum[5]. Elle se conçoit seulement dans des situations dites fermées où il apparaît possible de prévoir la décision qui doit être normalement prise : une seule bonne conduite s'impose au regard des circonstances objectivement considérées. Or, les décisions prises par les syndicats lors de la conclusion des accords conventionnels relèvent d'une appréciation subjective du représentant et il en est *a fortiori* de même pour l'opposition. Depuis que la négociation collective ne se traduit plus nécessairement par une amélioration des droits des salariés, il n'est pas possible de déterminer *a priori* qu'elle est la décision optimale, en dépit du choix réduit des syndicats entre signer l'accord, s'abstenir et s'opposer à celui-ci.

---

[1] Cass. com., 16 nov. 1976 : *Bull. civ*. IV, n° 357.
[2] M.-L. MORIN, ouvrage précité, p. 375.
[3] F. PETIT, ouvrage précité, p. 337.
[4] Ph. DIDIER, De la représentation en droit privé, Préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 339, 2000, p. 253 et s.
[5] La place de la volonté importe peu dans la représentation objective où la représentation peut se faire sans que les intervenants en aient conscience, voire sans que la personne représentée le sache.

L'existence d'une situation ouverte oblige à faire confiance au représentant. Elle devrait se traduire par l'existence « *d'un contrôle fiduciaire* », propre à ce type de représentation, afin de vérifier de la conformité de la décision aux intérêts des représentés. Pourtant, les organisations représentatives de salariés échappent à un tel contrôle[1].

78.- En réalité, le contrôle des salariés sur l'expression faite de leur intérêt se réalise par le vote dont ils accréditent les majoritaires, aux fins désormais, soit d'une signature syndicale majoritaire[2], soit de l'exercice de l'opposition[3]. Il n'est pas tout à fait exact d'affirmer que la représentation effectuée par les organisations syndicales représentatives repose sur une représentation hybride où il existe un risque que le représentant, habilité en dehors de toute volonté des salariés, ne prenne pas la meilleure décision pour les représentés[4]. Le droit d'opposition, que ce soit avant ou après la réforme de la négociation collective réalisée le 4 mai 2004, est toujours présumé être exercé dans l'intérêt de la collectivité représentée. Les majoritaires renonceront, d'ailleurs, à s'en prévaloir si l'accord recueille l'assentiment des salariés[5]. Le contrôle d'une utilisation de l'opposition, conformément à l'intérêt collectif, se réalise en amont de son exercice par l'habilitation que confère aux syndicats le vote majoritaire des salariés et par la sanction ultérieure qu'elle peut constituer. L'opposition prenant appui sur une représentativité élective, au moins dans l'entreprise, la qualité majoritaire des syndicats opposants témoigne de leur légitimité réelle au sein l'unité de négociation. Elle en fait les porte-parole légitimes de l'intérêt collectif, lors de l'exercice de l'opposition. Le risque d'une utilisation du droit d'opposition par les majoritaires à d'autres fins que l'intérêt collectif apparaît moindre, si ce n'est indifférent. La qualité majoritaire du ou des syndicats opposants laisse, en effet, présumer qu'ils agissent toujours

---

[1] Le contrôle de la représentation fiduciaire se réalise par un examen de la légalité mais aussi de l'opportunité de la décision. Ph. DIDIER, ouvrage précité, p. 171 et s.

[2] Les partenaires sociaux peuvent soumettre la validité des accords collectifs d'entreprise à leur signature par des syndicats ayant recueilli plus de la moitié des voix aux dernières élections professionnelles. Une même règle peut être adoptée au niveau de la branche, par un accord de méthode, que la majorité se calcule en fonction de ces mêmes élections ou par référence à des élections spécifiques à ce niveau (C. trav., art. L. 132-2-2). Le vote des salariés influe donc sur la qualité majoritaire des syndicats et permet de contrôler par son renouvellement, ou non, la représentation de l'intérêt collectif effectuée par le syndicat, en conférant ou en retirant le pouvoir de conclure à certaines organisations plutôt qu'à d'autres.

[3] La décision de s'opposer ou non à l'accord collectif relève d'une situation ouverte propre à la représentation fiduciaire où il convient de s'en remettre au représentant et de lui faire confiance, aussi s'accompagne-t-elle d'un contrôle du représenté sur les actes accomplis par le représentant. Ph. DIDIER, ouvrage précité, n° 220.

[4] Ph. DIDIER, ouvrage précité, n° 509. Une telle critique faite antérieurement à la loi du 4 mai 2004 ne s'applique plus chaque fois qu'un accord de méthode a consacré le principe d'une majorité d'engagement dans la branche et qu'un accord de branche a également retenu une telle règle de conclusion des accords conventionnels dans le cadre de l'entreprise.

[5] Autrement dit, même si l'on considère que le droit d'opposition tend à satisfaire l'intérêt des syndicats majoritaires, il les oblige néanmoins à agir conformément à l'intérêt collectif exprimé par les salariés.

en adéquation avec l'intérêt collectif. Peu importe que dans les faits, ils agissent de manière plus ou moins optimale : aucun autre organe n'est mieux à même d'apprécier et d'exprimer l'intérêt collectif. Ainsi, en dépit de la subjectivité de la décision à prendre par les majoritaires lors de l'exercice de l'opposition, celle-ci ne peut faire l'objet d'aucun autre contrôle que celui issu du désaveu des salariés, envers les syndicats opposants, lors des prochaines élections professionnelles[1]. La désapprobation des salariés peut aussi se mesurer par référence à la baisse des cotisations syndicales et éventuellement par la perte de la qualité d'organisation représentative pour les syndicats non affiliés à une confédération reconnue représentative au niveau national interprofessionnel.

79.- De surcroît, le risque d'une utilisation de l'opposition à des fins purement personnelles apparaît réduit. En effet, aucune obligation de renégocier l'accord ne suit son anéantissement par le droit d'opposition, outre que l'accord profite essentiellement aux salariés. Autrement dit, si les syndicats majoritaires ont la possibilité d'utiliser le droit d'opposition à des fins personnelles, celles-ci rencontrent ou se confondent nécessairement avec l'intérêt de la collectivité des salariés. Il n'est pas nécessaire de vérifier que le droit d'opposition répond à l'intérêt collectif puisque ce même intérêt postule que les salariés se soumettent aux décisions de ceux qu'ils ont habilités à le définir. C'est seulement lorsque l'intérêt collectif se détache des membres de la collectivité qu'il est à craindre que le syndicat n'en fasse pas une représentation optimale. Il en est ainsi lorsque les organisations de salariés expriment, au niveau de la branche ou de l'interprofession, des intérêts plus vastes que ceux des membres d'une collectivité donnée, sans aucun contrôle possible des représentés. Il faut reconnaître que l'intérêt collectif prend alors ses distances par rapport aux membres de la collectivité représentée, surtout depuis le droit d'opposition se fonde uniquement sur le caractère minoritaire de l'accord et non plus obligatoirement sur l'atteinte portée par celui au principe de faveur.

[1] Sur le contrôle d'un éventuel abus du droit d'opposition voir *infra* § 468 et s.

80.- Les manifestations du droit d'opposition confortent, enfin, l'idée qu'il est un droit collectif des salariés plus qu'un droit propre aux majoritaires. Le droit d'opposition se suffirait effectivement de la notification d'oppositions syndicales individuelles, s'il s'analysait comme un droit propre aux organisations de salariés[1]. A cet égard, les dispositions de l'article L. 132-2-2 du Code du travail invitent à retenir une conception inverse. Ces dernières font référence, par l'utilisation d'un singulier assez révélateur, « *à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales…* » et précisent que « *l'opposition est exprimée par écrit et motivée. Elle précise les points de désaccord* ». La coalition syndicale nécessaire à l'exercice de l'opposition apparaît pouvoir être plurielle. En revanche, elle doit se manifester sous la forme d'un acte unique d'opposition contenant une motivation en principe commune aux syndicats majoritaires. De la sorte, le droit d'opposition constitue une prérogative confiée aux syndicats, moins dans leur propre intérêt qu'en fonction de leur conception de l'intérêt de collectivité des salariés. Le droit d'opposition procède à des arbitrages fonctions de l'intérêt collectif et parfois de l'intérêt général lorsque les intérêts des membres de la société sont en cause.

§ II. La légitimité de l'intérêt général protégé par le droit d'opposition en présence d'une situation illicite

81.- L'intérêt général est souvent présenté comme le critère de l'ordre public. Il faut reconnaître qu'il entretient des liens très forts avec ce dernier, sans qu'ils se confondent totalement ou plutôt, convient-il de préciser que l'intérêt général promu par l'ordre public n'ignore pas les intérêts privés[2]. Dans les situations où l'opposition déjoue la réalisation d'un acte manifestement illicite, elle participe directement à la satisfaction d'un intérêt général, dépassant l'intérêt personnel de son titulaire. L'opposition défend alors un intérêt supérieur aux intérêts privés et immédiats en jeu, peu importe qu'elle le fasse de manière plus ou moins explicite. Il en est ainsi dans les circonstances où elle concourt au respect des conditions

---

[1] Y. CHALARON, « Les syndicats non signataires d'un accord d'entreprise », *Mélanges dédiés au président M. DESPAX*, PUSS Toulouse, 2002, p. 486. L'auteur semble analyser l'opposition comme un droit propre aux syndicats. Il s'appuie, à cet effet, sur la jurisprudence de la Cour de cassation concernant le calcul de la majorité d'opposition. Celle-ci se détermine par référence aux résultats obtenus par les titulaires au premier tour des élections, lorsque le quorum a été atteint lors de ce tour. La Cour de cassation évite ainsi aux syndicats de subir les conséquences de l'abstentionnisme aux élections des suppléants et la concurrence des non syndiqués, si un second tour a lieu. Cass. soc., 18 nov. 1998 : *Dr. soc*. 1999, p. 104, obs. J. BARTHÉLÉMY ; *RJS* 1999, p. 3, chron. C. BARBEROT ; *JCP G* 1999, II, 10185, note L. BOUTITIE.

[2] J. HAUSER et J-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz*, 2004, V. Ordre public et bonnes mœurs, n° 1.

nécessaires à la validité du mariage (A) ainsi que dans celles où elle veille à la sécurité et la fiabilité des moyens de paiement (B).

A. La légitimité de l'intérêt général protégé par l'opposition à mariage

82.- Le droit d'opposition à mariage poursuit directement le respect d'un ordre public matrimonial, en empêchant la célébration d'unions auxquelles font défaut une condition de validité exigée par la loi. Ce faisant, la technique de l'opposition défend un intérêt que l'on aurait pu qualifier de « *social* » plutôt que de général, en raison de l'intérêt des membres de la société au respect du modèle marital imposé par l'Etat[1]. Une telle référence offre une plus grande souplesse conceptuelle et évite d'avoir à situer l'intérêt général par rapport aux intérêts privés[2]. Le vocable social renvoie, de surcroît, explicitement à l'intérêt de l'ensemble des individus composant la société. La remarque manque, néanmoins, de force à l'heure où le mariage se voit concurrencé par des modèles intermédiaires, issus d'unions libres ou encore de la conclusion de pactes civils de solidarité[3]. La récente célébration d'un mariage homosexuel, sous réserve que l'on puisse ainsi qualifier une union inexistante pour certains[4], révèle une divergence d'appréciation profonde au sein de la société à ce sujet. Le terme d'intérêt général semble donc plus approprié pour appréhender l'intérêt protégé par le droit d'opposition. Il traduit mieux l'existence d'un intérêt supérieur à ceux des membres ou groupes de la société civile et représenté, en l'occurrence, par l'Etat. L'intérêt général défendu par l'opposition relève en ce sens d'un ordre public directif, centré autour du respect de conditions fondamentales telles que le consentement des futurs époux, l'absence d'une union précédente non dissoute ou encore celle d'un lien de parenté trop proche[5].

83.- Dès ses origines, la technique de l'opposition a été instituée pour empêcher la célébration d'unions irrégulières. Elle était utilisée en droit canon pour dénoncer les nombreux empêchements à mariage et imposer ainsi le respect d'un certain ordre moral ou religieux. Ses utilisations malveillantes ont incité les rédacteurs du Code civil à en adopter une conception plus restrictive, en limitant ses titulaires et en les obligeant à motiver leur acte d'opposition. Il s'agissait de s'assurer que l'opposition servait un intérêt général et non

---

[1] J. CARBONNIER, Droit civil, Introduction, 26ème éd., 2001, PUF, Coll. Thémis Droit privé, n° 126.
[2] J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, article précité, n° 1.
[3] C. civ., art. 515-1 et 515-18.
[4] J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, article précité, n° 132.
[5] J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, précité, n° 131.

l'intérêt personnel des opposants, en faisant obstacle à la célébration d'unions projetées au mépris des conditions légales. Seuls les ascendants bénéficiaient d'un régime de faveur dans l'esprit des rédacteurs du Code civil. Ils avaient ainsi la possibilité d'affirmer leur autorité, jusqu'à ce que la loi du 8 avril 1927 les oblige à fonder leur acte sur l'existence d'un empêchement légal[1]. Curieusement, alors que le droit d'opposition a vocation à garantir le respect de dispositions d'ordre public, il reste l'attribut exclusif des membres de la famille. La jurisprudence a néanmoins très tôt reconnu un droit d'opposition au Ministère public en se fondant d'ailleurs sur sa participation à la défense de l'ordre public, avant que la loi du 24 août 1993 ne lui reconnaisse expressément le droit de s'opposer au mariage pour tous les cas où il pourrait en demander la nullité[2].

84.- La consécration légale du droit d'opposition du Ministère public a été reliée « *au renforcement de la défense de l'ordre public matrimonial* », afin de lutter contre les mariages de complaisance[3]. La prérogative accordée à certains membres de la famille et au procureur de la République tend, effectivement, moins à protéger les intérêts des futurs époux qu'à préserver un intérêt général transcendant celui de la collectivité. Il s'agit ainsi de sauvegarder les valeurs attachées par l'Etat au mariage et au statut familial qui en découle. L'intérêt général défendu par l'opposition se rapproche également de la défense d'un ordre public de direction lorsque celle-ci satisfait un intérêt général économique.

B. La légitimité de l'intérêt économique protégé par l'opposition relative aux instruments de paiement

85.- L'opposition au paiement de la lettre de change, du chèque ou par carte bancaire répond, certes à la protection de l'intérêt personnel de leurs utilisateurs, mais aussi à la protection d'un intérêt général économique. Elle constitue une technique indispensable à la confiance des utilisateurs dans ces instruments de paiement et de crédit et contribue, de ce fait, à leur utilisation ou à leur circulation. La nécessité de faciliter la circulation des instruments de paiement est à l'origine d'une législation assez stricte en la matière et entièrement orientée vers la satisfaction d'un tel objectif. De nombreuses règles visent à

---

[1] F. TERRÉ et D. FENOUILLET, Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités, 7ème éd., Dalloz, Coll. Précis, 2005, n° 389.
[2] C. civ., art. 175-1. Cf. *infra* § 228.
[3] P. MURAT, « Le renforcement légal et jurisprudentiel de l'ordre public matrimonial », *in* Chronique droit de la famille, *JCP G* 1994, I, 3729, n° 4.

garantir le paiement qu'il s'agisse du principe de l'inopposabilité des exceptions[1], de celui selon lequel le chèque est un titre payable sur première présentation ou encore, du caractère irrévocable du paiement effectué par carte bancaire[2].

86.- Les garanties attachées au paiement ne sauraient cependant s'imposer de manière absolue. Les utilisateurs sont en droit d'attendre une certaine sécurité des instruments paiement, à défaut de laquelle leur utilisation serait compromise. Aussi, ne sauraient-ils être tenus au paiement en toutes circonstances. L'opposition leur permet de faire obstacle au paiement, notamment à la suite de la dépossession involontaire de la lettre de change, du chèque ou de la carte bancaire[3]. La nécessité de renforcer la sécurité des cartes bancaires et de restaurer la confiance quelque peu disparue dans ce moyen de paiement, n'est pas étrangère à l'instauration d'un nouveau cas d'opposition par la loi sur la sécurité quotidienne du 15 novembre 2001, en cas d'utilisation frauduleuse de la carte ou des données liées à son utilisation[4]. Le droit d'opposition protège certes les intérêts immédiats de son titulaire, en empêchant tout paiement réalisé avec un titre dont il n'est plus le détenteur. Celui-ci répond également à la satisfaction d'un intérêt général, voire économique, dans la mesure où la confiance marquée en faveur d'un instrument de paiement conditionne son utilisation. Or, l'Etat a tout intérêt à faciliter la circulation du chèque et à veiller à la sécurité des moyens de paiement par carte s'il ne veut pas entraver à terme le développement du commerce électronique[5]. Il ne serait pas impossible de rattacher l'opposition à la défense « *d'un ordre public économique* »[6]. Celui-ci prendrait en compte la protection des intérêts des utilisateurs des instruments de paiements assimilés à de simples consommateurs. Le législateur a, à ce titre, porté atteinte à la liberté contractuelle des émetteurs de carte de paiement afin d'en protéger les titulaires, lors de l'adoption de la loi sur la sécurité quotidienne.

---

[1] C. com., art. L. 511-12 (lettre de change) ; C. mon. et financier, art. L. 131-25 (chèque).

[2] C. mon. et financier, art. L. 132-2. La règle de l'irrévocabilité du paiement renvoie à celle de l'inopposabilité des exceptions. Le caractère irrévocable du paiement permet à la banque de rester étrangère aux litiges pouvant survenir entre le titulaire de la carte et le commerçant. M. JEANTIN et P. LE CANNU, Droit commercial, Instrument de paiement et de crédit, entreprises en difficultés, 6ème éd., Dalloz, Coll. Précis, 2003, p. 138.

[3] Le porteur dépossédé de la lettre de change fait, plus exactement, obstacle à ce que le tiré se libère du paiement entre les mains du présentateur. L'opposition va lui permettre de revendiquer le titre contre le porteur actuel ou d'obtenir le paiement si le titre est définitivement égaré.

[4] C. mon. et financier, art. L. 132-2.

[5] Une plus grande circulation du chèque diminue celle des billets de banque et facilite les contrôles fiscaux, aussi n'est-elle pas étrangère à l'obligation faite au banquier de payer tout chèque d'un montant inférieur ou égal à 15 euros ainsi qu'à celle de régler certaines opérations uniquement par chèque. V. M. JEANTIN et P. LE CANNU, ouvrage précité, p. 38 et s.

[6] L'expression d'ordre public économique est en principe attribuée au Doyen G. RIPERT.- R. SAVATIER, « L'ordre public économique », *D.* 1963, chron. p. 37-44.

Ainsi, outre l'institution d'un nouveau cas d'opposition, le montant des risques subis par le porteur avant son opposition a été allégé et ramené à un plafond maximum de 150 euros[1]. Le rattachement de l'opposition à un ordre public économique prendrait, également, en compte les intérêts nécessaires au bon fonctionnement de l'économie générale. Celle-ci ne saurait se passer du développement des moyens de paiement électronique et de la circulation du chèque, lesquels se trouvent en partie garantis par la protection conférée par l'opposition à ses utilisateurs.

[1] Le législateur s'est ainsi conformé à la recommandation de la Commission relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique et visant à limiter la responsabilité des titulaires de cartes. Recom. CE 97/489/CE du 30 juillet 1997 : *JOCE* L 208 2 août 1997.

Conclusion du Chapitre I

87.- L'intérêt légitime défendu par l'opposition dépasse le plus souvent la protection de la seule prérogative individuelle de son titulaire. Il s'inscrit dans une dynamique beaucoup plus vaste déterminée en fonction de politiques juridiques ou économiques. Sa légitimité résulte de sa reconnaissance par le Droit et relève de l'évidence lorsque l'opposition veille au respect de droits procéduraux fondamentaux ou encore à celui d'un intérêt collectif ou général.

88.- La distinction faite entre le caractère personnel ou général de l'intérêt protégé ne saurait pourtant être absolue. Les frontières entre l'intérêt général et personnel protégé sont en réalité ténues. La protection du premier n'exclut pas celle du second et inversement. Tous les membres de la société ont, en effet, un intérêt égal au respect de leur vie personnelle et la défense d'un intérêt général ou collectif n'empêche pas son auteur de satisfaire, par la même occasion, un intérêt personnel. La protection de l'intérêt légitime réalisé par l'opposition ne se justifie, à cet égard, qu'en raison de la menace pesant sur celui-ci.

CHAPITRE II

LA MENACE PESANT SUR L'INTÉRÊT PROTÉGÉ

89.- Il apparaît, au premier abord, difficile de qualifier de manière générale et abstraite la menace à laquelle fait obstacle le droit d'opposition. Ce dernier fait suite à un ensemble d'événements très divers dont la particularité commune réside dans le fait qu'ils sont tous préalablement déterminés par la loi. L'opposition répond, de ce point de vue, à une menace qualifiée qui trouve sa source dans l'activité juridique d'autrui. La protection des intérêts de son titulaire procède, effectivement, de l'atteinte que risque de lui causer les actes projetés ou réalisés par un tiers et ce, indépendamment de leur licéité. Le droit d'opposition révèle, par conséquent, l'existence d'un conflit d'intérêts entre son destinataire et l'opposant. La menace issue de l'activité d'autrui pourrait, à cet égard, être qualifiée de sérieuse, d'imminente ou encore, d'une particulière gravité. Cependant, le recours à la technique de l'opposition se justifie moins par le caractère imminent de la menace que par ses effets difficilement réparables. Les intérêts de l'opposant risquent, en effet, d'être définitivement compromis en l'absence de toute réaction de sa part.

90.- La protection conférée par l'opposition s'avère ainsi nécessaire à la conservation des intérêts de son titulaire. Ce caractère propre à l'acte conservatoire ressort tout spécialement lors de l'exercice de l'opposition. A cet égard, la notion de nécessité s'interprète de façon purement téléologique. Elle signifie que l'accomplissement d'un acte est indispensable à la réalisation d'une fin, en l'occurrence à la sauvegarde des intérêts de l'opposant. En l'absence d'opposition de sa part, la protection de ses intérêts devient plus difficile, si ce n'est impossible. La riposte à la menace doit, par conséquent, être efficace et l'efficacité de l'opposition s'avère intimement liée à sa nécessité.

Il ne faudrait pourtant pas en déduire que celle-ci garantit systématiquement l'obtention du résultat escompté. Dans un certain nombre de situations, l'opposition ne parvient pas à sauvegarder les intérêts de son titulaire, en dépit de la diligence manifestée à cet effet. L'échec de l'opposition n'est pourtant qu'apparent. Il tient, en réalité, à des circonstances extérieures qui n'altèrent en rien son efficacité. Le recours à celle-ci serait d'ailleurs d'un intérêt réduit, si elle n'était pas à même d'assurer la protection des intérêts légitimes de son auteur.

Aussi, l'intérêt à protéger par l'opposition ne l'est-il qu'en considération d'une menace dont il convient de déterminer la nature (section I) dans la mesure où elle rend nécessaire l'existence d'un instrument de protection efficace (section II).

Section I

La nature des menaces

91.- L'opposition, qu'elle prenne la forme d'un droit ou d'une action, n'accède à la vie juridique qu'à partir du moment où son titulaire se situe dans un des cas visés par la loi pour s'en prévaloir. Son domaine se trouve ainsi circonscrit afin d'éviter de paralyser toute activité, en raison de la neutralisation qu'elle emporte de l'acte préjudiciable aux intérêts de son auteur. A cet égard, la menace qui pèse sur l'intérêt défendu par l'opposition procède essentiellement des actes projetés ou accomplis par autrui.

92.- Ceux-ci sont en effet susceptibles d'affecter les intérêts de l'opposant, soit parce que leur opposabilité le touche particulièrement, soit parce qu'ils portent directement atteinte à ses prérogatives juridiques. Le principe de l'effet relatif interdit, certes, de créer des droits ou des obligations à l'égard de ceux qui ne sont pas parties au contrat ou à l'instance. Les actes juridiques sont néanmoins opposables aux tiers qui ne peuvent méconnaître la situation qui en est issue[1]. A ce titre, les intérêts des tiers peuvent être touchés par l'opposabilité des actes juridiques notamment, lorsque leur intérêt dépend de celui d'une des parties au contrat ou à l'instance. Dans d'autres situations, l'opposant cherche moins à se défendre de l'opposabilité d'actes accomplis qu'à renforcer l'opposabilité de ses prérogatives à l'encontre d'actes en cours de réalisation. Il s'agit alors pour l'opposant de faire valoir l'opposabilité de ses prérogatives afin de se protéger de la menace constituée par l'activité juridique d'autrui.

La menace dont cherche à se protéger l'opposant résulte tant du risque issu de l'opposabilité des actes juridiques passés par autrui (paragraphe I) que de sa difficulté à faire valoir l'opposabilité de sa prérogative en l'absence de toute intervention de sa part au moyen de l'opposition (paragraphe II).

---

[1] J. DUCLOS, L'opposabilité. Essai d'une théorie générale, Préf. D. MARTIN, th. LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 179, 1984.

§ I. L'opposition, droit de réaction contre l'opposabilité des actes juridiques

93.- Les liens étroits qu'entretiennent les créanciers chirographaires avec leur débiteur en font l'un des exemples privilégiés où l'opposition leur permet de se défendre de l'opposabilité des situations juridiques issues de l'activité de leur débiteur[1]. L'opposabilité des actes accomplis par ce dernier emporte parfois de graves conséquences pour les créanciers chirographaires, en raison du droit de gage général qu'ils possèdent sur le patrimoine de leur débiteur. Ainsi exprimé, tout acte du débiteur le dépossédant d'une partie de ses richesses patrimoniales ou comportant une probabilité de perte ou de dissimulation conséquente de son actif pourrait fonder une opposition. Pour autant, le législateur ne l'accorde que dans des cas restreints où la protection spécifique des créanciers se justifie par un risque de fraude ou d'insolvabilité particulièrement important et dont la réalisation pourrait compromettre définitivement leur droit de gage général et le recouvrement de leur créance.

94.- L'opposition constitue ainsi un des instruments privilégiés pour déjouer toute tentative de fraude à la loi ou aux droits d'autrui. La fraude consiste, en effet, pour son auteur « *à éluder une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif* »[2]. Pour parvenir à un résultat interdit par la loi ou à bénéficier d'un droit dont il est privé, l'auteur de la fraude utilise des moyens légaux, mais en réalité viciés parce qu'ils ont été mis en œuvre dans l'intention de se soustraire à l'application d'une règle de droit. L'article 1167 du Code civil autorise donc les créanciers à attaquer les actes accomplis par leur débiteur en fraude de leurs droits et la jurisprudence frappe d'inefficacité tout acte frauduleux en vertu de l'adage « *fraus omnia corrumpit* ». Cependant, la protection offerte par de tels procédés ne suffit pas toujours. Elle ne dispense pas la victime d'apporter la preuve parfois difficile de la fraude et ne l'empêche pas de voir quelquefois ses droits irrémédiablement compromis.

---

[1] L'action en tierce opposition vise également à protéger le tiers de l'opposabilité préjudiciable à son égard de certains jugements. Contrairement aux autres oppositions et en dépit de son caractère de voie de recours extraordinaire, la tierce opposition a un champ d'application matériel accueillant. L'article 585 du Nouveau Code de procédure civile dispose ainsi que « *tout jugement est susceptible de tierce opposition si la loi n'en dispose autrement* ». Dans la mesure où il ne requiert pas de remarque particulière, ce dernier ne fera pas l'objet d'une étude approfondie, le contrôle de la tierce opposition s'effectuant en réalité au regard de son champ d'application personnel et non matériel. V. N. FRICERO, *Rép. pr. civ. Dalloz*, 1995, V. Tierce opposition ; R. MARTIN, *J.-Cl. Procédure civile*, 1995, Tierce opposition, fasc. 738.

[2] J. VIDAL, « Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français », Dalloz 1957, p. 141.

L'emploi de moyens préventifs pour lutter contre la fraude s'est imposé comme une nécessité, souvent issue de la pratique avant d'être consacrée par le législateur. Les oppositions au paiement tendent ainsi à préserver les droits des créanciers de toute action frauduleuse de leur débiteur ou des conséquences de son éventuelle insolvabilité. Elle octroie, par conséquent, un droit de contrôle au créancier sur les opérations de son débiteur. La fraude ou l'insolvabilité de celui-ci se trouve présumée au vu de faits objectivement considérés et de nature à légitimer l'intervention du créancier, sans qu'il n'ait à la démontrer ou à faire état de difficultés dans le recouvrement de sa créance. L'aliénation d'un fonds de commerce, d'un lot en copropriété, l'ouverture d'une succession, les opérations de fusion ou de scission sont autant d'occasions pour le débiteur, soit d'agir en fraude des droits des créanciers en provoquant son insolvabilité (A), soit de compromettre directement sa solvabilité (B).

A. L'opposition, droit de réaction contre un risque de fraude

95.- L'opposabilité des actes passés par le débiteur apparaît particulièrement préjudiciable pour les créanciers lors de la cession du fonds de commerce ou d'un lot en copropriété (1) et de la participation du débiteur à un partage (2), en raison des risques de fraude inhérents à ces opérations.

1°) Le risque de fraude issu de la cession du fonds commerce ou d'un lot en copropriété

96.- Avant d'être repris par le législateur, le droit d'opposition au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce a été créé par la pratique, afin de permettre aux créanciers d'empêcher le débiteur de soustraire le prix de vente à leurs poursuites. En effet, le fonds représente souvent la valeur la plus importante de l'actif d'un commerçant, quand elle n'en est pas la seule. L'institution d'un droit d'opposition procède de l'inefficacité des moyens de droit commun à assurer une protection adéquate des intérêts des créanciers. L'action paulienne ne se trouvait d'aucun secours à cause des difficultés rencontrées par les créanciers pour démontrer la complicité du tiers acquéreur à la fraude du débiteur. Le recours à la faillite supposait qu'elle puisse être prononcée et elle n'avait d'utilité que si la vente avait été

consentie durant la période suspecte, sous réserve de la réunion des conditions posées par l'ancien article 447 du Code du commerce en présence d'un acte à titre onéreux[1].

97.- Le souci d'éviter que le droit de gage général des créanciers ne disparaisse intégralement lors de la vente du fonds a incité le législateur à consacrer le système de publicité et d'opposition mis en place par les professionnels. De ce point de vue, si le droit d'opposition constitue une procédure réservée à la vente ou à la cession du fonds de commerce, elle concerne également toute attribution du fonds par partage ou licitation. Les termes de vente et de cession doivent être compris comme étant synonymes. Ils visent toute attribution de la propriété du fonds, moyennant un prix, peu importe qu'il s'agisse d'une vente amiable ou aux enchères publiques, par écrit ou par oral, portant sur la totalité du fonds ou seulement sur une fraction indivise de celui-ci, telle la cession d'une succursale.

L'opposition ne s'applique pas en cas de vente séparée des éléments du fonds et notamment du droit au bail, de telles cessions n'étant pas soumises aux formalités de publicité prévues par l'article L. 141-12 du Code de commerce[2]. Néanmoins, la cession du droit au bail fait parfois l'objet d'une publicité dans la mesure où une partie de la jurisprudence l'assimile à la vente du fonds lorsqu'elle comprend implicitement la cession de la clientèle[3]. En dehors de cas particuliers où l'on peut douter de l'existence de la cession du fonds, la soumission d'un élément isolé du fonds à la publicité, en l'absence de toute obligation légale, et l'invitation faite aux créanciers de se manifester s'avère contraignante pour les parties à l'acte de vente. Elles s'obligent ainsi à tenir compte des oppositions et éventuellement du droit de surenchère alors octroyé aux créanciers opposants[4].

Le droit d'opposition s'étend enfin à l'attribution du fonds par partage ou licitation. En dépit de la référence légale faite à ce sujet, les créanciers ne sauraient s'en prévaloir en cas d'attribution par partage, faute de tout acte translatif donnant lieu à un prix, sous réserve de l'hypothèse du partage avec soulte[5]. Le droit d'opposition profite par contre aux créanciers lors de l'attribution du fonds par licitation à un étranger ou même à l'un des coïndivisaires, afin de permettre aux créanciers, des copartageants non-attributaires du fonds, de conserver leur droit de créance[6].

---

[1] C. com., art. L. 621-2 et svt, L. 621-107 et svt. V. R. L. MOREL, « Des droits des créanciers chirographaires en cas d'aliénation du fonds de commerce », *Annales de droit commercial* 1912, p. 104.
[2] Cass. 2ème civ., 20 juin 1979 : *Bull. civ.* II, n° 186 ; *RTD com.* 1979, p. 709, n° 22, obs. J. DERRUPPÉ.
[3] J. DERUPPÉ, Rép. civ. Dalloz, 1998, Fonds de commerce, n° 565.
[4] COHEN, Traité pratique du fonds de commerce, n° 274 cité par J. DERRUPPÉ, précité.
[5] R.-L. MOREL, article précité, p. 185 ; J. DERRUPPÉ, article précité, n° 580.
[6] En ce sens J. DERRUPPÉ, article précité, n° 581.

98.- La reconnaissance d'un droit d'opposition au syndic en cas de mutation d'un lot à titre onéreux tient à des raisons équivalentes à celles exposées pour les créanciers chirographaires dans le cadre de la vente d'un fonds de commerce[1]. Elle s'explique également par la volonté politique de favoriser le recouvrement des charges de copropriété afin d'assurer la conservation du patrimoine immobilier français et la diminution du nombre de copropriétés en difficulté. Aussi, à l'inverse des dispositions applicables en matière de fonds de commerce, le droit d'opposition concerne-t-il seulement le syndic, les autres créanciers chirographaires devant recourir aux voies de droit commun pour préserver leur droit de gage général. Il s'agit de faire obstacle à ce que le vendeur du lot ne perçoive et ne dilapide le prix de cession, sans s'être acquitté au préalable de l'arriéré de charges de copropriété. Au lieu de réprimer une fraude réalisée, le droit la présume au regard de circonstances objectivement considérées, tenant à la vente du lot et à l'existence d'un arriéré de charges, pour conférer au syndic les moyens de la prévenir par l'intermédiaire de l'opposition.

99.- Des considérations similaires justifient l'octroi d'un droit d'opposition aux créanciers à l'occasion du partage auquel participe leur débiteur. Toutefois, la faculté offerte aux créanciers personnels de l'héritier d'intervenir en amont des opérations de partage leur ferme, en l'espèce, tout recours ultérieur à l'action paulienne.

2°) Le risque de fraude issu du partage

100.- Les tentatives de fraude à l'occasion du partage sont nombreuses, les copartageants pouvant attribuer à l'héritier insolvable des biens faciles à dissimuler ou à faire disparaître ou l'allotir de biens insaisissables. Le droit d'opposition à partage visé à l'article 882 du Code civil relatif aux successions s'applique à tout partage successoral peu importe qu'il soit amiable ou judiciaire, global ou partiel.

[1] L'opposition concerne les ventes, les adjudications amiables et les échanges. Elle s'applique également en cas d'adjudication forcée à la suite d'une saisie immobilière ou encore si le lot fait l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique ou l'exercice d'un droit de préemption publique. V. C. ATIAS, « L'avis d'adjudication d'un lot en copropriété », *D.* 1988 chron., p. 47 ; J. LAFOND, « Du nouveau en matière de mutations de lots de copropriété », *JCP N* 1995, p. 472 et 473.

Il concerne également les partages de communauté dans la mesure où l'article 1476 du Code civil les régissant renvoie aux dispositions relatives aux partages de succession[1]. L'extension du droit d'opposition aux partages dits de sociétés a suscité quelques discussions, à cause de l'interprétation restrictive dont l'opposition devait faire l'objet. Sa reconnaissance supprime, en effet, tout recours à l'action paulienne des créanciers. L'alinéa 2 de l'article 1844-9 du Code civil prévoit cependant que les règles du partage successoral s'appliquent au partage des sociétés. Aussi, la jurisprudence a-t-elle reconnu aux créanciers le droit de s'opposer au partage d'associés[2]. L'article 882 du Code civil s'applique à tout partage et aux actes équivalant à celui-ci, au sens où ils mettent fin à l'indivision, telle que la licitation ou la cession de droits indivis[3]. Le droit d'opposition ne concerne donc pas les actes qui ne peuvent être regardés comme des partages, notamment lorsque la succession est appréhendée par un seul ayant-cause. La jurisprudence en exclut aussi les donations partage[4] et les actes à titre gratuit qui, même s'ils font cesser l'indivision, n'opèrent pas un allotissement du donateur ou du cédant[5].

101.- Le risque de fraude du débiteur à l'occasion de la vente d'un fonds de commerce, d'un lot en copropriété justifie l'octroi d'une réaction conservatoire au créancier. L'opposabilité des actes passés par son débiteur risque en effet de l'affecter particulièrement, ce d'autant plus que les recours de droit commun ne suffisent pas toujours à se prémunir de l'insolvabilité issue de la fraude. Le contrôle de l'opposition s'effectue par une délimitation stricte de son champ d'application et elle ne reçoit pas en principe d'application en dehors des cas énumérés par le législateur. La réaction conservatoire des créanciers s'impose également chaque fois qu'un événement laisse présumer de l'insolvabilité du débiteur ou risque de l'augmenter, sans égard à une éventuelle fraude de sa part.

---

[1] C. civ., art. 1167 al. 2 ; Cass. req., 9 juill. 1866 : *S.* 1866, I, p. 361 ; Cass. 1re civ., 5 nov. 1991 : *Bull. civ.* I, n° 302 ; *JCP N* 1992, II, p. 206 obs. G. WIEDERKEHR. Lorsque le partage de communauté est consécutif à un changement de régime matrimonial les créanciers disposent également de la faculté de former tierce opposition contre le jugement d'homologation, s'il a été fait en fraude de leurs droits.

[2] Cass. civ., 18 juill. 1899 : *DP* 1900, I, p. 17, note P. DE LOYNES ; *S.* 1900, I, p. 27.

[3] M. BEHAR-TOUCHAIS, *Juris-Cl. Civil*., 2003, Partage. Paiement des dettes. Créanciers opposants, Fasc. 180, n° 6 ; Cl. BRENNER, *Rép. civ. Dalloz*, 2003 V. Partage (2° droit commun), n° 247.

[4] La donation-partage ne constitue un partage qu'entre les donataires et non à l'égard des donateurs-donataires et des tiers. Cass. req., 12 nov. 1872 : *DP* 1874, I, p. 78 ; Cass. 1re civ., 2 mai 1989 : *Bull. civ.* I, n° 172 ; Cass. 1re civ., 8 juin 2004 : *D.* 2004, IR, p. 1866.

[5] Cass. 1re civ., 16 juill. 1981 : *Bull. civ.* I, n° 289.

B. L'opposition, droit de réaction contre un risque d'insolvabilité

102.- La menace à laquelle répond l'opposition des créanciers résulte parfois de l'opposabilité d'une situation de nature à révéler ou à favoriser l'insolvabilité du débiteur, indépendamment de toute fraude de sa part[1]. Il en est ainsi en cas d'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire (1) et à l'occasion d'opérations emportant transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés (2).

1°) L'insolvabilité présumée en cas d'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire

103.- Le régime des successions acceptées sous bénéfice d'inventaire a été aménagé de façon à protéger l'héritier bénéficiaire contre les poursuites des créanciers de la succession. La prise en compte de cet objectif et les réticences du législateur à instituer une procédure de liquidation collective en dehors du droit commercial, ont quelque peu occulté la protection des créanciers successoraux, dont le gage se trouve fixé par le décès du débiteur et l'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire[2].

104.- L'opposabilité de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire aux créanciers s'avère particulièrement préjudiciable à leur égard et justifie leur protection au moyen de l'opposition. L'absence de confusion des patrimoines du défunt et de l'héritier bénéficiaire fige irrémédiablement le droit de gage des créanciers dans une telle situation[3]. L'actif du patrimoine du débiteur n'est plus susceptible d'évoluer favorablement et l'acceptation sous bénéfice d'inventaire laisse présager de l'insuffisance de l'actif pour assurer le règlement des dettes de la succession. Le risque d'insolvabilité légitime l'intervention des créanciers d'autant plus qu'une fois le passif hypothécaire liquidé, l'héritier est libre de les régler au fur et à mesure qu'ils se présentent[4].

---

[1] La fraude reste certes possible et peut alors justifier le jeu de l'action paulienne, mais elle ne ferait qu'aggraver une insolvabilité déjà inhérente à l'opération projetée ou réalisée.
[2] Cl. BRENNER, « L'organisation des paiements dans les successions acceptées sous bénéfice d'inventaire : du vin vieux dans de vieilles outres », *D.* 2002, chron. p. 1769-1773.
[3] C. civ., art. 802.
[4] C. civ., art. 806 et art. 808.

105.- Le paiement est le prix de la course, à moins que les créanciers n'interdisent à l'héritier de procéder à tout paiement autrement que dans l'ordre et de la manière réglés par le juge, en s'opposant. Le droit d'opposition préserve, dans une certaine mesure, le créancier de tout risque de compromission de sa créance en instituant un embryon de procédure collective. Les biens successoraux deviennent indisponibles et le règlement des dettes se réalise au terme de la procédure de distribution des deniers par contribution. Soucieuse de substituer une procédure de règlement organisée à un système de paiement anarchique, aux effets parfois désastreux, la jurisprudence a d'ailleurs adopté une conception extensive de l'opposition. L'hypothèse d'un paiement en l'absence d'opposition est devenue, à l'heure actuelle, purement théorique[1].

106.- L'opposabilité de l'acceptation bénéficiaire préjudicie aux créanciers surtout dans la mesure où aucune procédure collective ne succède à celle-ci, en dépit du risque d'insolvabilité qu'elle sous-entend. Un risque similaire motive le droit d'opposition des créanciers sociaux lors des opérations emportant la transmission universelle du patrimoine d'une société.

2°) L'insolvabilité présumée en cas de transmission universelle du patrimoine d'une société

107.- L'opposition des créanciers sociaux en droit des sociétés répond également à l'existence d'un risque d'insolvabilité de nature à préjudicier le recouvrement de leur créance, soit que l'opération projetée réduise l'assiette de leur gage général, notamment en cas de réduction du capital non motivée par des pertes, soit qu'elle leur fasse subir le concours de nouveaux créanciers[2]. A l'occasion d'une fusion les créanciers de la société absorbée et ceux de la société absorbante bénéficient du droit d'opposition. Les premiers cherchent ainsi à éviter la disparition de leur gage général puisqu'ils deviennent, par l'effet de la transmission universelle du patrimoine, créanciers de la société absorbante. Les seconds souhaitent écarter tout concours avec les créanciers de la société absorbée. La séparation des patrimoines à laquelle la fusion met fin constitue parfois une garantie pour les créanciers

[1] M. GORÉ, *J-Cl. Civil*, 1999, V. Bénéfice d'inventaire, Art. 802-810, n° 142 ; X. MEYER, *J.-Cl. Notarial Formulaire*, 1997, V. Bénéfice d'inventaire, Fasc. 20, n° 65.

[2] Les créanciers conservent le droit d'attaquer tous les actes sociaux qui seraient fait dans le dessein de frauder à leurs droits en recourant à l'action paulienne prévue par l'article 1167 du Code civil.

sociaux dont la remise en cause est susceptible de leur préjudicier[1]. La même remarque vaut en cas de scission ou d'apport partiel d'actif. Le droit d'opposition s'applique à de telles opérations chaque fois que le traité de scission ou d'apport exclut toute solidarité entre les sociétés pour le paiement des dettes et prévoit qu'elles seront tenues seulement de la partie du passif mise à la charge de chacune d'elles[2]. La dissolution d'une société unipersonnelle entraîne, de son côté, la transmission universelle du patrimoine à l'associé unique. Aussi, les créanciers sociaux ont-ils la possibilité de s'opposer afin d'éviter tout concours avec les créanciers personnels de celui-ci.

108.- L'opposabilité des opérations emportant la transmission universelle du patrimoine d'une société appelle nécessairement à la protection des créanciers sociaux. La réduction ou la dilution de leur droit de gage qui s'ensuit porte directement atteinte au recouvrement de leur créance et diminue *a priori* la solvabilité de leur débiteur. La menace justifiant le recours à l'opposition naît parfois moins de l'opposabilité des situations juridiques que la difficulté de l'opposant à faire valoir l'opposabilité de ses prérogatives juridiques en l'absence d'intervention de sa part.

§ II. L'opposition, droit de réaction aux fins d'opposabilité des prérogatives juridiques

109.- Le droit d'opposition protège également son titulaire de toute appropriation de ses instruments de paiement ou de ses prérogatives juridiques par autrui. Dans de telles situations, les droits de l'opposant risquent d'être affectés par l'activité d'un tiers qui tente de prendre possession, légitimement ou illégitimement, d'un bien ou d'un droit dont l'opposant est, en réalité, le titulaire. Le risque de méconnaissance des prérogatives de l'opposant par le tiers, en dépit de leur opposabilité à l'égard de ce dernier, l'oblige à se manifester pour lui imposer le respect de ses prérogatives. Le droit d'opposition des syndicats majoritaires et celui du défaillant à un jugement par défaut s'analyse ainsi comme un moyen pour leurs titulaires de faire valoir le respect de leurs prérogatives juridiques. L'opposition induit alors que les réels titulaires du droit à conclure une convention ou un accord collectif de travail

[1] M. JEANTIN, *Juris-Cl. Sociétés Traité*, 1999, Fusions-Scission, Fasc. 164-E.
[2] La garantie de solidarité existante entre toutes les sociétés issues de la scission pour le paiement des dettes de la société scindée protége suffisamment les créanciers. L'étendue de leur droit de gage n'est pas modifiée et ils ne sont donc pas admis à s'opposer dans ce cas.

sont les syndicats majoritaires. De même, elle impose au demandeur à l'instance initiale comme au juge le respect du droit de la défense du demandeur et notamment du principe du contradictoire. Autrement dit, l'opposition participe au renforcement de l'opposabilité de la prérogative de l'opposant afin de contraindre les tiers à la respecter. Une logique identique ressort de l'opposition aux instruments de paiement (A), comme de celle consécutive à la protection d'un droit de propriété qui procèdent de la volonté d'empêcher toute utilisation et appropriation d'un de ses biens par autrui (B).

A. L'opposition, moyen de renforcer l'opposabilité de ses prérogatives juridiques sur un instrument de paiement

110.- Soucieux de ne pas porter atteinte à la circulation de la lettre de change, du chèque et au paiement par carte bancaire, le législateur a circonscrit le droit d'opposition au cas de dépossession involontaire, ainsi qu'au redressement ou à la liquidation judiciaire du porteur ou du bénéficiaire de la carte[1]. La possibilité d'une opposition fondée sur ce dernier motif semble néanmoins très réduite depuis que la loi du 25 janvier 1985 n'emporte plus nécessairement représentation et assistance du porteur. La règle s'avère effectivement difficilement conciliable avec la possibilité reconnue au Tribunal de ne pas prononcer le dessaisissement du porteur, comme avec le droit laissé au débiteur d'effectuer seul des actes de gestion courante et *a fortiori* les règlements correspondants[2].

111.- Le droit d'opposition intervient par conséquent essentiellement dans des situations où il convient d'empêcher tout paiement ou toute utilisation des instruments de paiement et de crédit par un porteur illégitime. L'opposant affirme ainsi ses droits sur le titre et révoque le mandat de payer du tiré afin de faire obstacle au paiement entre les mains d'un porteur illégitime ou de l'empêcher de se servir des moyens de paiement. Réservée au cas de dépossession involontaire des moyens de paiement (1), l'opposition fondée sur d'autres circonstances ne saurait être recevable (2).

---

[1] L'emploi du terme bénéficiaire par le texte de loi vise ici le titulaire de la carte et non le bénéficiaire de l'ordre de paiement. M. CABRILLAC et B.TEYSSIÉ, *RTD com*. 1985, p. 793. - M. JEANTIN ET P. LE CANNU, ouvrage précité, p. 119. – *Contra*. M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, *Les effets de commerce*, tome 2, 3ème éd. par J. DUPICHOT et D. GUÉVEL, Montchrestien, 1996, p. 247.

[2] M. JEANTIN et P. LE CANNU, ouvrage précité, n°207.

1°) Un droit de réaction réservé à la dépossession involontaire

112.- Les droits d'opposition au paiement d'une lettre de change, d'un chèque ou d'une carte bancaire ont un large champ d'application en commun, sous réserve de la notion d'utilisation frauduleuse qui ne constitue pas un cas d'opposition au paiement de la lettre de change[1]. Les autres motifs susceptibles de fonder une opposition aux instruments de paiement et de crédit sont limitativement énumérés par le législateur qui vise la perte, le vol, le redressement ou la liquidation judiciaire du porteur[2]. Le droit d'opposition s'avère lié au risque d'encaissement du titre ou d'un paiement par un porteur illégitime. Le titulaire des moyens de paiement entend ainsi faire obstacle à toute utilisation illégitime de ceux-ci[3].

113.- L'opposition fondée sur la perte ou le vol des formules de chèque ne soulève pas de difficulté particulière et joue aussi bien à l'encontre de formules vierges, qu'à demi rédigées ou parfaites. La Cour de cassation a assimilé au vol les cas d'extorsion de titre ou de remise de formules sous la contrainte[4]. La violence vicie le consentement du débiteur et le place dans une situation semblable au vol de son titre parce qu'il n'a pas eu la volonté d'émettre le chèque. En revanche, l'envoi d'un chèque par erreur à un bénéficiaire auquel il n'était destiné ne peut être assimilé au vol[5], de même qu'une opposition fondée sur la perte lorsque le tireur s'est dépossédé de son titre volontairement[6]. Une distinction doit être faite selon que les formules perdues, volées ou objet d'une utilisation frauduleuse aient été vierges ou non. L'article L. 131-35 du Code monétaire et financier lorsqu'il fait référence à l'opposition au paiement d'un chèque vise l'hypothèse où le titre a été régulièrement émis. En présence de formules vierges, il ne serait pas applicable dans la mesure où faute de revêtir la signature du tireur le titre ne saurait être qualifié de chèque. Ce dernier ne fait réellement pas obstacle au paiement du chèque. Il informe seulement le banquier de la perte ou du vol de son chéquier et du risque d'utilisation illégitime qui s'en suit. Il conviendrait donc de

---

[1] C. com., art. L. 511-31 (lettre de change) ; C. mon. et financier, art. L. 131-35 (chèque) ; C. mon. et financier, art. L. 132-2 (carte de paiement).
[2] La différence entre le droit anglais et le droit français est importante puisqu'en Angleterre l'opposition peut être faite pour tous motifs. M. GAMDJI, *La sécurité du chèque*, L'Harmattan 1998, p. 162.
[3] L'opposition sera formée par l'administrateur ou le liquidateur judiciaire en cas de redressement ou de liquidation du porteur, sous réserve de son dessaisissement. Le débiteur peut être assimilé à un porteur illégitime dans la mesure où son dessaisissement lui interdit notamment de recevoir ou de réaliser un paiement.
[4] TGI Draguignan, 9 juill. 1976, *D.* 1976, som. p. 65 ; Cass. com., 26 juin 1979, *Bull. civ.* IV, n° 215, p. 173 ; *D.* 1980, IR, p. 134 ; CA Versailles, 19 juin 1991, *D.* 1991 : IR p. 209 ; CA Paris, 6 mai 1994 : *D* . 1994, IR, p. 144.
[5] Cass. com., 12 oct. 1982 : *Bull. civ*. IV, n° 314, TI Mans, 13 mars 1984 : *Gaz. Pal.* 1984, II, somm. p. 295.
[6] Cass. com., 9 fév. 1981 : *D.* 1981, IR p. 303, obs. M. CABRILLAC.

distinguer « *l'opposition-obstacle* » qui fait défense au tiré de payer un titre régulièrement émis de « *l'opposition-dénonciation* » qui vaudrait notification de la perte du vol des formules[1]. Une remarque identique peut être faite en matière de carte bancaire où l'opposition s'identifie à une opposition dénonciation en l'absence de toute circulation du titre. Le titulaire de la carte dénonce ainsi la perte ou le vol de la carte et le risque qui en résulte, c'est-à-dire l'émission d'un ordre irrégulier.

114.- L'utilisation frauduleuse, introduite par la loi du 30 décembre 1991 à propos du chèque, a été conçue pour couvrir les situations où le vol n'est pas sanctionné pénalement[2] et celles où le titulaire d'un compte, ayant révoqué le mandat donné à un tiers, se prémunit d'émissions irrégulières lorsque ce dernier ne lui a pas restitué tous les chèques en sa possession[3]. La jurisprudence a tenté d'en définir les contours au vu des travaux préparatoires et l'a initialement liée aux cas où le chèque a été falsifié ou contrefait[4]. L'utilisation frauduleuse concerne ainsi les situations où le mandataire ou le bénéficiaire du chèque le falsifie après sa remise par le débiteur, notamment en modifiant le montant du titre, son bénéficiaire et son numéro[5]. Elle s'applique également lorsque le titulaire du compte a remis des formules vierges permettant l'émission d'un chèque faux[6]. La falsification apparaît souvent lors de l'encaissement, aussi le banquier qui constate des anomalies apparentes sur le titre présenté, peut-il en avertir son client afin qu'il forme, le cas échéant, une opposition[7].

La notion d'utilisation frauduleuse présenterait cependant peu d'intérêt, si elle concernait seulement la falsification ou la contrefaçon du chèque, une telle fraude se révélant en général après le paiement du chèque par le tiré.

---

[1] C. LUCAS DE LEYSSAC, « Les cas d'opposition au paiement d'une opération par carte », Prospectives de droit économique, *dialogue avec M. JEANTIN*, Dalloz 1999, p. 334. V. également CA Orléans, 2 février 1994 : *D.* 1998, jurispr., p. 37-39 note C. LUCAS DE LEYSSAC. - CA Pau, 6 mars 1981 *: D.* 1982 IR p. 172, M. CABRILLAC.

[2] Tel est le cas du vol entre époux, ascendants et descendants pour lequel la jurisprudence admet l'opposition, même s'il n'est pas répréhensible pénalement. CA Versailles, 28 mars 1990 : *RTD com*. 1990, p. 165, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ. Le banquier ne peut obtenir la mainlevée de l'opposition fondée sur le vol lorsqu'il apparaît que la personne ayant dérobé le titre, bénéficie des immunités familiales de l'article 380 du Code pénal, peu importe que la qualité du voleur fasse obstacle à l'action publique.

[3] Ministère de la Justice et ministère de l'Économie et des Finances : Le régime du chèque issu de la loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991, octobre 1992, p. 32.

[4] TGI Paris, 6 mars 1992 : *Bull. inf. C. Cass*. 1992, n° 1509 ; TGI Paris, 28 déc. 1992, *D.* 1993, somm., p. 315, obs. M. CABRILLAC.

[5] Trib. com. Bordeaux, 18 novembre 1994 : *Banque et droit*, n° 41, p. 75.

[6] H. BOUIHOL, « Loi du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement », *Banque* 1992, p. 668.

[7] F. RIBAY, « Quelques problèmes pratiques d'application de la loi du 30 décembre 1991 », *Banque* 1993, p. 32.

La Chambre commerciale a ainsi admis la validité d'une opposition fondée sur l'utilisation frauduleuse dans une espèce où le chèque avait été remis volontairement et en l'absence de falsification. Le chèque avait été délivré à la suite d'une manœuvre frauduleuse, consistant à faire croire au tireur qu'il recevrait la contrepartie convenue, révélatrice pour la Haute juridiction « *d'une fraude à la fois pour l'obtention et pour l'utilisation du chèque* »[1]. L'absence de toute précision de la Cour de cassation sur la définition de l'utilisation frauduleuse a amené certains auteurs à se prononcer à ce sujet. Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, les faits litigieux se rapprochaient de l'escroquerie. Aussi, a-t-il été avancé que la notion d'utilisation frauduleuse était constituée, non d'une simple tromperie, mais d'une fraude à la loi pénale[2]. La notion d'utilisation frauduleuse aurait alors un sens précis et comprendrait toutes les utilisations d'un chèque réalisées en violation de la loi pénale, outre les hypothèses de falsification et de contrefaçon.

115.- Initialement prévu pour les cartes de paiement, le motif d'utilisation frauduleuse n'avait pas été retenu en ce domaine par la loi du 30 décembre 1991. Sous l'impulsion des instances européennes[3], le législateur l'a finalement ajouté lors de l'adoption de la loi relative à la sécurité quotidienne du 15 novembre 1991[4]. L'article L. 132-2 du Code monétaire et financier dispose désormais qu'une opposition peut être faite en cas d'utilisation frauduleuse de la carte ou de données liées à son utilisation. Cette nouvelle faculté d'opposition couvre en principe toutes les fraudes et, *a priori*, les situations où le paiement a été effectué à distance et sans utilisation physique de la carte. Le titulaire de la carte possède, certes, dans ce cas une action en contestation[5], pour obtenir la restitution des montants frauduleusement débités, qui pourrait être conjuguée avec l'opposition afin qu'aucune somme ne soit à nouveau prélevée frauduleusement[6].

En dehors de la dépossession involontaire ou de l'utilisation frauduleuse du moyen de paiement tout recours à l'opposition est en principe interdit.

---

[1] Cass. com., 24 oct. 2000 : *RTD civ.* 2001, p. 195, obs. M. CABRILLAC. - D. CHOLET, « La définition de l'utilisation frauduleuse du chèque après les arrêts récents de la cour de cassation », *Revue de droit bancaire et financier* 2001, p. 178.
[2] D. CHOLET, article précité, p. 181-182.
[3] Voir à ce sujet la Recommandation de la Commission 97/489/CE du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique et visant à limiter la responsabilité des titulaires de carte, précitée.
[4] N. DELEUZE, « Le renforcement des droits du porteur face aux risques liés à l'utilisation de la carte de crédit », *RJ com.* 2002, spéc. p. 271.
[5] C. mon. et financier, art. L. 132-4.
[6] *Ibidem*.

2°) Un droit de réaction exclusif de toute dépossession volontaire

116.- L'opposition au chèque fondée sur d'autres motifs que ceux prévus par l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier n'est pas valable[1]. Elle s'avère ainsi irrecevable chaque fois qu'elle s'appuie sur un abus de confiance[2], l'insanité éventuelle du tireur[3] ou l'inexécution contractuelle[4]. Il en va de même lorsqu'elle résulte d'une infraction sur la loi relative au démarchage à domicile peu importe qu'une instance soit engagée[5]. Certains préconisent la légalisation de tels cas d'opposition pour des raisons d'équité[6], mais une trop grande atteinte serait portée au principe de l'irrévocabilité de la provision et à la fiabilité du chèque alors que le tireur ne se trouve pas privé de tout recours au regard du droit commun. Les motifs d'opposition au paiement par carte doivent également être entendus strictement dans la mesure où elle porte atteinte à l'irrévocabilité du paiement, aussi ne saurait-elle résulter d'un différent entre le client et le fournisseur[7]. La règle s'impose avec d'autant plus de rigueur pour la lettre de change que le principe de l'inopposabilité des exceptions s'applique fermement et a pour conséquence d'interdire, par dérogation à l'article 1242 du Code civil, toute opposition au paiement[8]. L'exception apportée en cas de perte, auquel est assimilé le vol du titre, et de redressement ou liquidation judiciaire du porteur s'interprète donc strictement.

117.- La volonté de favoriser la circulation du titre explique le refus de la jurisprudence d'admettre la recevabilité de l'opposition, en dépit des perspectives offertes par la notion d'utilisation frauduleuse, dans les situations où un chèque de garantie est présenté au paiement, en violation de l'accord initial passé avec le tireur. Bien qu'une partie de la

---

[1] Cass. com., 21 nov. 1972 : *Gaz. Pal*. 1973, I, p. 88 ; *D.* 1973, p. 265, *RTD com*. 1973, p. 119 n° 5 obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGES.
[2] TGI Paris, 6 mars 1992 : précité ; TGI Bordeaux, 28 déc. 1992 : précité.
[3] Cass. com. 21 nov. 1972 : *Gaz. Pal* ; 1973, I, p. 88 ; *D.* 1973, p. 265, obs. M. VASSEUR ; *RTD com*. 1973, p. 119 obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGES.
[4] Cass. crim., 22 juill. 1980 : *JCP G* 1980, I, 9211 , obs. C.-J. BERR et G. VIGNAL ; CA Pau, 13 mars 1951, *D.* 1951, p. 371.
[5] Cass. com., 31 juin 1994 : *JCP E* 1994, panor. n° 1111, p. 375.
[6] P. SAFA , « Remarques sur la revendication du chèque et sur l'opposition à son paiement », *RTD com*. 1966, p. 1.
[7] CA Aix en Provence, 18 juin 1994, *D.* 1986 IR p. 326 obs. M. VASSEUR. - adde Code européen de bonne conduite, 17 nov. 1988.
[8] C. GAVALDA et J. STOUFFLET, ouvrage précité, n°128.

doctrine soit favorable à une telle assimilation[1], la Cour de cassation considère que la remise immédiate à l'encaissement d'un chèque de garantie ne constitue pas l'utilisation frauduleuse de nature à fonder l'opposition du tireur[2]. Le chèque étant payable à vue, son bénéficiaire peut l'encaisser même dans le cas où il lui a été remis à titre de garantie[3]. Le bénéficiaire qui utilise ainsi abusivement le chèque de garantie peut seulement être condamné en répétition de l'indu[4]. L'un des moyens pour le tireur de se prémunir contre un tel comportement serait de recourir à un endossement pignoratif afin que la délivrance du chèque n'emporte constitution que d'une sûreté[5].

118.- L'extension de la notion d'utilisation frauduleuse, à une hypothèse proche de l'escroquerie, justifierait pour certains auteurs de ne pas exclure tout revirement à ce sujet à propos du chèque de garantie, malgré une décision contraire en date du même jour. Il serait ainsi difficile de retenir l'utilisation frauduleuse dans une espèce s'apparentant à de l'escroquerie et de la refuser en présence d'un chèque de garantie, où le comportement du bénéficiaire s'assimile à un abus de confiance[6]. L'assimilation de l'encaissement immédiat d'un chèque de garantie à un abus de confiance est cependant contestée[7]. Le chèque étant un titre payable à vue, les droits sur la provision sont transmis dès son émission au bénéficiaire qui en acquiert la propriété. Il peut alors faire valoir ses droits sur la provision et présenter le titre à l'encaissement, sans détourner le chèque de l'usage contractuellement déterminé par les parties. Le bénéficiaire du chèque s'oblige seulement à restituer ensuite le montant mentionné sur le titre, au cas où l'obligation de garantie serait inexécutée[8]. En effet, les conventions extra-cambiaires conclues entre les parties ne peuvent modifier la nature du chèque qui reste un instrument de paiement payable, peu importe que les parties l'affectent

---

[1] En ce sens M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, ouvrage précité, p. 297. - CA Paris, 27 mai 1994 : *RTD com.* 1994, p. 531, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ ; TGI Paris, 26 avr. 1993 : *D.* 1994, jurisp., p. 227-228, note A-M. ROMANI pour un cas où les juges du fond ont refusé d'ordonner la mainlevée d'une opposition contre un chèque de garantie. Le bénéficiaire d'un tel titre ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 32 du décret loi du 30 octobre 1935 (aujourd'hui devenu l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier) dans la mesure où il avait accepté de se situer en dehors des dispositions relatives au chèque en renonçant au droit de demander le paiement du chèque à vue.

[2] Cass. com., 24 oct. 2000 : *RTD com.* 2001, obs. M. CABRILLAC. Également en ce sens CA Versailles, 12 septembre 1997 : *D.* 1998 IR, p. 227 ; CA Paris, 8 déc. 1993 : *RJC* 1994, p. 113, note L.R. ; *RTD com.* 1994, p. 324 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ. - Sur la reconnaissance par la Cour de cassation de la validité d'un chèque de garantie et de sa soumission au droit du chèque : Cass. com., 12 janv. 1993 : *JCP E* 1993, II, p. 425 obs. M. CABRILLAC.

[3] Cass. com., 17 nov. 1998 : *RTD com.* 1999, p. 165-166, obs. M. CABRILLAC.

[4] Cass. com., 22 juin 1993, *D.* 1993, somm. p. 315, obs M. CABRILLAC.

[5] H. AUBRY, « Réflexions sur le chèque remis en garantie », *D.* 2000, chron. p. 555-562.

[6] En ce M. CABRILLAC, note sous Cass. com., 24 oct. 2000, précité.

[7] D. CHOLET, article précité, p. 182.

[8] *Ibidem.*

d'une condition ou d'un terme. Aussi, faut-il convenir que l'opposition ne doit pas pouvoir jouer à l'encontre d'un chèque remis en garantie ou postdaté parce qu'elle contredirait alors la nature du chèque. La sécurité accordée au porteur ne doit céder qu'en présence d'une atteinte particulièrement grave aux droits du tireur et notamment en cas de répression des infractions.

B. L'opposition, moyen de renforcer l'opposabilité de ses prérogatives juridiques sur un droit subjectif

119.- Le droit d'opposition à l'enregistrement d'une marque ou à un changement de nom permet à son titulaire d'esquiver tout risque de confusion entre sa marque, ou son nom, et celui demandé par un tiers. Il importe peu que le dépositaire de la marque ou le demandeur en changement de nom soit dans l'ignorance des droits de l'opposant ou cherche ainsi à s'approprier les bénéfices issus de la confusion provoquée. L'opposition tend à contrecarrer la demande du tiers en faisant valoir l'opposabilité des prérogatives de son auteur sur le nom ou la marque, auprès de l'autorité chargée de l'apprécier, afin de déjouer le risque de confusion entre le nom (1) ou la marque de l'opposant et celle demandée par un tiers (2).

1°) Le risque de confusion entre le nom de l'opposant et celui du tiers

120.- L'opposabilité du droit au nom ne suffit pas à protéger son titulaire de toute méconnaissance de son droit subjectif par autrui, notamment lors d'une demande en changement de nom. Le recours à l'opposition va lui permettre d'opposer directement sa prérogative à autrui et de faire obstacle au décret autorisant le changement de nom à l'origine d'un risque de confusion avec le sien. Le fait que le demandeur ignore le risque de confusion ou souhaite en tirer profit semble à cet égard indifférent[1].

[1] La procédure de changement de nom a pu être ainsi utilisée par une ex-épouse pour tenter de s'approprier définitivement le nom de son ex-époux, sous lequel elle s'était fait connaître dans sa vie publique et professionnelle. L'opposition formée par son ex-mari l'en empêcha cependant, en raison du risque de confusion que l'autorisation était susceptible d'entretenir avec la famille de son ex-époux. CE, 20 déc. 1993 : *RTD civ.* 1994, p. 321, obs. J. HAUSER.

121.- L'exercice de l'opposition à un changement de nom suppose que son auteur porte le nom demandé par le tiers ou ait vocation à le porter[1]. La présence d'une différence d'orthographe entre le nom sollicité et celui de l'opposant importe peu, dès qu'il est établi que c'est bien à la famille de l'opposant que le demandeur a ainsi entendu se rattacher[2]. La condition selon laquelle l'opposant doit avoir un intérêt à agir restreint son domaine d'intervention. Le Conseil d'État a toujours refusé d'admettre l'opposition au seul motif que son auteur porte le même nom que celui demandé par le tiers. Comme nous l'avons évoqué précédemment, celui-ci doit faire état d'un intérêt particulier susceptible d'être lésé par l'autorisation de changement de nom accordée par le décret, c'est-à-dire d'un risque réel et dommageable de confusion entre la famille de l'opposant et celle du postulant[3]. L'opposition doit donc être rejetée lorsque le nom est trop courant ou diffère trop sensiblement de celui de l'opposant pour créer un risque de confusion. Le Conseil d'Etat a ainsi estimé qu'il n'y a pas de préjudice susceptible de justifier une opposition lorsque le nom est trop répandu pour constituer une propriété exclusive. Dans ces circonstances, l'attribution du nom de l'opposant à un tiers n'est pas susceptible d'ouvrir droit à la réaction conservatoire dans la mesure où le risque d'atteinte à ses prérogatives s'avère inexistant.

122.- L'opposition protége certes le droit subjectif de son titulaire sur le nom, sous réserve que son titulaire n'ait pas renoncé à son droit d'opposition avant ou après le décret d'autorisation[4]. En l'absence de renonciation et en présence d'un risque de confusion, l'action conservatoire du tiers l'autorise à faire échec à l'attribution de son nom par autrui et l'opposition renforce ainsi l'opposabilité de son droit subjectif. Une telle position est conforme à la nature juridique du droit au nom[5]. Il convient, en effet, de voir dans le droit au nom un des éléments de la personnalité dont la protection suppose que la personnalité qu'il désigne soit atteinte à travers lui[6]. A ce titre, l'opposition à l'enregistrement d'une marque se rapproche du droit d'opposition au nom, même si le premier a vocation à protéger un droit de propriété et non un droit de la personnalité.

---

[1] La femme mariée a de ce fait la possibilité de former opposition à l'attribution de son nom de famille, même si elle porte celui de son époux, et à l'attribution du nom marital dont elle n'a que l'usage.
[2] CE, 19 fév. 1897 sol. impl. : *DP* 1898, III, p. 67.
[3] CE, 28 janv. 1966 : *Gaz. Pal.* 1967, I, p. 82.
[4] A. PONSARD et F. LAROCHE-GISSEROT, *Rép. civ. Dalloz*, 1997, V. Nom-Prénom , n° 239.
[5] E. AGOSTINI, article précité, p. 313-318.
[6] V. cependant CE Ass., 9 juin 1978, Consorts de Saint-Martin *: A.J.D.A.* 1978, doct. p. 554, note O. DUTHEILLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU. Le Conseil d'État a admis dans cette affaire une opposition fondée non sur un risque de confusion, mais sur le défaut d'intérêt légitime du tiers à demander le changement de nom. Ce faisant, l'opposition concourre à la sauvegarde de l'intérêt général en veillant à l'immutabilité du nom plus qu'à l'intérêt personnel de l'opposant.

2°) Le risque de confusion entre la marque de l'opposant et celle du tiers

123.- Des raisons similaires à l'opposition au nom guident celle formée à l'enregistrement d'une marque. Il s'agit pour son titulaire d'empêcher toute acquisition d'une marque par un tiers qui porterait atteinte à ses droits. Si la disponibilité d'un signe est une condition de validité d'enregistrement de la marque, elle n'est pas considérée comme relevant d'un intérêt général et, à ce titre, elle ne fait l'objet d'aucun contrôle par l'administration en droit français[1]. Le titulaire d'une marque antérieure a seul la possibilité d'opposer l'indisponibilité de son signe à celui qui prétend l'acquérir. Les cas d'opposition seraient nombreux et excessifs si les droits de l'opposant sur la marque n'étaient pas limités lors de sa demande d'enregistrement, par le principe de spécialité, aux produits et aux services désignés lors du dépôt. L'opposition se voit donc restreinte par la nécessité de se prévaloir de droits antérieurs et par le principe de spécialité qui circonscrit le droit de propriété sur la marque.

124.- Seuls certains droits antérieurs sont effectivement susceptibles de fonder une opposition, à savoir l'enregistrement et le dépôt d'une marque antérieure ou bénéficiant d'une date de priorité antérieure, ou encore une marque antérieure notoirement connue et non déposée. La jurisprudence ne fait droit à l'opposition que si le signe objet de la demande d'enregistrement constitue la contrefaçon, par reproduction ou imitation de la marque antérieure. En dehors des cas où l'opposition repose sur la reproduction identique du signe pour des produits ou des services identiques à ceux figurant dans le dépôt, son auteur doit démontrer l'existence d'un risque de confusion[2]. Il en est ainsi lorsque les signes sont identiques mais les produits ou services simplement similaires ou encore, lorsque les signes sont similaires peu importe que les produits soient identiques ou similaires.

125.- L'appréciation de la similarité des produits ou services implique qu'ils aient les mêmes nature, fonction, destination ou circuits de distribution de façon à ce qu'il existe entre eux un lien à ce point étroit qu'il engendre inévitablement dans l'esprit du public un risque de confusion[3]. Tel est le cas des produits pharmaceutiques pour les maladies cardiovasculaires et

---

[1] A. THIERR, article précité, n° 97.
[2] CA Paris, 15 déc. 2000 : *D.* 2002, somm. p. 1135 ; *PIBD* 2001, III, p. 171.
[3] CA Colmar , 30 oct. 1996 : *PIBD* 1997, 624, III, p. 36.

des produits pharmaceutiques pour les maladies mentales qui sont susceptibles d'être fabriqués par les mêmes entreprises et relevant des mêmes circuits de distribution[1]. Outre le caractère identique ou similaire des produits et des services désignés dans la demande d'enregistrement à ceux de la marque antérieure, il faut que le signe objet de la demande constitue la reproduction ou l'imitation du signe objet de la marque antérieure. La reproduction peut être totale ou partielle et en présence d'une imitation, il appartient à l'opposant de démontrer que la comparaison des signes créée un risque de confusion dans l'esprit des consommateurs[2]. A cet égard, le risque de confusion suppose une appréciation globale et doit s'appréhender en fonction des ressemblances et non des différences des marques en cause[3].

126.- L'opposition protège le titulaire de droits antérieurs de tout risque d'appropriation ou de confusion entre son signe et celui objet de la demande d'enregistrement. Elle prévient les atteintes au monopole d'exploitation dont bénéficie son auteur sur la marque en lui permettant d'opposer l'indisponibilité de son signe à autrui. Ce faisant, l'opposition préserve de toute atteinte le droit de son titulaire sur la marque, en renforçant l'opposabilité de ses prérogatives dans les situations où elles risquent d'être méconnues par autrui. L'opposition constitue, à cet égard, un instrument de protection tant nécessaire qu'efficace à la protection des intérêts de son titulaire.

---

[1] CA Paris, 19 sept. 2001 : *PIBD* 2002, 735, III, p. 55.
[2] La marque Adéquation a ainsi été rejetée sur l'opposition de la marque Equation au motif qu'elle est susceptible de créer un risque de confusion dans l'esprit du public et qu'elle doit être tenue pour une imitation de la marque première. CA Lyon, 28 oct. 1993 : *PIBD* 1994, 559, III, p. 67.
[3] CA Colmar, précité ; CA Paris, 4ème ch., 8 fév. 2002 : *PIBD* 2002, 745, III, p. 299.

Section II

La nécessité d'une défense efficace

127.- Nécessaire, la protection issue de l'opposition l'est à la sauvegarde des intérêts de son titulaire qui, à défaut, risqueraient d'être définitivement compromis. La défense dressée par le droit d'opposition contre la menace peut être ainsi qualifiée parce qu'elle constitue le meilleur moyen pour parvenir à la sauvegarde des intérêts protégés. Ce trait de caractère, propre à l'acte conservatoire, s'applique à l'opposition qui poursuit, au même titre que celui-ci, la conservation des intérêts de son titulaire ou de ceux qu'il représente[1].

128.- Le régime juridique de l'acte conservatoire, en raison de son caractère nécessaire, s'adapte parfaitement au but de sauvegarde poursuivi et lui confère les moyens de parvenir à la finalité recherchée[2]. Admettre que la nécessité de l'acte conservatoire et, plus particulièrement, de l'opposition fait dépendre son régime de son adéquation au but à atteindre, oblige à reconnaître qu'elle possède les ressources suffisantes pour préserver les intérêts de son auteur. L'opposition se présente, à ce titre, comme un acte efficace. Cela ne signifie pas qu'elle parvienne systématiquement au résultat recherché dans les faits mais seulement, que l'impossibilité de sauvegarder les intérêts de son titulaire tient à des circonstances extérieures et indépendantes de celle-ci. La non-obtention du résultat ne saurait donc être imputable à l'opposition dont les qualités intrinsèques sont de nature à assurer la conservation des intérêts de son titulaire[3]. L'efficacité attribuée à l'opposition détermine largement le recours à celle-ci et s'avère indispensable à une politique tournée vers la conservation plutôt que la réparation.

L'efficacité de l'opposition contre la menace procède de son caractère nécessaire (paragraphe I) et constitue une condition déterminante du recours à celle-ci (paragraphe II).

---

[1] Sur la démonstration de la nature conservatoire de l'opposition voir *infra* § 363 - Sur le caractère nécessaire de l'acte conservatoire cf. Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 97.

[2] Il a été souligné, à ce titre, que la nécessité commande le régime de l'acte et même le justifie en qui concerne l'acte conservatoire. *Ibidem*.

[3] Pour une position plus nuancée à propos de l'acte conservatoire au terme de laquelle il apparaît indifférent que celui-ci parvienne à la conservation dans les faits voir Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 98 ; R. PALLARD, L'exception de nécessité en droit civil, thèse Paris, LGDJ, 1949, p. 89.

§ I. Le caractère de l'efficacité induit de la nécessité

129.- La nécessité est une notion téléologique qui exprime un rapport entre un moyen et une fin[1]. A cet égard, affirmer que l'opposition s'avère nécessaire à la protection des intérêts de son titulaire amène à reconnaître qu'elle se présente comme la technique la plus appropriée pour parvenir à cet objectif. La nécessité de l'acte fait dépendre son régime juridique du but poursuivi. Une telle considération oblige à reconnaître que l'opposition possède les qualités intrinsèques pour atteindre la finalité recherchée et révèle son efficacité.

L'opposition est assurément nécessaire au regard de l'objectif de protection, si ce n'est de conservation, des intérêts légitimes de son titulaire (A), ce caractère sous-tendant directement son efficacité au regard du résultat à atteindre (B).

A. Un acte nécessaire au regard du but à atteindre

130.- Le caractère nécessaire attribué à l'opposition a largement été étudié dans le cadre de l'acte conservatoire. Les propositions avancées à ce sujet s'appliquent parfaitement à l'opposition dans la mesure où elle poursuit une finalité identique à celui-ci, c'est-à-dire la sauvegarde des intérêts de son titulaire. La nécessité fait ainsi l'objet d'une interprétation finaliste qui permet de distinguer le conservatoire et *a fortiori* l'opposition, de l'état de nécessité mais aussi de la simple urgence ou d'une norme impérative.

131-. Ainsi, l'acte conservatoire ne s'identifie pas à un état de nécessité dans la mesure où son auteur ne se voit pas contraint de commettre un acte délictueux pour sauvegarder ses intérêts légitimes ou ceux d'autrui[2]. A cet égard, l'opposition intervient dans un contexte *a priori* parfaitement licite qu'elle soit autorisée en amont par le législateur ou en aval par le juge, sous réserve pour son auteur de remplir les conditions exigées pour l'exercer. La nécessité propre à l'acte conservatoire se départit également de la notion d'urgence : l'acte conservatoire apparaît dicté par les faits sans pour autant répondre à un besoin particulièrement primordial ou impérieux dans le temps[3]. L'exercice de l'opposition requiert, d'ailleurs, une certaine célérité à agir qui ne saurait systématiquement relever de

---

[1] Cl. BRENNER, ouvrage précité, n° 182 ; R. PALLARD, thèse précitée, n° 56.
[2] V. à ce sujet les développements de Cl. BRENNER, ouvrage précité, n° 175.
[3] Sur la réfutation du caractère urgent de l'acte conservatoire cf. *infra* § 363.

l'urgence dans la mesure où elle peut se réaliser dans des délais de plus ou moins courte durée. Enfin, le nécessaire ne doit pas être compris comme conférant au conservatoire un caractère impératif semblable à celui de la règle de droit, à laquelle il ne saurait déroger. La certaine impérativité dont s'entoure l'exercice de l'acte conservatoire résulte directement de circonstances de fait et non, de la coercition juridique qui accompagne la norme de droit.

132.- Le recours au conservatoire s'érige ainsi en évidence pour son auteur, aussi bien au regard de la finalité poursuivie que des moyens à mettre en œuvre, s'il ne souhaite pas voir ses intérêts compromis[1]. L'opposition ne laisse d'ailleurs guère la possibilité à son auteur d'apprécier l'opportunité à agir, notamment lorsqu'elle prend la forme d'une voie de recours. La réaction conservatoire s'impose face à la menace constituée par le jugement rendu par défaut et donc, sans que l'opposant ait pu faire valoir ses moyens de défense. Le caractère nécessaire de la finalité conservatrice poursuivie par l'opposition dément, en quelque sorte, l'existence d'une réelle liberté de choix laissée à son titulaire lors de sa mise en œuvre. Chaque fois que la décision rendue par défaut préjudicie au défaillant, l'accomplissement de l'acte conservatoire apparaît marqué du sceau de l'impérativité. Il a été ainsi souligné que la tierce opposition ne serait pas réellement facultative[2]. En effet, lorsqu'une décision judiciaire fait grief à un tiers, en raison de la situation qu'elle crée à l'égard de tous, ce dernier ne peut plus se retrancher efficacement derrière l'effet relatif de la chose jugée. Il doit attaquer la décision préjudiciable et s'opposer[3]. Le même constat peut être fait à propos de l'opposition au chèque où la faculté laissée au tireur dans l'exercice de l'acte conservatoire apparaît très relative. Son inertie est de nature à compromettre irrémédiablement ses intérêts, outre qu'elle constitue une faute susceptible de lui être reprochée[4].

---

[1] F. LEDUC, L'acte d'administration en droit privé, Ester Editions 1992, p. 55.
[2] L. BOYER, « Les effets des jugements à l'égard des tiers », *RTD com.* 1951, p. 192, n° 29.
[3] L. BOYER, article précité.
[4] L'abstention ou le retard manifesté par le porteur dans l'exercice de l'opposition pourrait ainsi atténuer la responsabilité du tiré qui a réglé un chèque frauduleusement émis ou falsifié. La charge du paiement d'un chèque faux ou falsifié sera supportée par le banquier présentateur, le titulaire du compte débité ou le bénéficiaire en fonction de leur faute respective. Cass. com., 10 juin 1980 : *Bull. civ.* V n° 252 ; *RTD com*. 1981, p. 110, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGES ; Cass. com., 27 avr. 1982 : RTD com. 1982, p. 589, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ. - M. CABRILLAC, *Rép. com. Dalloz*, 2004, V° Chèque, n° 445. - C. GAVALDA et J. STOUFFLET, ouvrage précité, n° 240.

133.- Il semble, en revanche, plus difficile de distinguer la nécessité d'autres notions téléologiques telles que l'utilité ou encore, l'opportunité. Le Professeur Jean CARBONNIER s'interrogeait, d'ailleurs, sur le point de savoir si la nécessité accordée à l'acte conservatoire ne renvoyait pas parfois à la simple utilité[1]. A ce sujet, Monsieur R. PALLARD a démontré que les notions d'utilité, d'opportunité ou de nécessité se confondent si l'on ne détermine pas précisément leur finalité[2]. Envisagé par rapport à un but préalablement identifié, l'acte nécessaire se différencierait de l'acte utile parce qu'il constituerait l'unique moyen de le réaliser et non, un moyen parmi d'autres. La distinction faite entre le but d'acquisition et de conservation permettrait également de les dissocier. L'acte nécessaire tendrait à conserver le bien, alors que l'acte utile servirait à l'acquisition ou à l'amélioration de sa valeur[3]. Les critères proposés pour départir le nécessaire de l'utile doivent pourtant être nuancés. Comme le remarque Monsieur R. PALLARD, l'acte nécessaire se présente moins comme l'unique moyen de parvenir au but recherché qu'il n'est celui qui entraîne le moins d'inconvénients pour l'atteindre[4]. La distinction proposée en fonction du but de conservation ou d'acquisition du bien semble également réductrice. En effet, les actes de disposition et d'administration visés par le but d'acquisition ou d'amélioration peuvent, selon les circonstances, devenir des actes conservatoires[5]. L'acte perd alors son caractère utile pour devenir nécessaire. La frontière entre le nécessaire et l'utile apparaît très ténue, même s'il convient de reconnaître que l'acte conservatoire sera souvent qualifié d'utile en raison de sa nécessité. Au contraire, une simple amélioration, à défaut d'être nécessaire, sera seulement utile[6]. Le nécessaire se sépare de l'utile seulement par une différence d'échelle ou de degré qui l'amène à se situer à un niveau hiérarchiquement supérieur à l'utile.

134.- A cet égard, la nécessité attribuée au droit d'opposition signifie simplement qu'elle est indispensable à la réalisation d'une fin, c'est-à-dire à la protection des intérêts de son auteur. Il importe peu qu'il soit l'unique moyen d'atteindre le but recherché, dès qu'il s'affirme être l'instrument le plus adéquat pour conserver les intérêts de son titulaire. Il apparaît comme tel, chaque fois qu'il entraîne moins d'inconvénients que les mesures

---

[1] J. CARBONNIER, ouvrage précité, n° 106.
[2] R. PALLARD, thèse précitée, n° 145, p. 238 et s.
[3] *Ibidem*.
[4] R. PALLARD, thèse précitée, n° 137.
[5] Pour le Professeur Jean CARBONNIER la notion d'acte conservatoire définirait « *moins une catégorie distincte d'acte qu'une manière d'être* », une qualité qui peut affecter les actes de disposition et d'administration. ouvrage précité, n° 106.
[6] V° à ce sujet les définitions données par G. CORNU du nécessaire et de l'utile, ouvrage précité.

susceptibles de lui être substituées pour parvenir au même objectif[1]. De ce point de vue, la nécessité de l'opposition ressort de sa facilité à assurer la conservation des intérêts de son auteur par rapport aux mesures susceptibles de la remplacer, quand elle ne s'avère pas exclusive de tout autre recours[2]. Pour préserver son droit de gage général lors de la vente du fonds de commerce de son débiteur, le créancier a toujours la possibilité de pratiquer une saisie-conservatoire ou une saisie-attribution, entre les mains du tiers détenteur du prix, aux lieu et place de l'opposition. Néanmoins, le recours aux voies d'exécution, outre sa lourdeur, ne lui procure pas plus d'avantages que l'opposition[3]. Ainsi, la saisie conservatoire suppose que le saisissant justifie de circonstances susceptibles de compromettre le recouvrement de sa créance et l'oblige en principe à recourir à une autorisation judiciaire[4].
Les conditions requises pour pratiquer une saisie-attribution sont, de leur côté, plus rigoureuses. Le saisissant doit justifier d'une créance constatée dans un titre exécutoire, celle-ci devant être liquide et exigible alors qu'une créance, au moins certaine en son principe, suffit à l'exercice de l'opposition. De surcroît, le prix de vente étant indisponible, la saisie-attribution n'emporte aucun effet attributif au profit du saisissant qui viendra concourir au même titre que les autres créanciers simplement opposants lors de la distribution du prix[5].

135.- Le droit d'opposition s'avère, par conséquent, nécessaire à la protection des intérêts de son titulaire qui risqueraient, en son absence, d'être définitivement compromis. Il est effectivement souvent l'unique moyen, si ce n'est le meilleur, pour écarter la menace qui pèse sur les intérêts de son titulaire. Le régime juridique de l'opposition s'avère, en ce sens, calqué sur sa nécessité et lui confère les ressources propres à l'obtention du résultat recherché. La nécessité de l'opposition lui confère une efficacité certaine, lui permettant de protéger effectivement les intérêts de son titulaire, à moins que toute possibilité de conservation ne soit déjà totalement ou partiellement compromise dès sa mise en œuvre.

---

[1] Cl. BRENNER, ouvrage précité, n° 183 ; P.-L. FRIER, L'urgence, thèse LGDJ, Bibl. dr. publ., t. 150, 1987, n° 129 ; R. PALLARD, thèse précitée, n° 137.
[2] Ainsi, en matière de partage, les créanciers n'ont pas la possibilité de recourir à l'action paulienne et doivent recourir au droit d'opposition s'ils souhaitent conserver leurs intérêts. (C. civ., art. 882).
[3] Il présente un intérêt seulement lorsque le créancier a omis de s'opposer dans les délais requis, en lui permettant de venir concourir lors de la distribution du prix avec les autres créanciers opposants ou saisissants, si celui-ci n'a pas encore été distribué.
[4] Sur les exceptions au principe de l'autorisation judiciaire Cf Cl. BRENNER, Voies d'exécution, 2ème éd., Dalloz, 2001, n° 101.
[5] Cass. 2ème civ., 16 mars 2000 : *Bull. civ.* II, n° 49 ; *RTD com*. 2000, p. 589, obs. J. DERRUPPÉ.

B. Un acte efficace au regard du résultat attendu

136.- L'acception téléologique de la notion de nécessité ferait dépendre son régime juridique de son adéquation au but à atteindre et non, de son résultat effectif, la nécessité de l'acte s'appréciant avant l'accomplissement de celui-ci et indépendamment de son efficacité réelle[1]. A cet égard, il a été souligné que le résultat recherché -la conservation- n'est pas forcément atteint par le moyen -l'acte conservatoire-, mais qu'il ne serait qu'un objectif relevant du domaine de la finalité et non de l'effectif[2]. L'assertion appelle cependant à quelques précisions. Le régime juridique de l'acte conservatoire, comme de l'opposition, parce qu'il est conçu sur mesure en fonction de l'objectif de conservation à atteindre, lui procure les qualités nécessaires à la sauvegarde des intérêts de son auteur et l'élève au rang d'acte efficace[3]. Qualifier l'opposition d'acte efficace signifie qu'elle détient les qualités intrinsèques pour parvenir à protéger les intérêts de son titulaire. La non-obtention du résultat ne saurait lui être imputable et tient soit à l'impossibilité de conservation au moment où elle intervient, soit à sa violation délibérée par son destinataire. Autrement dit, l'efficacité de l'opposition est sous-jacente à sa nécessité.

137.- A cet égard, l'opposition s'entoure d'un régime juridique propre à lui permettre d'atteindre le but poursuivi, c'est-à-dire la neutralisation de la menace ou de ses répercussions à l'égard de son auteur[4]. Comme l'acte conservatoire, elle obéit à la loi du juste nécessaire et produit des effets proportionnés au risque auquel elle répond[5]. L'efficacité de l'acte conservatoire a d'ailleurs été pressentie de manière sous-jacente à la notion de nécessité[6]. Au premier abord, l'assertion apparaît contestable. Dans les faits, l'acte conservatoire ne parvient pas toujours au résultat escompté.

---

[1] R. PALLARD, ouvrage précité, p. 89, n° 58.
[2] Cl. BRENNER, ouvrage précité, n° 184.
[3] L'efficacité de l'acte à sauvegarder les droits de son titulaire ne signifie pas qu'il est effectif. Le droit d'opposition des syndicats majoritaires illustre assez bien la distinction entre ces deux notions. L'efficacité de l'acte s'apprécie au vu de ses effets, alors que son effectivité dépend de ses conditions d'exercice. L'anéantissement de l'accord minoritaire provoqué par l'opposition préserve avec une efficacité certaine les droits des syndicats majoritaires et l'intérêt collectif qu'ils représentent. En revanche, la difficulté de ses conditions de mise en œuvre en réduit parfois ses possibilités d'exercice, en dépit des assouplissements apportés par la loi du 4 mai 2004. Ainsi, faute de pouvoir être exercé dans les petites structures, le droit d'opposition apparaît particulièrement ineffectif. Cf. *infra* § 311.
[4] Cf. *infra* § 189.
[5] Voir à ce sujet en ce qui concerne l'acte conservatoire Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 125 et s.
[6] Ainsi, l'acte conservatoire est parfois présenté comme « *l'acte nécessaire, le seul efficace pour arrêter les effets de la menace sur l'opération qu'il s'agit de protéger* » ou comme « *le seul rempart efficace aux effets de la menace* », M-R. TERCINET, L'acte conservatoire en droit administratif, thèse LGDJ, Bibl. dr. pub, t. 132, 1979, p. 133.

Il y aurait également une certaine naïveté à l'appréhender de la sorte notamment en ce qui concerne les actions en justice, au vu de leur nature particulièrement aléatoire[1]. L'échec apparent de l'acte conservatoire et de l'opposition, dans la préservation des droits de son auteur, ne tient pourtant pas à ses qualités intrinsèques mais résulte de l'impossibilité préexistante de toute conservation, au moment où son titulaire agit. La conservation escomptée n'a pas lieu, non en raison de l'inefficacité de l'acte conservatoire, mais parce que l'atteinte aux intérêts de son auteur était devenue irréversible, avant sa réalisation, le privant de tout ou partie de son utilité.

138.- Ainsi, lorsque l'opposition ne parvient pas à préserver les droits de son auteur, cette défaillance, loin de lui être inhérente, résulte de la précarité initiale du droit de son titulaire. Tel est parfois le cas de l'opposition des créanciers au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce. En s'opposant, les créanciers chirographaires immobilisent le prix entre les mains d'un tiers saisi afin d'éviter qu'il ne soit dilapidé par le débiteur. La fonction conservatoire de l'opposition apparaît, à ce stade, atteinte du simple fait de la neutralisation de la menace. Elle reste en réalité assez fictive : le gage des créanciers est immobilisé tant que l'opposition perdure, celle-ci créant une sorte de *statu quo*. La conservation de leurs droits ne devient effective qu'au moment où l'opposition cesse de produire tout effet, à la suite de l'ouverture d'une procédure de distribution des deniers. A son issue, l'opposant obtient en principe paiement de tout ou partie de sa créance dont la conservation passe alors par l'exécution[2]. L'absence de désintéressement total du créancier pourrait laisser croire à une défaillance de l'acte conservatoire puisque les droits de l'opposant sont altérés, en dépit de son accomplissement. Néanmoins, il ne faut pas lui contester toute efficacité sous prétexte qu'à l'issue de la procédure de distribution du prix, le gage du créancier se trouve réduit à néant, les sommes immobilisées ayant été intégralement ou partiellement absorbées par des créanciers détenteurs d'un privilège ou d'une sûreté. L'opposition ne cesse pas d'être efficace. Elle a réalisé tous ses effets pour préserver le droit du créancier et si, *in fine*, il

---

[1] Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 98, note n° 288. Ce dernier fait remarquer qu'il y aurait « *une naïveté à croire que toutes les mesures conservatoires ordonnées en référé ou par ordonnances sur requête, par exemple, fassent toujours mouche* ». A adhérer à l'opinion inverse, les actions en justice seraient difficilement qualifiables de conservatoire en raison de leur caractère particulièrement aléatoire.

[2] La distinction entre l'acte conservatoire et l'acte d'exécution apparaît ici très relative. Elle n'ôte pas à l'action de l'opposant son caractère conservatoire : elle tend directement à la préservation de son gage et non à la satisfaction de son droit. L'opposition à l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire s'identifie aussi à une mesure conservatoire et n'est pas directement motivée par le paiement. Elle a pour objet de maintenir intact le patrimoine du débiteur en interdisant à l'héritier de procéder au règlement des créances. Elle prépare le paiement et débouche sur une procédure de distribution des deniers, proche des procédures collectives de paiement.

semble inexistant, cela tient au fait que son droit de gage était déjà fictif au moment de l'intervention conservatoire, compte tenu du montant des créances privilégiées.

139.- De même, lorsque l'opposition prend la forme d'une action en justice, elle s'entoure d'une efficacité certaine, indépendamment du résultat aléatoire auquel elle aboutit. En effet, ce n'est pas tant le résultat de l'action, que l'exercice du recours, qui s'avère conservatoire. L'examen des voies de recours telles que l'opposition à un jugement rendu par défaut ou à une injonction de payer en témoigne. Leur auteur peut voir sa demande rejetée à l'issue de l'instance et avoir conservé effectivement son droit à la défense par le rétablissement du contradictoire. Le fait qu'il n'obtienne pas gain de cause relève d'autres considérations tenant, par exemple, à l'irrecevabilité de sa demande ou à l'impossibilité de faire droit à sa prétention. La situation diffère quelque peu pour le tiers qui s'oppose à un jugement auquel il n'a été ni partie, ni représenté. La conservation de ses intérêts passe directement par la rétractation ou la réformation du dispositif du jugement. A défaut, il ne convient pas de conclure à l'inefficacité du recours conservatoire mais simplement, à l'impossibilité de faire droit à la demande du tiers notamment si la décision ne lui cause pas de réel préjudice ou si le dommage résulte de sa propre négligence. L'opposition, lorsqu'elle se manifeste sous la forme d'une voie de recours, est efficace dans la mesure où son introduction assure directement la conservation des prérogatives de son titulaire. En revanche, le résultat final de l'instance reste aléatoire et soumis au bien-fondé des prétentions de l'opposant.

140.- L'efficacité de l'opposition s'avère, de surcroît, conditionnée au respect que lui accorde son destinataire. En effet, la protection issue de celle-ci s'avère réduite à néant si son destinataire passe outre ses effets et agit au mépris de l'empêchement qu'elle lui adresse[1]. Une fois encore, un tel comportement n'altère en rien l'efficacité intrinsèque de l'opposition à écarter la menace et son inefficacité à sauvegarder l'intérêt légitime tient, en de telles circonstances, à des motifs extérieurs à celle-ci. La nécessité reconnue à l'opposition lui confère une efficacité intrinsèque certaine qui conditionne largement le recours à celle-ci.

[1] Le droit d'opposition à mariage offre une illustration assez récente d'un tel phénomène puisque l'union d'un couple homosexuel a ainsi été célébrée au mépris de l'opposition formée par le Ministère public. Voir TGI Bordeaux, 27 juill. 2004, précité.

§ II. Le caractère de l'efficacité, condition du recours à l'opposition

141. - L'efficacité de l'opposition constitue une condition déterminante du recours à celle-ci. A défaut, la protection des intérêts de son titulaire serait réduite à néant, sans compter qu'elle serait délaissée au profit de mesures de réparation ou de sanction. Son efficacité procède ainsi à la volonté de favoriser une politique de prévention, plutôt que de répression, et s'avère garantie par l'existence de sanctions suffisamment contraignantes pour décourager tout agissement au mépris de celle-ci Les conditions d'institution de l'opposition imposaient de la rendre efficace afin de permettre la protection, si ce n'est la conservation, des intérêts de son titulaire (A) et de l'assortir, à cet effet, de sanctions dissuadant de sa violation (B).

A. L'efficacité de l'opposition nécessaire à la protection des intérêts de son titulaire

142.- L'efficacité de l'opposition tient au souci de privilégier une politique de prévention, souvent bien plus adaptée à la protection des intérêts de son titulaire, que des mesures de sanction ou de réparation. Le caractère souvent exclusif de l'opposition pour assurer la conservation des prérogatives de son auteur obligeait à l'assortir d'une efficacité certaine, à défaut de laquelle elle aurait été réduite à un simulacre de protection pour celui-ci.

143.- La nécessité de s'assurer de l'efficacité du résultat de l'opposition procède, parfois, de l'absence de mesures permettant d'obtenir un résultat équivalent pour préserver les intérêts défendus par celle-ci. Hormis les situations où l'opposition est susceptible d'être remplacée par des saisies, comme en matière de prix de vente d'un fonds de commerce ou d'un lot en copropriété, seules des mesures de sanction ou de réparation peuvent en général lui être substituées[1]. Ces dernières ne produisent pas un résultat équivalent à celui issu de l'opposition, aussi convient-il de s'assurer de son efficacité. Ainsi, faute d'avoir été empêché, un mariage contracté au mépris des dispositions légales peut toujours faire l'objet d'une annulation. Une telle action est en principe accordée à toute personne ayant un intérêt alors

[1] Sur l'intérêt du recours à l'opposition plutôt qu'aux saisies, en ce qu'elle s'impose comme le meilleur moyen de préserver les intérêts de son titulaire Cf. notamment *supra* § 21.

que l'opposition fait l'objet d'une « titularité » limitée[1]. Cependant, l'action en nullité ne procure pas un résultat similaire à celui de l'opposition : elle ne permet ni d'effacer tous les effets issus de la situation illicite, ni de sanctionner les empêchements prohibitifs dont la violation n'entraîne pas la nullité du mariage. L'opposition présente, de ce point de vue, une efficacité supérieure en faisant obstacle à la célébration de l'union, en présence d'un empêchement dirimant comme prohibitif. Chaque fois que des mesures de réparation sont susceptibles de pallier l'absence d'opposition, il convient de la gratifier d'un résultat plus avantageux que celui issu des dites mesures, afin de ne pas lui ôter une partie de son intérêt.

144.- Dans les situations où l'opposition prend la forme d'un recours unique ou exclusif, il convient d'exclure tout aléa dans l'obtention du résultat escompté et de lui conférer une efficacité certaine. La remarque concerne notamment l'opposition à partage et celle à un accord collectif minoritaire. Dès son origine, l'opposition à partage a été envisagée comme une prérogative exclusive de tout recours à l'action paulienne afin de permettre aux créanciers d'un copartageant de prévenir une fraude éventuelle de leur débiteur, en venant surveiller les opérations de partage. En l'absence d'opposition, l'article 882 du Code civil interdit de critiquer le partage consommé au moyen de l'action paulienne, même si la preuve de la fraude est rapportée[2]. La volonté de favoriser une action conservatoire s'explique par le souci de ne pas remettre en cause un acte souvent complexe dont la stabilité contribue à la paix des familles[3]. L'opposition doit, par conséquent, protéger efficacement les intérêts des créanciers et leur confère le droit d'assister au partage afin de s'assurer que la composition et l'attribution des lots ne s'effectuent pas à leur détriment. Une telle prérogative se serait avérée illusoire, s'il avait été loisible au débiteur de soustraire sa part aux poursuites des créanciers, en opérant une cession de ses droits indivis.

---

[1] L'action en nullité peut être intentée par toute personne justifiant d'un intérêt, sauf dans les cas où elle est réservée aux époux ou à celui dont le consentement était requis lorsque le mariage a été contracté à la suite d'un vice du consentement, ainsi qu'à ceux dont le consentement était nécessaire en présence d'un mariage célébré sans l'autorisation de membres de la famille dont le consentement était nécessaire (C. civ., art. 180 et s.). Le droit d'opposition ne peut être invoqué que par certaines personnes limitativement énumérées par la loi. Cf. *infra* § 222.

[2] Cass. Req., 21 fév. 1905 : *DP* 1905, I, p. 264 ; Req., 27 déc. 1926 : *S.* 1927, I, p. 111 ; Cass. 1re civ., 5 nov., 1991 : *Bull. civ.* I, n° 302 ; *RTD civ.* 1992, p. 805, obs. J. PATARIN.

[3] Cf. *infra* § 224 et s.

La jurisprudence a donc gratifié l'opposition d'un effet supplémentaire, en considérant qu'elle rend indisponible la part indivise du copartageant jusqu'à ce que le partage soit réalisé[1]. Certains arrêts ont, en ce sens, refusé au débiteur le droit de se faire attribuer des créances ou des soultes à la place de ses droits indivis, eu égard aux risques de dilapidation liés au paiement d'une somme d'argent[2]. Les prolongements accordés à l'opposition lui assurent une efficacité indispensable à la conservation des droits des créanciers, d'autant plus justifiée que le partage peut difficilement être remis en cause une fois consommé[3].

145.- L'accomplissement de l'opposition est parfois le seul moyen pour son titulaire de préserver ses intérêts, sa négligence à intervenir n'étant pas susceptible d'être compensée par des mesures de réparation. En droit du travail, le droit d'opposition constitue le seul recours des syndicats majoritaires pour faire obstacle à un accord signé par des organisations de syndicats minoritaires. Ils ne disposent d'aucune autre alternative, comme en matière d'opposition à mariage où l'action en nullité peut parfois partiellement remplacer l'opposition, pour pallier leur carence[4]. Unique moyen de préserver leur droit d'être les signataires privilégiés des accords collectifs et, par conséquent l'intérêt collectif qu'ils représentent, l'efficacité de l'opposition doit être sans faille. Elle fait ainsi obstacle à la validité de l'accord, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004[5].

146.- L'opposition doit garantir à son auteur la protection de ses intérêts en conjurant la menace, même lorsqu'elle prend la forme d'une voie de recours offerte au défaillant à l'instance. La préservation de son droit à la défense l'oblige à recourir à l'action mise en place par la loi. A défaut, le principe du contradictoire se voit définitivement compromis, sans qu'il puisse demander réparation du préjudice subi. La volonté de renforcer l'efficacité

---

[1] Cass. Req., 18 fév. 1862 : *DP* 1862, I, p. 224 ; Civ. 23 juin 1903 : *D.* 1903, I, p. 454 ; *S.* 1904, I, p. 289 note TISSIER ; Cass. 1ère civ., 10 avr. 1973 : *Bull. civ.* I, n° 137. L'opposition est ainsi « gratifiée d'une efficacité renforcée », car elle parvient à garantir le résultat recherché. Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 157, n° 310. V° également M. BEHAR-TOUCHAIS, article précité, n° 55 soulignant qu'à défaut le droit d'opposition n'assurerait pas une protection efficace.

[2] CA Rouen, 9 mars 1904 : *DP* 1908, II, p. 145 note PLANIOL ; *S.* 1906, II, note DALMBENT. Rappr. Paris, 15 mars 1860 : *S.* 1860, II, p. 486.

[3] Sous réserve des cas de fraude au droit d'opposition du créancier ou des situations où les copartageants auraient simulé le partage. Cass. req. , 14 fév. 1870 : *DP* 1871, I, p. 21 ; Cass. 3 déc. 1985 : *Bull. civ*. I, n° 334 ; *RTD civ*. 1986, p. 601 (fraude au droit d'opposition) ; Cass. 1re civ., 29 mai 1979 : *Bull. civ*. I, n°157 (partage fictif). Voir également à ce sujet M. BEHAR-TOUCHAIS, article précité, n° 78 et s. L'interdiction de recourir à l'action paulienne n'empêche pas le créancier d'exercer les actions de son débiteur par la voie de l'action oblique et d'obtenir ainsi la rescision pour lésion du partage.

[4] La défaillance des syndicats majoritaires à s'opposer pourrait exceptionnellement laisser place à une action en nullité de l'accord lorsque ce dernier contient des dispositions contraires à l'ordre public.

[5] C. trav., art. L. 132-2-2.

de l'opposition explique, d'ailleurs, que l'opposant à une ordonnance portant injonction de payer n'ait pas à faire état de ses motivations lors de son introduction. L'injonction ayant été prise en l'absence de tout débat contradictoire, il convient de lui ouvrir largement la procédure d'opposition, celle-ci constituant son unique moyen de défense[1].

147.- Appréhendée sous la forme d'une mesure de protection exclusive de tout autre recours, l'opposition doit permettre à son auteur d'obtenir le résultat escompté. Elle réalise ainsi un compromis entre les intérêts de son titulaire et la stabilité des relations juridiques pour l'avenir. Même dans les situations où l'opposition se voit concurrencée par des mesures alternatives, elle s'avère indéniablement plus avantageuse que les recours offerts par le droit commun. Son efficacité témoigne de la volonté de favoriser les actions conservatoires sur les actions répressives et se doit d'être garantie par des sanctions dissuasives de tout agissement contraire à ses prescriptions.

B. L'efficacité de l'opposition garantie par la sanction de sa violation

148.- Il ne suffit pas de doter l'opposition d'un régime juridique efficace pour parvenir au résultat escompté, encore faut-il que ses destinataires acceptent de se soumettre à ses effets contraignants. Autrement dit, le non-respect de l'opposition est susceptible de ruiner toute protection des intérêts de son titulaire, à moins de l'entourer de mesures de nature à décourager ou à rendre sans effet sa violation. Le législateur a eu exceptionnellement recours à des sanctions pénales[2], le non-respect de l'opposition entraînant en principe l'inopposabilité de l'acte accompli au mépris de ses dispositions. Celui-ci demeure pleinement valable entre les parties, seulement il se trouve dénué de tout effet à l'égard des opposants, comme s'il n'avait pas existé. L'inopposabilité contribue à l'efficacité de l'opposition dans la mesure où elle prive sa violation de tout intérêt (1), celle-ci s'effaçant au profit d'actions en réparation spécifiques dans les hypothèses où son application n'est pas possible (2).

---

[1] En ce sens R. PERROT obs. *RTD civ*. 1987, p. 411 sous Cass. 2ème civ., 14 janvier 1987 : *Bull. Civ*. II, n° 10.
[2] L'article 226-16 du Code pénal punit de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende le professionnel qui poursuit le traitement de données personnelles en dépit d'une opposition.

1°) L'inopposabilité de l'acte accompli au mépris de l'opposition

149.- L'efficacité de l'opposition dépend tant de ses effets pour écarter le dommage que de la manière dont elle est reçue par ses destinataires. L'opposition doit être ressentie comme impérative et ne pas leur laisser la possibilité de contourner l'interdiction qu'elle leur adresse. Ses destinataires seront d'autant plus incités à la respecter qu'ils n'en subissent pas toujours personnellement les conséquences. Ainsi, lors de la vente d'un fonds de commerce, la défense de payer adressée à l'acquéreur ou au tiers détenteur des fonds leur impose d'immobiliser le prix au profit des opposants, sans affecter directement leur situation patrimoniale. L'opposition ne préjudicie véritablement qu'au vendeur du fonds en l'empêchant de percevoir le prix de cession. Son efficacité est par ailleurs garantie par une sanction particulièrement dissuasive puisque le paiement réalisé au mépris de l'opposition est inopposable aux créanciers. La transgression de l'interdiction de payer, adressée au moyen de l'opposition, oblige l'acquéreur du fonds à procéder une seconde fois au paiement au profit des créanciers, s'il s'est libéré du prix entre les mains du vendeur[1]. La même sanction s'applique en cas de non-respect de l'opposition du syndic au paiement du prix de vente d'un lot en copropriété : tout paiement ou tout transfert du prix au mépris de son opposition lui devient inopposable[2]. L'acquéreur a donc un intérêt évident à se soumettre aux effets issus de l'opposition.

150.- En matière de partage, les agissements de nature à contrarier l'efficacité de l'opposition se sanctionnent par la règle de l'inopposabilité chaque fois que les copartageants ont réalisé le partage soit en fraude du droit d'opposition, soit de façon à rendre l'acte frauduleux inattaquable. L'intérêt des créanciers personnels d'un indivisaire prime dans de telles circonstances sur la stabilité du partage. L'action paulienne est recevable si les héritiers ont procédé au partage avec une précipitation anormale, dans le but d'empêcher le créancier d'exercer son droit d'opposition et d'assister aux opérations de partage[3]. Il appartient au créancier opposant d'établir qu'il a été mis dans l'impossibilité d'agir à titre conservatoire par les copartageants et qu'ils avaient intention d'agir en fraude de son droit d'opposition. La

---

[1] Cass. com. 1er juin 1981 : *D.* 1981, p. 654 note J. P. MARTY. A charge pour l'acquéreur de se retourner ensuite contre le vendeur ou contre le tiers chargé de l'opération qui l'aurait incité à passer outre l'opposition. Trib. com. Saint Etienne, 3 oct. 1935 : *Rev. fonds de commerce* 1935, p. 303. –Trib. Seine, 17 janv. 1955 : *Gaz. Pal.* 1955, I, p. 392 ; *RTD com*. 1955, p. 546, n° 21 obs. A. JAUFFRET.

[2] Alinéa 2 de l'article 20 de la loi du 10 juillet 1965.

[3] Cass. Req., 14 février 1870 : *D.P.* 1871, I, p. 21 ; Cass. 1re civ., 16 juin 1981 : *D.* 1982, IR p. 123, obs. M. VASSEUR ; Cass. 1re civ., 25 février 1986, *Bull. civ.* I, n° 35 ; *RTD civ.* 1987, p. 134 obs. J. PATARIN.

précipitation caractérisée avec laquelle le partage a été réalisé ou sa clandestinité suffisent généralement à démontrer l'intention frauduleuse des cohéritiers[1]. Le créancier a alors le droit de se prévaloir de l'action paulienne afin que le partage lui soit déclaré inopposable et révoqué dans la mesure de son intérêt. Encore faut-il qu'il prouve, de surcroît, la fraude des copartageants à son droit de créance et le préjudice subi de ce fait.

Les créanciers peuvent également recourir à l'action paulienne, indépendamment de toute opposition, pour attaquer un partage simulé ou fictif[2]. Les copartageants marquent ainsi leur intention de profiter du caractère stable et inattaquable du partage, en dépit du maintien de l'indivision ou pour déguiser une libéralité. Le partage est simulé chaque fois que les véritables lots ne correspondent pas à ceux qui ont été apparemment attribués ou qu'il a été fait avec de faux héritiers[3]. Il appartient aux créanciers d'attaquer le partage par une action en déclaration de simulation et de rapporter la preuve de la fictivité du partage, sous réserve de l'appréciation souveraine des juges du fond. La simulation reconnue, les créanciers ont la possibilité de faire valoir leur droit d'opposition si l'indivision subsiste malgré le caractère fictif du partage. Ils peuvent également recourir à l'action paulienne pour attaquer l'acte secret notamment, lorsque les parties sous l'apparence d'un partage déclaratif ont procédé à un acte translatif à titre gratuit ou onéreux[4].

151.- L'inopposabilité constitue une des sanctions de nature à inciter au respect de l'opposition dans la mesure où elle rend sans intérêt sa violation, en privant l'acte accompli au mépris de celle-ci de toute efficacité vis-à-vis des opposants. Elle n'exclut cependant pas le jeu d'autres mesures de réparation ou de sanction de la faute issue du non-respect de l'opposition.

---

[1] Il en est ainsi lorsque le partage a été réalisé cinq semaines après le jugement de condamnation. Cass. 1re civ., 3 déc. 1985 : *Gaz. Pal.* 1986, I, panor. p. 60. Ce n'est pas le cas lorsque le partage a été effectué une année après le changement homologué et régulièrement publié d'un régime matrimonial Cass. 1re civ., 22 oct. 1985 : *Gaz. Pal.* 1986, I, panor., p. 40.

[2] Certaines juridictions ont parfois autorisé les créanciers non opposants à critiquer le partage en cas de concert frauduleux entre tous les copartageants. CA Grenoble, 1er juin 1850 : *DP* 1854, V, p. 540 ; CA Lyon, 17 février 1854 : *D.P.* 1855, II, p. 224 ; CA Amiens, 17 mars 1869, *D.P.* 1874, V, p. 364. La Cour de cassation a cependant écarté une telle solution dans la mesure où elle prive d'effet les dispositions de l'article 882 du Code civil. Cass. Req., 9 juill. 1866 : *DP* 1866, 1, p. 369. Cf. également les nombreuses autres décisions citées par Cl. BRENNER, Rép. Civ. Dalloz, article précité, n° 398.

[3] Cass. Req., 25 juin 1935 : *DH* 1935, p. 474 ; Cass. 1re civ., 2 février 1977 : *D.* 1977 IR p. 246.

[4] Civ. 1er, 29 mai 1979 : *Bull. civ.* I, n° 157 ; *Defrénois* 1980, art. 32867, n°33, p. 605 obs. CHAMPENOIS ; *D.* 1979, IR p. 496 obs. D. MARTIN ; CA Paris, 21 mai 1984 : *D.* 1986, p. 131, note POTIRON ; *RTD civ.* 1980, p. 406 obs. R. NERSON et J. RUBELLIN DEVICHI.

2°) Les autres sanctions du non-respect de l'opposition

152.- Le non-respect de l'opposition est susceptible d'engager la responsabilité de son destinataire. L'octroi de dommages et intérêts au profit de l'opposant se combine parfois avec des mesures de réparation, accordant au créancier un recours spécifique à l'encontre du destinataire de l'acte conservatoire. Comme toute sanction, la responsabilité de ce dernier s'accompagne d'un effet comminatoire qui participe à l'efficacité de l'opposition.

153.- Les créanciers opposants disposent ainsi d'une action révocatoire lorsque les héritiers ont procédé au partage sans les avoir convoqués. Leur recours n'emprunte pas les traits de l'action paulienne. Par conséquent, ils n'ont pas à prouver la fraude des copartageants[1], présumée de manière irréfragable du seul fait de la violation de l'opposition[2]. Les créanciers peuvent ainsi obtenir l'annulation du partage et la reconstitution de l'indivision[3], sous réserve de justifier d'un intérêt à agir et d'un préjudice issu de la réalisation du partage hors de leur présence[4]. Les conditions de la responsabilité civile étant remplies, les opposants ont la possibilité de demander une indemnité compensant leur préjudice plutôt que de poursuivre la révocation du partage[5].

154.- En cas d'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire, la violation de l'opposition des créanciers constitue une faute lourde susceptible d'engager la responsabilité civile de l'héritier bénéficiaire, selon les termes de l'article 804 du Code civil, et d'entraîner la nomination d'un administrateur judiciaire se substituant à ce dernier[6]. Les créanciers opposants ont la possibilité de poursuivre l'héritier pendant dix ans sur l'ensemble de ses biens personnels, depuis le jour où il a effectué le paiement litigieux[7]. Ces derniers ont droit au paiement du dividende qu'ils auraient perçu dans une distribution régulière et

---

[1] Req. 4 déc. 1869 : *S.* 1870, I, p. 347 sol. implicite ; Cass. 1re civ., 2 février 1977 : *D.* 1977, IR p. 246.
[2] CA Pau, 3 fév. 1855 : *DP* 1856, 2, p. 12 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, Traité élémentaire de droit civil de PLANIOL, tome IV, n° 3202 ; H. L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, Les successions, les libéralités, t. 4, 2e vol., par L. et S. LEVENEUR, Montchrestien, 1999, n° 1780.
[3] Cass. civ., 27 oct. 1959 : *Bull. civ*. I, n° 442, p. 366 ; Cass. 3ème civ., 19 déc. 1990 : *Bull. civ*. III, n° 266, *JCP* 1991, 31739, note M. BEHAR-TOUCHAIS.
[4] Req. 22 déc. 1869 : *D.* 1870, 1, p. 253 ; Cass. civ., 29 mars 1892 : *D.P.*1893, 1, p. 168.
[5] G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, « *Les successions les libéralités* », Sirey, Paris, 1983, n° 799, p. 600.
[6] Civ. 26 nov. 1890 : *D.P*. 1891, 1, p. 345 ; CA Orléans 14 avril 1859 : *S.* 1860, 2, p. 267.
[7] Avant l'intervention de la loi du 5 juillet 1985 les poursuites pouvaient s'exercer pendant trente ans. C. civ., art. 2270-1.

éventuellement, à des dommages et intérêts[1]. L'héritier dispose néanmoins d'un recours contre les créanciers non opposants à qui il a versé plus que leur dividende, au détriment des créanciers opposants, pour la somme excédent leur part[2]. Les opposants bénéficient également d'un recours direct et personnel contre les autres créanciers et légataires payés au mépris de leur acte conservatoire[3]. Ils peuvent se retourner contre les légataires pour l'ensemble des biens qu'ils ont perçu afin d'obtenir l'intégralité de ce qui leur a été indûment payé et contre les autres créanciers pour les sommes qu'ils ont reçues au-delà de leur dividende. Les légataires opposants ont seulement un recours contre les autres légataires payés avant eux au mépris de leur opposition, mais non contre les créanciers en raison de leur rang inférieur[4].

155.- En matière bancaire, le tiré qui reçoit une opposition au paiement d'un chèque doit refuser le règlement de toutes les formules visées par celle-ci et il devient responsable des paiements effectués postérieurement, même par d'autres guichets ou banquiers[5]. Le tiré qui paie un chèque au mépris d'une opposition commet une faute de nature à engager sa responsabilité civile et qui le contraint à rembourser les sommes prélevées au tireur[6]. Le banquier engage également sa responsabilité délictuelle à l'égard du preneur du chèque s'il n'a pas entrepris les formalités nécessaires à l'enregistrement de l'opposition au fichier central des chèques, en avisant la banque de France de celle-ci chaque fois qu'elle se fonde sur la perte ou le vol des formules.

---

[1] En vertu du principe selon lequel on répare tout le préjudice mais rien que le préjudice, les créanciers ne peuvent obtenir le paiement intégral, sauf dans les cas où la procédure leur aurait permis d'obtenir un tel paiement. Civ. 22 novembre 1978 : *Bull. civ*. I, n° 359 ; *Defrénois* 1979, art. 32093, obs. G. CHAMPENOIS, *D.* 1979, IR p. 257, obs. D. MARTIN.

[2] M. PLANIOL et G. RIPERT, tome IV, n° 442 contra LAURENT, précité, n° 161.

[3] La doctrine n'est toutefois pas unanime sur le délai de prescription du recours des opposants contre les créanciers et les légataires payés avant eux. Certains auteurs le soumettent au délai de trois ans prévu par l'article 809 du Code civil (M. GORÉ, article précité, n° 156 ; M. GRIMALDI, Droit civil, Les successions, 6ème Litec, 2003, n° 649, AUBRY et RAU, ouvrage précité, t. X, n° 618 texte et note 65) alors que d'autres considèrent que le délai prévu par cet article concerne seulement l'action créanciers non opposants contre les légataires et doit faire l'objet d'une interprétation restrictive, justifiée par sa nature dérogatoire à la règle de droit commun. Le délai de prescription serait donc de 30 ans (C. civ., art. 2262). En ce sens M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité de droit civil français, t. IV par MAURY et VIALLETON, n° 442 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, ouvrage précité, T. IV, n° 2608.

[4] CA Orléans, 14 avril 1859 : *S.* 1860, II, p. 67.

[5] Cass. com., 20 juin 1977 : *D.* 1978, J, p. 398, note C. GAVALDA ; *JCP* 1978, II, 18808 note VEZIAN ; Cass. com., 9 février 1982 : *RTD com*. 1982, p. 590.

[6] L'action en responsabilité contre le banquier obéit à la prescription de droit commun et non à celle de l'action en paiement du porteur contre le tiré CA Riom, 4 juillet 1980 : *D.* 1981, IR p. 303.

156.- Les dispositions relatives à l'opposition ne s'accompagnent pas toujours de mesures sanctionnant expressément sa violation, notamment en droit du travail. La Cour de cassation a d'ailleurs estimé que l'application de l'accord au détriment d'une opposition régulièrement formée constituait un trouble manifestement illicite, même en présence d'une contestation sérieuse sur la nature dérogatoire de l'accord[1]. L'employeur n'a pas en effet à se faire juge de l'opposition. En cas de contestation sur la régularité de celle-ci, il lui appartient de saisir le Tribunal de grande instance pour en obtenir l'annulation[2]. L'application d'une convention ou d'un accord collectif minoritaire, au mépris du droit d'opposition des syndicats majoritaires, engage *a priori* la responsabilité de ses signataires. Le non-respect de l'opposition ne trouve effectivement pas sa juste sanction dans l'inopposabilité. L'accord appliqué au mépris de celle-ci ne saurait produire plus d'effets qu'il n'en aurait eu, si l'opposition avait été respectée. Il convient de se référer, à cet égard, aux règles spécifiques au droit du travail. La jurisprudence en application de l'adage « *tu patere legem* » (subis les effets de ta propre loi) assimile l'accord appliqué au mépris des dispositions légales à un engagement unilatéral de l'employeur soumis, par conséquent, au principe de faveur. Ainsi, la conclusion d'accords dits atypiques entre l'employeur et des représentants du personnel élus, en l'absence de toute autorisation légale à cet effet, est traditionnellement analysée comme telle[3]. Outre, le caractère dissuasif de la sanction, elle a l'avantage d'être respectueuse de l'intérêt collectif protégé par le droit d'opposition.

157.- La sanction attachée à la violation de l'opposition favorise son respect, soit qu'elle dissuade de sa violation, soit qu'elle la rende inutile. A cet égard, l'amende prévue par l'article 68 du Code civil, à l'encontre de l'officier de l'état civil qui célèbre un mariage accompli au mépris d'une opposition, apparaît dérisoire. Certes, elle n'exclut pas le recours à des sanctions civiles ou administratives contre celui-ci. Toutefois ces dernières doivent, à notre sens, être suffisamment conséquentes pour dissuader d'agir au mépris de l'opposition dans la mesure où la coercition dont elle s'entoure, participe à son efficacité[4].

---

[1] Avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, le droit d'opposition était notamment soumis au caractère dérogatoire de l'accord. Cass. soc., 24 mai 2004 : *SSL* 1er juin 2004, rapport. M.-L. MORIN ; *Lexbase* n°N1796AB7 com. Ch. RADÉ.

[2] Cf. *infra* § 419 à propos des formes de l'opposition.

[3] Voir notamment Cass. soc., 5 juin 2001 : *Bull. civ*. V, n° 208. -E. DOCKÈS, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc*. 1994, p. 227.

[4] Le maire de Bègles a ainsi été suspendu d'un mois de ses fonctions pour avoir célébré un mariage homosexuel en dépit de l'opposition du Parquet. TA Bordeaux, 9 juill. 2004 : précité.

Conclusion du Chapitre

158.- L'intérêt protégé par l'opposition ne l'est qu'en considération d'une menace qui procède de l'activité juridique d'autrui, indépendamment de son caractère ou non licite. Les actes projetés ou réalisés par autrui sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts de l'opposant, soit parce leur opposabilité l'affecte particulièrement, soit parce qu'ils méconnaissent l'opposabilité de ses prérogatives juridiques. L'opposition protège ainsi son titulaire des actes juridiques accomplis par autrui et préjudiciables à son égard, en raison des liens étroits qu'il possède avec l'une des parties au contrat ou à l'instance. Le recours à l'opposition lui permet également d'opposer ses prérogatives juridiques à un tiers, dans les circonstances où l'activité de celui-ci lui porte directement atteinte.

159.- Le droit d'opposition intervient, à cet effet, dans des situations préalablement déterminées par la loi et où il apparaît que l'absence d'opposition serait de nature à compromettre les intérêts de son auteur. A cet égard, le droit d'opposition se présente comme une défense tout autant nécessaire qu'efficace, son efficacité étant induite de sa nécessité. L'opposition peut effectivement être qualifiée comme telle dans la mesure où elle constitue le meilleur moyen, sinon l'unique, pour parvenir à la sauvegarde des intérêts de son titulaire. Le caractère nécessaire de l'acte justifie l'adéquation de son régime juridique au but poursuivi et dote incontestablement l'opposition des ressources propres à l'obtention du résultat recherché. L'efficacité de l'opposition conditionne d'ailleurs le recours à celle-ci et s'avère, le plus souvent garantie, par l'existence de sanctions de nature à dissuader de sa violation.

Conclusion du Titre

160.- Seule, la menace qui pèse sur un intérêt digne de protection justifie le recours à l'opposition. La diversité des intérêts préservés par celle-ci en fait un instrument de protection très souple et susceptible de connaître de nouvelles extensions. Il est, à cet égard, manifeste que les intérêts protégés par l'opposition ne se ramènent pas uniquement à la protection d'une prérogative propre à son titulaire, dont il convient de dépasser la situation personnelle. Ainsi, l'opposition défend le plus souvent un intérêt transcendant celui de son titulaire et concourt au respect d'un droit fondamental ou plus largement, à la satisfaction d'un intérêt général, immanent aux membres de la société, et particulièrement digne d'être protégé.

161.- La protection accordée par l'opposition ne saurait cependant être laissée à la libre appréciation de son titulaire. La menace qui fonde le recours à celle-ci est, de ce point de vue, préalablement déterminée par le législateur dans la mesure où l'opposition apporte une restriction à l'activité juridique menée par autrui. La menace à laquelle fait obstacle le droit d'opposition entretient des liens forts avec la notion d'opposabilité et rend nécessaire la technique de l'opposition à la sauvegarde des intérêts de son titulaire. Aussi, dans toutes les situations où il est admis à se prévaloir de l'opposition, celle-ci se présente comme un instrument de protection particulièrement efficace pour assurer la défense de ses intérêts légitimes.

TITRE II

LES TITULAIRES DU DROIT D'OPPOSITION

162.- A partir du moment où l'on considère que l'opposition constitue un moyen de défense destiné, soit à se préserver de l'opposabilité des actes juridiques accomplis par autrui, soit à renforcer l'opposabilité de ses prérogatives, ses titulaires ne s'identifient plus seulement au regard de leur qualité de créanciers ou de syndicats majoritaires mais également, par rapport à la distinction plus générale faite entre la notion de partie et de tiers.

163.- Les titulaires de l'opposition possèdent effectivement la qualité de tiers vis-à-vis de l'acte juridique dont ils essaient de se préserver. Leur attribuer une telle qualité signifie qu'ils ne peuvent être regardés comme des parties à un acte conventionnel, faute d'avoir consenti à celui-ci, ou à un acte juridictionnel en vertu de l'autorité de la loi[1]. La relativité des actes juridiques s'oppose, d'ailleurs, à la reconnaissance de droits ou d'obligations à l'égard de ceux qui n'ont pas exprimé leur consentement à la convention, ou qui sont restés étrangers à l'instance. La règle se justifie tant par le principe de l'autonomie de la volonté pour les actes conventionnels que par celui du respect du contradictoire pour les actes juridictionnels[2]. Cependant, si le principe de l'effet relatif s'avère indispensable à la protection des tiers, il ne leur permet pas d'occulter la situation créée par l'intégration de l'acte au sein de l'ordonnancement juridique. Son opposabilité est donc parfois ressentie avec virulence par les tiers, en raison des liens étroits qu'ils entretiennent avec l'une des parties au contrat ou à l'instance. Inversement, les tiers peuvent aussi être affectés par les actes projetés ou réalisés par autrui, sans participer à ceux-ci, chaque fois que l'acte en cause porte directement atteinte à leurs intérêts.

---

[1] Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, Le tiers à l'acte juridique, Préf. J. HAUSER, LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 333, 2000, p. 15.
[2] C. Civ., art 1165 et 1351.

164.- L'accès à la qualité de tiers confère à son titulaire un statut protecteur lui permettant de défendre ses intérêts, notamment en ce qui nous concerne, au moyen de l'opposition. Reconnaître la qualité de tiers aux opposants oblige à les distinguer aussi bien des parties que des tiers absolus, plus généralement appelés les *penitus extranei*, qui demeurent tout à fait étrangers à un acte juridique. De surcroît, la qualité de tiers apparaît le plus souvent induite de l'opposition, réserve faite de la tierce opposition. Les opposants sont, en général, appréhendés directement par référence à leur qualité intrinsèque plutôt que par référence à leur position de tiers. Pour prétendre au bénéfice de l'opposition, il faut donc être désigné, à cet effet, en fonction d'un titre ou d'une aptitude particulière. La désignation du titulaire de l'opposition conditionne donc de manière plus ou moins graduée l'accès à la qualité d'opposant.

165.- La qualité requise pour s'opposer n'est, de ce point de vue, pas toujours exempte de critiques. Une admission trop large ou trop stricte des titulaires de l'opposition a des incidences particulièrement graves pour autrui. Il en est notamment ainsi lorsque la prérogative de l'opposant participe à la satisfaction d'un intérêt général ou collectif. La remarque concerne particulièrement la prérogative des ascendants et celle des syndicats majoritaires. Les premiers sont les plus qualifiés pour apprécier l'existence d'un empêchement et, de manière assez paradoxale, les mieux à même de porter atteinte à la liberté matrimoniale, en s'opposant en toute impunité à la célébration du mariage. De même, la condition de majorité exigée des syndicats, pour faire obstacle à un accord conventionnel minoritaire, s'avère peu compatible avec la défense de l'intérêt collectif des salariés et la finalité de la négociation collective. Autrement dit, à défaut d'être encadrée ou appropriée, la qualité nécessaire pour s'opposer, empêche parfois le droit d'opposition d'atteindre sa finalité et oblige à redéfinir les critères d'habilitation de ses titulaires.

Les titulaires désignés de l'opposition (chapitre I) doivent parfois laisser leur place aux seuls titulaires souhaités de l'opposition (chapitre II).

CHAPITRE I

LES TITULAIRES DÉSIGNÉS

166.- La désignation des titulaires de l'opposition s'effectue de manière presque aussi précise que celle des événements justifiant sa mise en œuvre. Elle répond au souci de réserver l'opposition seulement à ceux dont la qualité laisse présumer de leur intérêt légitime à s'opposer. Les opposants sont ainsi sélectionnés avec une précision plus ou moins grande par le législateur, au regard de leurs qualités particulières. Leur position de tiers ressort implicitement de l'information précédant l'exercice de leur prérogative. A défaut d'être partie à l'acte juridique préjudiciable à ses intérêts, l'opposant n'est en mesure de s'en défendre que s'il a la possibilité de s'informer ou d'être informé de sa réalisation. Le titulaire de l'opposition doit tout autant être désigné pour s'opposer, que se savoir désigné, afin d'être effectivement à même de défendre ses intérêts.

La désignation des titulaires de l'opposition suppose ainsi leur détermination (section I) mais aussi leur information (section II).

Section I

La détermination des titulaires

167.- Les titulaires de l'opposition se distinguent principalement par leur position de tiers à l'égard de l'acte juridique dont ils souhaitent se défendre. Contrairement aux *penitus extranei*, ils manifestent un intérêt minimum à celui-ci en ce qu'il est susceptible de leur préjudicier. Les tiers ne sauraient pour autant se confondre ou être assimilés à une partie. Ils n'émettent, en effet, aucun « *consentement-engagement*[1] » à la convention et ils ne possèdent pas la qualité processuelle de partie à l'instance, à défaut d'être impliqués dans un lien d'instance[2].

168.- La qualité de tiers semble nécessaire à l'opposition sans pour autant lui être suffisante. N'importe quel tiers ne saurait s'en prévaloir et celle-ci constitue le privilège exclusif de ceux que la loi vise, le plus souvent, au regard du titre ou de la qualité particulière dont ils peuvent se prévaloir[3]. Le droit d'opposition est réservé aux seuls tiers habilités, voire attitrés, à cet effet[4]. La qualité de créancier, de titulaire d'un droit antérieur sur la marque, de syndicats majoritaires correspond ainsi à la situation juridique, légalement prise en compte, pour attribuer le droit d'opposition.

Les titulaires de l'opposition se distinguent par leur position de tiers (paragraphe I) mais aussi et surtout, par leur qualité qui permet de sélectionner les tiers titulaires de l'opposition (paragraphe II).

---

[1] L'expression est empruntée à Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, précité.
[2] J. VINCENT et S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 484.
[3] Sauf dans les rares situations où la qualité de l'opposant demeure indifférente et seul compte l'intérêt qu'il manifeste à s'opposer. Il en est ainsi chaque fois que l'opposition sert à la défense d'un droit en principe extrapatrimonial tel le droit au nom ou encore le droit à la tranquillité.
[4] Les professeurs G. CORNU et J. FOYER distinguent ainsi les actions attitrées des actions banales. Les premières concernent les hypothèses dans lesquelles l'action est réservée par la loi aux personnes qu'elle détermine alors que les secondes sont ouvertes à tout intéressé. Ouvrage précité, p. 335.

§ I. L'assimilation de l'opposant à un tiers

169.- La situation de l'opposant, en tant que tiers, ressort de l'intérêt qu'il manifeste à un acte juridique auquel il n'a pas participé et qui s'avère néanmoins susceptible de porter atteinte à ses intérêts. L'assimilation de l'opposant à un tiers s'induit de l'examen des différents titulaires de l'opposition et ne constitue pas une condition explicitement exigée pour s'opposer, hormis en ce qui concerne la tierce opposition. Le qualificatif de tiers attribué aux opposants ne soulève d'ailleurs guère de difficultés, sauf à l'égard du défaillant à l'instance et des créanciers opposants à une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire. Il conviendrait alors d'admettre des exceptions à la qualité de tiers attribuée à l'opposant, sous réserve du caractère plus ou moins virtuel, voire putatif, de la qualité de partie reconnue dans ces situations aux titulaires de l'opposition.

L'assimilation de l'opposant à un tiers semble être de principe (A) et ne connaît des exceptions qu'en apparence (B).

A. Le principe de l'assimilation de l'opposant à un tiers

170.- L'attribution de la qualité de tiers à l'opposant ne soulève aucune difficulté dans la majorité des domaines où l'opposition intervient. Une telle affirmation induit d'ailleurs que celui-ci n'a été ni partie, ni représenté à l'acte juridique dont il entend se défendre. Les syndicats majoritaires non signataires de l'accord auquel ils s'opposent ont ainsi la position de tiers à l'égard de celui-ci[1]. Le titulaire d'un droit antérieur se trouve également être un tiers à l'égard de la demande d'enregistrement d'une marque similaire déposée par autrui.

171.- La distinction ainsi faite entre les parties et les tiers, pour ne concéder l'opposition qu'aux seconds, n'est pas toujours aussi aisée. La représentation d'une personne par une partie à un acte juridique fait, en effet, obstacle à son assimilation à un tiers. Elle amène à s'interroger tout aussi bien sur la qualité de tiers nécessaire à l'exercice de la tierce opposition que sur celle des créanciers chirographaires. Leur qualité d'ayants cause du débiteur a, en effet, longtemps conduit à les considérer comme étant représentés par celui-ci.

[1] La qualité de tiers est une condition posée par le Code du travail pour s'opposer. C. trav., art. L. 132-2-2.

A cet égard, si la qualité de tiers de l'opposant est une condition déterminante du recours à la tierce opposition (1), elle n'est qu'une qualité sous-jacente à l'exercice de l'opposition des créanciers chirographaires (2).

1°) Une condition déterminante de la tierce opposition

172.- En procédure civile, la reconnaissance de la qualité de tiers va de pair avec le droit de former tierce opposition à un jugement susceptible d'affecter les intérêts d'une personne, en principe en dehors du lien d'instance. La sélection des tiers susceptibles d'invoquer le bénéfice de la tierce opposition se réalise par l'exigence d'un intérêt à agir, fut-il moral, dès qu'il trouve sa source dans la chose jugée et plus exactement, dans les dispositions du jugement. L'article 583 du Nouveau Code de procédure civile inclut dans la catégorie des tiers uniquement ceux qui n'ont été ni parties, ni représentés au jugement[1]. Malgré l'apparente simplicité du critère proposé pour identifier les tiers, il pose néanmoins certaines difficultés pour déterminer les parties (a) et surtout, les personnes représentées à l'instance, au regard de la complexité affectant la notion de représentation en ce domaine (b)[2].

a. La qualité de tiers, exclusive de celle de partie

173.- La tierce opposition est naturellement fermée à l'égard de toutes les personnes qui ont pu faire valoir leurs prétentions en figurant à l'instance, ou qui ont acquis la qualité de partie par effet de la loi sans avoir à émettre de prétention[3].

---

[1] La tierce opposition se distingue des actions attitrées dans la mesure où elle est ouverte à tous les tiers ayant un intérêt, sous réserve des cas où le législateur en restreint l'exercice à des personnes déterminées. Aux termes de l'article 1397 du Code civil, seuls les créanciers de l'un des époux ont qualité pour former tierce opposition contre le jugement d'homologation de changement du régime matrimonial fait en fraude de leurs droits. L'alinéa 3 de l'article 583 du Nouveau Code de procédure civile réserve la qualité de tiers en matière gracieuse uniquement à ceux auxquels la décision n'a pas été notifiée, sauf si la décision est en dernier ressort. Voir C. LEMAIRE-PECRIAUX, « Le changement de régime matrimonial et les tiers », *Gaz. Pal.* 19-20 nov. 2000, p. 12.

[2] N. FRICERO, *Rép. Procédure civile Dalloz*, 1995, V. Tierce opposition, n° 41 et s. ; R. MARTIN, *J-Cl. Procédure civile*, 1995, Fasc. 738, Tierce opposition, n° 43 à 131.

[3] Il s'agit ainsi de permettre à certains organismes, tels que l'ASSEDIC (C. trav, art. L. 122-14-4, al. 2) ou le fonds de garantie automobile (C. assur., art. L. 211-14) de profiter d'une partie des effets d'un jugement et notamment de prestations en leur faveur. J. VINCENT et S. GUINCHARD, ouvrage précité, p. 445.

174.- Ainsi, le demandeur et le défendeur sont tout naturellement irrecevables à la former, tout comme les personnes devenues parties au procès, en cours d'instance, par le mécanisme de l'intervention volontaire ou forcée[1]. La jurisprudence assimile aux parties ceux qui, à défaut d'avoir été entendus, deviennent *« des parties nécessaires »* à l'instance ou ceux dont la participation à celle-ci contredit leur état de tiers. Partie à l'instance par effet de la loi, l'ASSEDIC n'a pas, en principe, la qualité de tiers au procès opposant l'employeur au salarié irrégulièrement licencié et condamnant le premier au remboursement de tout ou partie des indemnités chômage[2]. La Cour de cassation refuse également, au débiteur, le droit d'invoquer la tierce opposition à l'encontre du jugement prononçant sa liquidation de biens ou son règlement judiciaire, même s'il n'a pas été entendu ou appelé au cours du procès[3]. Le débiteur, en tant que partie nécessaire à l'instance pourrait faire valoir ses prétentions seulement par la voie de l'appel.

175.- Une jurisprudence ancienne refuse, également, au représentant en justice de l'une des parties le droit de former tierce opposition contre la décision rendue à l'encontre du plaideur qu'il représente. Le représentant est, en effet, si intimement lié à la procédure qu'il ne peut être regardé comme un tiers[4]. Le même principe s'applique au magistrat qui ne saurait former tierce opposition à l'encontre de l'arrêt d'appel réformant son jugement rendu en première instance[5]. Une personne partie, à un jugement en une certaine qualité, serait cependant admise à former tierce opposition en vertu d'une autre qualité[6]. Enfin, les personnes simplement appelées à participer au procès sans être unies par les liens d'instance, notamment en vue de produire certaines pièces ou de témoigner, conservent généralement leur position de tiers[7].

La détermination des parties à l'instance s'avère relativement aisée et les problèmes les plus délicats pour identifier les titulaires de la tierce opposition tiennent aux difficultés d'interprétation de la notion de représentation.

---

[1] NCPC, art. 66.
[2] C. trav. art. L. 122-14-4. - Cass. soc., 5 mars 1996 : *Juris-Data* n° 000937. *Contra* Cass. soc., 16 mars 1989 : *RTD civ.* 1989, p. 620 obs. R. PERROT.
[3] Cass. com., 17 juin 1975 *: Bull. civ.* IV, n° 168 et 169 ; *D.* 1976 p. 65 note P. JULIEN ; *RTD civ.* 1976, p. 404, obs. R. PERROT.
[4] Cass. civ., 23 janv. 1888 : *DP* 1888, I, p. 125 ; Cass. 2ème civ., 3 mai 1972 : *Bull. civ.* II, n° 121.
[5] Cass. 2ème civ. 7 juin 1989 : *Bull. civ.* II, n° 125 ; *Gaz. Pal.* 1989, II, panor. p. 172.
[6] J. VINCENT et S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 1487.
[7] P. DELMAS SAINT-HILAIRE, ouvrage précité, p. 34 et s.

b. La qualité de tiers, exclusive de toute représentation

176.- Le tiers ne doit avoir été ni partie, ni représenté à l'instance par l'un des plaideurs au procès pour prétendre former tierce opposition à une décision. Le terme de représentation revêt ici une acception plus large qu'en droit civil où il concerne seulement les situations dans lesquelles une personne agit pour le compte et au nom d'une autre. Il permet à la jurisprudence de contenir, dans des limites raisonnables, le recours à la tierce opposition. Le mécanisme de la représentation évince ainsi tous ceux dont les intérêts sont censés avoir été représentés par le demandeur. L'existence d'un lien de droit entre celui qui entend former tierce opposition et l'une des parties à l'instance suffit souvent à établir la représentation du premier par le second[1]. La tierce opposition est, de ce fait, logiquement fermée aux tiers représentés sur la base d'un contrat ou en vertu de la loi et de façon parfois plus ou moins contestable, à ceux dont la représentation repose sur une fiction juridique. L'identification des tiers admis à se prévaloir de la tierce opposition suppose de cerner les contours de la notion de représentation (i), mais aussi les exceptions apportées à celle-ci (ii).

i. Les contours de la représentation

177.- La tierce opposition est en principe refusée à tous ceux qui ont été représentés à l'instance en vertu d'un mandat légal, conventionnel ou judiciaire. La technique de la représentation légale amène ainsi à reconnaître que les actes accomplis par l'un des époux communs en biens sur la masse commune engagent nécessairement l'autre époux. La représentation d'un individu par l'un des plaideurs apparaît tout aussi clairement établie en présence d'un mandat conventionnel. Les associés sont traditionnellement représentés par le mandataire social dans les litiges opposant la société à des tiers et ce, quelle que soit l'attitude du représentant[2]. La solution dérange quelque peu et justifierait, au moins,

[1] D. VEAUX, P. VEAUX-FOURNERIE, « Les surprises de la tierce opposition », *Études offertes à H.-D. COSNARD*, Economica, 1990, p. 413, n° 6.

[2] Il a été jugé que les associés restent représentés au procès en dépit de la négligence du gérant d'une SARL ou de la défaillance à l'instance du gérant d'une société civile immobilière. Cass. com., 5 avr. 1965 : *Bull. civ.* IV, n° 74 ; *D.* 1965, p. 666 et 28 fév. 1972 : *Bull. civ.* IV, n° 74 – Cass. Com. 15. juill. 1975 : *Bull civ.* IV, n° 207. Il en est ainsi même si le représentant excède ses pouvoirs. Voir à ce sujet l'article 1849 du Code civil pour les sociétés civiles et les articles 49 et 119 de la loi du 24 juillet 1966 pour la SARL et la SA.

l'ouverture de la tierce opposition au profit de l'associé lorsque le représentant de la société a fait défaut ou n'a présenté aucun moyen de défense[1].

178.- L'ayant cause universel ou à titre universel, en tant que continuateur de la personne de son auteur, n'a pas la possibilité d'attaquer par la tierce opposition les jugements auxquels celui-ci était partie. De même, les créanciers chirographaires en considération de leur droit de gage général sont, en règle générale, représentés par leur débiteur dans le jugement rendu contre ce dernier[2]. Les ayants cause à titre particulier ne sont, en revanche, représentés par leur auteur que pour les actes antérieurs à la naissance de leurs droits[3] et possèdent la qualité de tiers pour les actes postérieurs[4].

179.- La jurisprudence a également étendu la notion de représentation à tout individu dont les intérêts ont en fait trouvé un défenseur à l'instance en raison « *d'une identité ou tout du moins une communauté d'intérêts* » entre une partie et celui que l'on considère représenté[5], sous réserve qu'il existe « *une étroite dépendance entre les intéressés* »[6]. Le sous-locataire est ainsi représenté par le locataire dans le litige opposant celui-ci au bailleur et il ne peut, par conséquent, invoquer la tierce opposition à l'encontre du jugement résiliant le bail[7]. Pour une raison identique, l'assureur n'est pas recevable à former tierce opposition au jugement rendu contre l'assuré, lorsque le contrat d'assurance comporte une clause de direction du procès[8].

180.- La notion de communauté d'intérêts fait, à cet égard, l'objet d'une application privilégiée vis-à-vis des coobligés solidaires, c'est-à-dire des débiteurs ou des cautions solidaires[9]. Ces derniers sont censés se représenter mutuellement, aussi le jugement rendu contre un codébiteur ne peut-il être attaqué par les autres au moyen de la tierce opposition. La

---

[1] D. CHOLET, La distinction des parties et des tiers appliquée aux associés, *D.* 2004, chron., p. 1147 ; D. VEAUX, P. VEAUX-FOURNERIE, article précité, n° 21, p. 423.
[2] Cass. Req., 8 juillet 1850 : *DP* 1850, 1, p. 224. La solution est identique pour les créanciers hypothécaires ou privilégiés Cass. Req., 21 mars 1904 : *DP* 1907, I, p. 5 ; Cass. 2ème civ., 20 octobre 1965 : *Bull. civ.* II, n° 765.
[3] Cass. 1re civ., 18 avr. 2000 : *Procédures* 2000, n° 184, obs. R. PERROT.
[4] Leur auteur n'ayant plus alors le droit transmis, seul l'ayant cause a vocation à le défendre car il en est devenu le légitime détenteur Pour une approche critique. Cf. P DIDIER, De la représentation en droit privé, Préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 339, 2000, p. 25.
[5] Cass. 1re civ., 13 oct. 1967 : *Bull. civ.* I, n ° 265. - G. WIEDERKEHR, *Justices*, 1995-1, p. 248, obs. sous Cass. 2ème civ., 5 mai 1993.
[6] R. PERROT, obs. sous Cass. 2ème civ., 22 déc. 1998 et Cass. 1re civ., 8 déc. 1998 : *RTD civ.* 1999, p. 205-206.
[7] Cass. 3ème civ., 25 mai 1983 : *Gaz. Pal.* 1983, I, panor, p. 273, obs. S. GUINCHARD.
[8] Cass. soc., 26 mai 1965 : *Bull. civ.* IV, n° 404.
[9] Cass. 1re civ, 21 fév. 1968 : *Bull. civ.* III, n°250.

représentation des coobligés solidaires a été critiquée en raison des difficultés rencontrées pour lui trouver un fondement. Elle l'a été d'autre part au vu de l'intérêt du codébiteur à attaquer le jugement rendu, entre le créancier et l'un d'entre eux, par la voie de la tierce opposition, notamment si le représentant a aggravé la dette commune à la suite d'une mauvaise défense[1]. Or, non seulement, la Cour de cassation a abandonné le principe selon lequel la représentation des codébiteurs ne joue qu'en leur faveur mais surtout, les objections adressées à la représentation mutuelle des codébiteurs résultent des efforts entrepris pour la relier, tant bien que mal, à la notion de mandat.

181.- La représentation mutuelle des coobligés ne saurait, en effet, se rattacher à une représentation fondée sur un mandat, même tacite, dans la mesure où elle s'effectue en dehors de toute volonté des codébiteurs. Comme le démontre très justement Monsieur P. DIDIER, il faut y voir un cas de « *représentation objective* » où la représentation d'une ou de plusieurs personnes par une autre ne dépend pas de leur volonté mais des circonstances de fait[2]. La technique de la représentation objective s'applique principalement en matière processuelle où elle contribue à la simplification des litiges mettant en cause plusieurs personnes[3]. Elle suppose que l'on soit en présence d'une situation fermée, c'est-à-dire d'une situation où il existe un cours normal des événements ou du procès mettant en cause un lien de droit. C'est d'ailleurs uniquement au vu de cette considération que la représentation objective se réalise. Dans la mesure où le procès suit son cours normal, il est possible d'en étendre le résultat aux personnes dont les prétentions se fondent sur des liens de droits similaires : « *c'est parce qu'il est possible de prévoir à l'avance ce que va être la vie des vincula juris qu'il est possible de les consolider »*[4]. La représentation objective s'appuie sur le postulat selon lequel le juge adoptera toujours un comportement identique face à un même argument.

Il apparaît alors possible de considérer que tous ceux dont les intérêts sont similaires à l'une des parties soient représentés par celle-ci qui devient « *le contradicteur légitime du tiers sans*

---

[1] D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, article précité, p. 420 ; « La représentation mutuelle des coobligés », *Etudes dédiées à A. WEILL*, Dalloz-Litec,1983, p. 547 et spéc p. 563. Pour une critique du recours à la représentation en ce qui concerne la caution solidaire Voir J. HÉRON, ouvrage précité, n° 887.

[2] Ph. DIDIER, ouvrage précité, p. 291.

[3] Elle apparaît possible chaque fois qu'elle offre des garanties équivalentes à celles que la libre maîtrise de ses droits aurait conférée à la personne représentée. Ph. DIDIER, ouvrage précité, p. 257 et sur la question de la représentation mutuelle des coobligés voir p. 280 et s.

[4] Ph. DIDIER, ouvrage précité, p. 295.

qu'il y ait risque d'agence »[1]. La représentation des codébiteurs devrait donc cesser chaque fois que le représentant s'éloigne du comportement prévisible, soit en ne défendant pas sa cause, soit en composant avec le tiers. La jurisprudence a d'ailleurs apporté quelques tempéraments à la représentation mutuelle des codébiteurs afin d'ouvrir la tierce opposition aux coobligés en cas de fraude[2], d'opposition d'intérêts[3], de cautionnement imposé par la loi[4] ou lorsqu'ils ont la possibilité de faire valoir un moyen personnel, c'est-à-dire un moyen que le codébiteur, contre lequel la décision a été rendue, n'aurait pu invoquer[5].

182.- La notion d'intérêt commun a également été utilisée de manière très compréhensive pour considérer notamment que les employés d'une société étaient représentés par celle-ci[6]. La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation semble néanmoins être revenue sur les principes posés à ce sujet au profit d'une conception plus restrictive de la notion de représentation. Elle a ainsi estimé à plusieurs reprises que la communauté d'intérêts ne suffit pas à exclure la qualité de tiers de telle sorte que la représentation se rapproche de son acception traditionnelle[7]. L'insuffisance d'une communauté d'intérêts pour établir la représentation laisserait présager d'une plus grande ouverture de la tierce opposition qui pourrait se limiter à la représentation légale, conventionnelle ou judiciaire[8]. Bien que la teneur de la motivation des arrêts de la deuxième Chambre civile ne permette pas d'être aussi catégorique, elle contraste avec la position plus nuancée de la Première Chambre civile de la Cour de cassation. Selon cette dernière la communauté d'intérêts exclut la notion de tiers chaque fois qu'elle s'accompagne d'une étroite dépendance entre les intéressés[9].

---

[1] Ph. DIDIER, ouvrage précité, p. 296. Sur le risque d'agence voir spécialement p. 155. L'agence correspond à la situation où un individu, dit principal, confie à un autre, l'agent, la gestion de ses affaires. Cette situation fait naître « *un risque d'agence* » c'est-à-dire le risque qu'en cas de conflit d'intérêts entre le principal et l'agent ce dernier conduise l'affaire conformément à ses intérêts et contrairement à celui du principal sans que celui-ci puisse effectivement le mesurer.
[2] Cass. civ., 28 décembre 1881 : *S.* 1983, I, p. 465.
[3] Cass. com., 16 octobre 1956 : *Bull. civ.* III, n° 240.
[4] Cass. civ., 9 juin 1928 : *S.* 1928, I, p. 269.
[5] Cass. civ., 15 janvier 1873 : *DP* 1873, I, p. 249, Cass. civ., 28 décembre 1881 : *S.* 1883, I, p. 465 ; Cass. civ., 1er déc. 1885 : *DP* 1886, I, p. 251. La Cour de cassation avait même admis la recevabilité de la tierce opposition fondée sur un moyen propre, c'est-à-dire un moyen que le coobligé condamné aurait pu faire valoir mais auquel il n'avait pas pensé, pour ensuite revenir à l'exigence d'un moyen personnel. Cass. com., 4 oct. 1983 : *JCP G* 1985 II, 20374, note D. VEAUX.
[6] CA Paris, 24 oct. 1991 : D. 1991, IR, p. 276.
[7] Cass. 2ème civ., 5 mai 1993 : *Bull. civ.* II, n° 169 ; *JCP G* 1993, II, 22171, note E. DU RUSQUEC ; Justices 1995, n° 1, p. 248, obs. G. WIEDERKEHR ; Cass. 2ème civ., 22 oct. 1998 : précité ; Cass. 2ème civ., 8 juill. 2004 : *D.* 2004, IR, p. 2349.
[8] N. FRICERO, article précité, n° 55.
[9] Cass. 1re civ., 8 déc. 1998 : *Bull. civ.* I, n° 354 ; *RTD civ.* 1999, p. 205, obs. R. PERROT.

Le recours à la tierce opposition trouve ses limites dans l'obligation indirectement faite à une personne, dans la dépendance d'une des parties au litige, de faire valoir ses propres moyens par son intermédiaire. La tierce opposition ne doit pas servir à « *offrir une issue de secours à ceux qui se réfugient dans les coulisses, en attendant les événements* », mais à donner la possibilité à un tiers de défendre ses intérêts à l'appui de moyens que rien ne lui permettait de faire valoir auparavant[1].

183.- Aussi, face aux incertitudes et aux critiques relatives à la qualité de tiers ou de partie représentée à l'instance, il a été proposé de recourir au principe fondamental de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme pour déterminer les titulaires de la tierce opposition, selon lequel « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement [...] par un tribunal...* »[2]. Il en serait ainsi des tiers dont « *la cause n'a pas été entendue, parce qu'il n'y avait personne à l'instance pour l'exposer, ou s'il elle ne l'a pas été équitablement parce que celui qui aurait dû l'exprimer l'a trahie (fraude) ou n'avait pas la possibilité de la défendre complètement (moyen propre)*»[3]. L'alinéa 2 de l'article 583 du Nouveau Code de procédure civile apporte déjà dans ce sens certaines limites à la notion de représentation.

ii. Les exceptions à la représentation

184.- La présomption de représentation d'un individu par l'un des plaideurs à l'instance, cède en présence d'une fraude ou lorsque les créanciers ou les ayants cause d'une partie ont des moyens propres à faire valoir[4]. Les personnes représentées tirent de la fraude « *un droit propre* » les autorisant à former tierce opposition, sous réserve de rapporter la preuve de la fraude[5]. Les associés ont le droit de former tierce opposition au jugement rendu contre la société en cas de concert frauduleux entre l'organe représentant la société et l'autre partie à l'instance[6]. La même règle s'applique aux créanciers ou encore aux coobligés dont la représentation tombe alors, en vertu de la règle selon laquelle la fraude fait exception à toutes les règles.

---

[1] R. PERROT, obs. sous Cass. 1re civ., 8 déc. 1998, précité.
[2] G. WIEDERKEHR, observations sous Cass. 2ème civ., 5 mai 1993, précité ; Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, ouvrage précité, p. 39-40.
[3] G. WIEDERKEHR, observations sous Cass. 2ème civ., 5 mai 1993, précité.
[4] NCPC, art. 583.
[5] N. FRICERO, article précité, n° 82. Cass. com. 6 nov. 1972. : *Gaz. Pal.* 1973, I, somm. p. 30.
[6] Cass. 2ème civ., 17 nov. 1971 : *Bull. civ.* II, n° 316.

185.- Les personnes représentées telles que les associés, les créanciers, les coobligés bénéficient également de la tierce opposition si elles se fondent sur un moyen propre, c'est-à-dire un moyen personnel au représenté, que le représentant ne pouvait faire valoir[1]. Elles ne sauraient cependant exercer une tierce opposition en s'appuyant sur un moyen nouveau que le représentant aurait omis de faire valoir ou jugé inapproprié.

186.- La jurisprudence admet enfin que la représentation cesse en cas d'opposition d'intérêts. La représentation des associés par le mandataire conventionnel ne joue donc plus en présence d'une contestation divisant les associés dont les intérêts s'opposent[2]. Les extensions ou les exceptions ainsi apportées à la notion de représentation influent directement sur la qualité de tiers et modèrent le recours à la tierce opposition dans les limites du nécessaire. La recherche d'un affinement ou d'une stabilisation des critères proposés à cet effet apparaît souhaitable dans la mesure où elle conditionne l'accès à la tierce opposition. La qualité de tiers s'avère, en revanche, secondaire pour recourir à l'opposition dans les autres situations et se révèle être, seulement, sous-jacente à son exercice.

2°) Une condition sous-jacente à l'opposition

187.- Si la qualité de tiers est évidente pour la plupart des titulaires de l'opposition, elle mérite d'être discutée pour les créanciers chirographaires[3]. L'opposabilité des actes juridiques passés par leur débiteur les affecte particulièrement dans la mesure où leur droit de gage général les contraint à subir les répercussions de son activité contractuelle[4]. La qualité de tiers du créancier chirographaire, à l'égard des actes juridiques de son débiteur, soulève pourtant quelques incertitudes en raison des appréciations différentes dont elle fait l'objet au vu de son droit de gage général. Ce dernier doit cependant être considéré comme un tiers lors de l'exercice de l'opposition, d'une part, parce qu'il ne s'identifie pas à un ayant cause

---

[1] Cass. soc. 26 mai 1965 : *Bull. civ.* IV, n° 404.
[2] Cass. req., 28 juin 1904 : *DP* 1906, I, p. 211. - Pour une opposition d'intérêts entre une caution et un débiteur principal Cass. com., 16 oct. 1956 : *Bull. civ.* III, n° 240.
[3] Les auteurs les envisagent parfois comme des personnes dans une zone intermédiaire entre la qualité de partie et de tiers au vu de leur proximité des cocontractants F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligation, 8ème éd., Dalloz, Coll. Précis, 2002, n° 498.
[4] L'ambiguïté du terme « gage » a pu être soulignée dans la mesure où le gage est en réalité commun à tous les créanciers et ne traduit pas l'existence d'un quelconque privilège au profit du créancier. F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, ouvrage précité, n° 1094.

universel de son auteur (a) et, d'autre part, parce qu'il n'est pas représenté par son débiteur (b).

a. La réfutation de toute assimilation du créancier opposant à un ayant cause universel

188.- Les créanciers chirographaires ont longtemps été identifiés à des ayants causes universels et ce faisant, aux parties elles-mêmes, même si cette assimilation n'est plus aujourd'hui de rigueur[1]. Certes, le créancier tient son droit du débiteur comme l'héritier le tient du *de cujus* et tous deux subissent les modifications apportées par leur auteur à son patrimoine. Le créancier ne peut cependant être regardé comme un ayant cause universel au même titre que l'héritier. En effet, l'expression selon laquelle le créancier tient son droit du débiteur s'avère en partie inexacte. L'héritier tire son droit du défunt parce que le droit lui est transmis au décès du *de cujus*. A l'inverse, aucun droit ne passe du patrimoine du débiteur à celui du créancier : le droit préexiste dans le patrimoine du créancier. On se trouve simplement en présence d'un transfert de valeur et non de droit entre les deux patrimoines[2]. Par ailleurs, en se substituant au débiteur, l'ayant cause universel devient partie au contrat passé par le *de cujus* et se trouve lié par les obligations issues du contrat conclu par son auteur. Le créancier chirographaire ne saurait, au contraire, devenir créancier ou débiteur de ces mêmes obligations[3], sans compter qu'il ne subit pas les fluctuations du patrimoine du débiteur de manière aussi passive que l'héritier. Ce dernier est dépourvu de toute action sur le patrimoine de son auteur avant son décès, alors que le créancier détient parfois des moyens d'action sur le patrimoine de son débiteur afin de préserver son droit de gage général. Il en est ainsi lorsque le débiteur adopte un comportement de nature à compromettre le recouvrement de la créance. Contrairement à l'héritier, le créancier possède donc des droits sur le patrimoine de son débiteur, simplement ceux-ci ne peuvent être exercés que dans certaines circonstances[4], comme en témoigne d'ailleurs l'exercice de l'opposition.

---

[1] P. STRASSER, *J.-Cl. Civil*, 1991, Contrats et obligations, art. 1328, Fasc. 142, n° 47. Voir également les réserves émises à ce sujet par F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, ouvrage précité, n° 473.
[2] Ph. DIDIER, ouvrage précité, p. 23.
[3] J. BONNECASE, « La condition juridique des créanciers chirographaires », *RTD civ.* 1920, p. 103.
[4] Ph. DIDIER, précité.

189.- Si l'impossibilité d'assimiler le créancier chirographaire à un ayant cause de son débiteur fait l'objet d'une certaine unanimité en doctrine, les créanciers chirographaires restent pourtant considérés comme des ayants cause universels au regard de l'article 1328 du Code civil et se voient, en règle générale, privés de la qualité de tiers nécessaire à la contestation de la date certaine d'un acte juridique[1]. Il convient, de ce fait, de déterminer dans quelle mesure le créancier opposant peut ou non être assimilé à un tiers, notamment en cas de contestation de la date certaine des actes antérieurs à son intervention au partage.

190.- Les créanciers, dont l'action repose sur le droit de gage général qu'ils ont sur le patrimoine de leur débiteur, ne sont pas considérés comme des tiers, au regard de l'article 1328 du Code civil. Tel est le cas lorsqu'ils recourent à l'action oblique, dans la mesure où ils se fondent sur les droits et les actions de leur débiteur auquel ils se substituent[2]. Ils possèdent, en revanche, la qualité de tiers et la possibilité de se prévaloir du défaut de date certaine de l'acte sous-seing privé passé par leur débiteur, chaque fois qu'ils invoquent un droit propre et exclusif, par exemple lors de l'exercice de l'action paulienne[3]. Au vu de ces éléments, plusieurs arguments imposent de reconnaître la qualité de tiers aux créanciers opposants éventuellement contestataires de la date certaine des actes antérieurs à leur intervention au partage.

191.- Le créancier investi du droit d'opposition s'appuie, en intervenant au partage, non sur son droit de gage général mais sur un droit propre et exclusif que lui accorde la loi afin de se prémunir contre une fraude éventuelle du cohéritier débiteur. Les modalités d'institution du droit d'opposition le confirment. Celui-ci se substitue, en l'espèce, à l'action paulienne dont il ferme le recours aux créanciers du copartageant.

192.- Il leur appartient, de ce fait, de neutraliser les tentatives de fraude des cohéritiers en amont et, non plus en aval, des opérations de partage. Par conséquent, si l'on reconnaît que le créancier agit sur le fondement d'un droit personnel lors de la mise en œuvre de l'action paulienne, il doit également en être de même lors de l'exercice de l'opposition. Il a été ainsi admis que le créancier qui s'oppose au partage et critique les actes accomplis à son

[1] Cass. civ., 11 fév. 1946 : *D.* 1946, II, p. 389, note A. CHÉRON.
[2] Il convient de voir dans l'action oblique un cas de représentation objective. V° Ph. DIDIER, ouvrage précité, p. 327.
[3] P. STRASSER, article précité, n° 47 et s.

préjudice exerce un droit propre. Tiers au regard de l'article 1328 du Code civil, le créancier opposant peut par conséquent se prévaloir de l'absence de date certaine des actes antérieurs à son intervention[1].

193.- Tout rapprochement entre le droit d'opposition et l'action oblique doit donc être écarté, en dépit de leurs effets collectifs parfois communs[2]. L'opposition ne combat pas l'inertie du débiteur et le créancier opposant ne cherche pas à faire rentrer des valeurs appartenant à son débiteur dans son patrimoine[3]. Il s'agit simplement de faire obstacle à ce qu'elles tombent entre ses mains avant d'avoir été désintéressé. Par ailleurs, l'opposition traduit l'existence d'un conflit d'intérêts entre les créanciers et le débiteur qui contredit toute possibilité de représentation des premiers par le second.

b. La réfutation de toute représentation du créancier opposant par le débiteur

194.- La qualité de tiers du créancier chirographaire par rapport aux conventions conclues par son débiteur ne suscite *a priori* aucun doute. Le créancier n'exprime aucun consentement personnel aux actes passés par celui-ci et se voit placé dans la situation d'un tiers intéressé par l'activité de son débiteur. L'opposabilité des actes passés par le débiteur le touche en effet particulièrement au vu de son droit de gage général[4]. Le jeu de la représentation des créanciers chirographaires par le débiteur pourrait cependant empêcher de les assimiler à des tiers. La reconnaissance d'un droit d'opposition aux créanciers sur le patrimoine du débiteur fait néanmoins échec à toute perspective de représentation des premiers par le second.

---

[1] Cass. req., 11 juin 1846 : *D.* 1846, I, p. 252.

[2] Le résultat de l'action oblique profite à l'ensemble des créanciers, sans que celui à l'origine de l'enrichissement du patrimoine du débiteur puisse se prévaloir d'un droit de préférence par rapport aux autres créanciers. L'opposition d'un seul créancier produit parfois un résultat similaire. Tous les créanciers vont pouvoir exercer leur droit sur les sommes immobilisées par un ou plusieurs opposants, notamment à l'occasion de la vente du fonds de commerce, sous réserve que le prix de cession n'ait pas été distribué. Cf. *infra* § 551.

[3] Il est d'ailleurs impossible de voir, dans l'opposition, l'exercice des droits et des actions du débiteur par le créancier.

[4] Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, ouvrage précité, p. 44 et p. 321

195.- En raison du droit de gage général dont les créanciers chirographaires disposent sur le patrimoine de leur débiteur, ceux-ci sont directement affectés par les actes juridiques de leur débiteur[1]. Il appartient en effet au débiteur de conserver les valeurs devant revenir à ses créanciers d'autant qu'il n'a réellement de richesses qu'à partir du moment où il les a désintéressés totalement. La dépendance des créanciers par rapport à leur débiteur se traduit dans le principe de représentation des premiers par le second[2]. Les créanciers ne peuvent intervenir dans la gestion des biens de leur débiteur et sont privés de toute possibilité de gérer, comme ils le souhaitent, une partie de leur patrimoine détenue par le débiteur. L'intérêt commun des créanciers et du débiteur à la conservation des biens entre les mains du débiteur autorise la représentation des premiers par le second. La représentation des créanciers cesse cependant en cas d'insolvabilité du débiteur dans la mesure où celui-ci est incité à prendre des risques plus élevés pour obtenir une chance de gain supérieur, toute perte supplémentaire étant supportée par les créanciers[3]. L'octroi du droit d'opposition au créancier marque justement la cessation de la représentation à cause des risques d'insolvabilité ou de fraude présentés par l'opération juridique réalisée ou projetée par le débiteur. Le créancier opposant doit être considéré comme un tiers intéressé auquel la loi accorde un droit d'immixtion dans les affaires de son débiteur afin de veiller à la conservation du droit de gage.

196.- A défaut de pouvoir être regardé comme un ayant cause universel de son débiteur ou d'être représenté par celui-ci, le créancier titulaire de l'opposition possède incontestablement la qualité de tiers. Immanente à l'opposition, la qualité de tiers ne sert qu'implicitement à la désignation des ses titulaires, ces derniers étant le plus souvent appréhendés au travers de leur qualité par rapport à une situation juridique. L'assimilation de l'opposant à un tiers n'est pas pour autant parfaite et connaît des exceptions plus ou moins relatives.

---

[1] C. civ., art. 2092 et 2093.
[2] Ph. DIDIER, ouvrage précité, p. 340.
[3] Ph. DIDIER, ouvrage précité, p. 341 et s.

B. Les exceptions apparentes à l'assimilation de l'opposant à un tiers

197.- Pour des raisons différentes, la qualité de tiers semble apparemment devoir être refusée au défaillant à l'instance, au débiteur opposant à une ordonnance portant injonction de payer ou encore aux créanciers opposants à l'acceptation d'une succession bénéficiaire. Les créanciers opposants à l'acceptation d'une succession bénéficiaire ont, à première vue, la qualité de partie par rapport à la situation dont ils entendent se défendre. Le droit français confère, en effet, à l'héritier la qualité de continuateur du défunt, en dépit de la réserve apportée à l'acceptation. De même, la qualité processuelle de défendeur du défaillant s'opposerait également à son assimilation à un tiers, même s'il a pu ignorer l'instance dirigée à son encontre, en l'absence de citation à personne. Le défaillant à jugement rendu par défaut devrait pourtant être considéré comme une partie virtuelle, si ce n'est une partie putative à l'instance, jusqu'à ce qu'il ait été mis en mesure de rétablir le principe du contradictoire au moyen de l'opposition, seul à même de le faire passer de l'état de tiers à celui de partie. Il n'aurait ainsi la qualité de tiers que pour le passé et non pour l'avenir. Le débiteur à une ordonnance portant injonction de payer se trouve dans une situation similaire en raison du caractère unilatéral de la procédure jusqu'à ce qu'il soit mis en mesure de s'opposer. A mi-chemin entre la qualité de partie et de tiers, les opposants processuels doivent être regardés comme des parties putatives, leur qualité évoluant avec l'exécution, la modification ou la réalisation définitive de l'acte juridique[1].

La qualité de partie n'est en réalité qu'apparente pour les créanciers opposants à une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire (2) comme pour ceux vis-à-vis desquels l'application différée du principe contradictoire en fait des parties putatives à l'instance (1).

1°) Les parties putatives à l'instance

198.- Restés dans l'ignorance de la procédure engagée à leur encontre, le défaillant à l'instance (a) comme le débiteur opposant à une ordonnance portant injonction de payer possèdent la qualité de tiers à titre putatif (b), l'exercice de l'opposition étant seule de nature à leur conférer la qualité de partie.

---

[1] Le professeur Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE souligne d'ailleurs le caractère évolutif de la notion de tiers qui loin d'être une qualité figée au moment de la conclusion de l'acte varie au cours de son exécution. Ouvrage précité, p. 7.

a. L'opposant à un jugement rendu par défaut, partie putative à l'instance

199.- Le titulaire de l'opposition à un jugement rendu par défaut a la qualité de partie à l'instance, si l'on se réfère à la définition du tiers précédemment évoquée. Une telle qualification ressort d'ailleurs de sa situation « *de défendeur défaillant* »[1]. La jurisprudence l'estime, à cet égard, irrecevable à attaquer le jugement rendu par défaut par la voie de la tierce opposition et il lui appartient de recourir à l'opposition prévue par l'article 571 du Nouveau Code de procédure civile[2]. La Cour d'appel de Montpellier a même jugé que l'assignation à domicile suffit pour le constituer défendeur au procès, alors qu'elle ne lui serait pas parvenue et que la citation n'aurait pas été délivrée à personne[3]. Le refus d'autoriser le défaillant à se prévaloir de la tierce opposition contre le jugement rendu par défaut apparaît légitime. Le Droit met en place un recours spécifique pour assurer la défense de ses intérêts, aussi ne doit-il pas être autorisé à rechercher sa protection par l'intermédiaire d'une autre action, de surcroît, une voie de recours extraordinaire[4]. Sa qualité de partie aux débats repose en revanche sur une fiction juridique.

200.- Certes, en matière processuelle, l'autorité de la loi suffit à déterminer les parties à l'instance et la qualité de défendeur est logiquement dévolue à celui contre lequel l'introduction de l'instance se dirige. Les dispositions du Nouveau Code de procédure ne contiennent, cependant, aucune définition des parties, alors même qu'elles fixent les droits et les obligations de celles-ci dans la conduite de l'instance. La notion de partie apparaît tout au plus étroitement liée à l'instance et la constitution d'un lien d'instance semble être un critère nécessaire à la reconnaissance de la qualité de partie, sans être toujours suffisant[5]. Les propositions avancées à ce sujet sont essentiellement doctrinales et la qualité de partie concerne la « *personne impliquée dans un lien d'instance, soit du fait de prétentions*

---

[1] V° Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, ouvrage précité, p. 15. Aux termes de l'article 583 du Nouveau Code de procédure civile le tiers est celui qui n'a été ni partie, ni représenté à l'instance. Sur la qualité de partie reconnue au défaillant voir articles 473 et 583 du Nouveau code de procédure civile *a contrario*, article 68 du NCPC ; Cass. soc., 16 mars 1999 : *Bull. civ.* V, n° 121.

[2] Cass. civ., 7 juill. 1869 : *DP* 1869, I, p. 348 ; CA Aix en Provence, 17 janvier 1931 : *JCP* 1931, II, p. 553 ; T. civ. Lille, 9 mai 1947 : *Gaz. Pal.* 1947, II, p. 131.

[3] CA Montpellier, 2 juin 1890 : *DP* 1892, II, p. 140.

[4] Même si la tierce opposition a pu être qualifiée de fausse voie de recours extraordinaire tout comme l'opposition a pu l'être de fausse voie de recours ordinaire. L. CADIET et E. JEULAND, ouvrage précité, n° 1076 et n° 1087.

[5] P. CHEVALIER, *J.-Cl. Proc. civ.*, 2002, Parties à l'instance, Fasc. 105, n° 2. Selon cet auteur la qualité de partie suppose d'une part la personnalité juridique et d'autre la saisine d'une juridiction et la défense d'un droit.

respectives, soit plus exceptionnellement, du fait de la loi, sans avoir émis de prétention »[1]. La qualité de partie a pu également être appréhendée plus précisément, au regard d'un critère formel et d'un critère matériel. De ce point de vue, il s'avère que les parties sont à la fois tenues par le lien juridique d'instance et liées par une ou plusieurs prétentions[2]. Il suffit pour que le lien d'instance se crée entre le demandeur et le défendeur que le premier saisisse le juge, l'introduction de l'instance fixant la qualité des parties à celle-ci. Il faut cependant que le lien juridique d'instance puisse être valablement formé, ce qui suppose que le destinataire de l'assignation ait été régulièrement cité à comparaître, le principe du contradictoire n'ayant lieu de s'appliquer qu'après que le défendeur ait été appelé à comparaître[3]. La qualité du défendeur repose en quelque sorte sur une fiction juridique, ce dernier étant présumé avoir connaissance de l'instance dirigée à son encontre dès qu'il a été appelé, peu importe qu'il soit resté effectivement dans l'ignorance de l'instance, en l'absence d'assignation ou de réassignation à personne.

201.- Il conviendrait pourtant d'assimiler le défaillant à un quasi-tiers, voir à une partie putative, tant qu'il n'a pas été mis en mesure de présenter ses arguments, à défaut de se savoir partie à l'instance[4]. Le principe du contradictoire fait obstacle à ce qu'une décision crée des droits ou des obligations vis-à-vis de ceux qui n'ont pas pu prendre part à l'instance. Il s'oppose à ce que le prétendu défendeur, resté dans l'ignorance de la procédure engagée contre lui et ainsi empêché de faire valoir ses moyens de défense, puisse avoir la qualité de partie. Ce dernier est en réalité demeuré à l'état de tiers lors de l'instance. L'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé d'exposer ses prétentions lui ouvre donc un recours spécifique, contre le jugement rendu par défaut, afin de rétablir le principe du contradictoire. L'opposition démontre d'ailleurs qu'il n'était pas réellement partie aux débats et conduit à la reprise de l'instance, devant la juridiction à l'origine du jugement par défaut, afin de rendre le principe du contradictoire effectif. Aussi, même s'il est demandeur à l'opposition, le défaillant possède la qualité de défendeur à l'instance et ce, en dépit du principe selon lequel l'auteur d'une voie de recours prend la qualité de demandeur, sans égard à sa qualité dans

---

[1] J. VINCENT et S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 484.

[2] F. BUSSY, « La notion de partie à l'instance en procédure civile », *D.* 2003 chron., p. 1376-1379. La formulation d'une prétention nécessaire à la qualité de partie connaît néanmoins certains tempéraments. La qualité de partie est ainsi reconnue à des personnes dont la présence à l'instance suffit ou même indépendamment de leur engagement dans un rapport juridique d'instance. Voir P. CHEVALIER, article précité, n° 14 et s.

[3] *Ibidem*.

[4] Le défaillant lui-même a qualité pour former opposition mais aussi son représentant, ses créanciers agissant sur le fondement de l'article 1166 du Code civil ou encore ses ayants cause universels ou à titre universel.

l'instance précédente[1]. La solution concorde avec l'effet particulier produit par l'opposition qui consiste à permettre une reprise de l'instance initiale. Elle induit que l'auteur de l'opposition n'a pu véritablement posséder la qualité de défendeur à l'instance primitive, aussi ne saurait-il être considéré comme une véritable partie à celle-ci. Demandeur à l'opposition, il doit être regardé comme défenseur à l'instance précédente. Seule l'opposition l'institue effectivement dans sa qualité de partie, en lui permettant de rétablir le principe du contradictoire. Le jugement rendu par défaut ne produit d'ailleurs plus aucun effet en cas de rétractation : « *l'autorité du premier jugement est implicite et conditionnelle, subordonnée au débouté de l'opposition* »[2]. Des considérations similaires démentent la qualité de partie au débiteur à une ordonnance portant injonction de payer, tant qu'il n'a pas été mis en mesure de donner à la procédure un caractère contradictoire.

b. L'opposant à une injonction de payer, partie putative à l'ordonnance

202.- Le débiteur qui forme opposition à une ordonnance d'injonction de payer doit aussi être considéré comme une partie putative, en raison de la nature particulière de la procédure introduite à son encontre par le créancier. L'ordonnance portant injonction de payer se rend sur simple requête unilatérale du créancier, ce qui interdit d'assimiler le débiteur à une partie à la procédure, sans le reléguer au rang de véritable tiers. L'ordonnance produit effectivement des conséquences rigoureuses à son encontre et l'amène à devenir partie en cas d'opposition ou en l'absence d'opposition dans les délais requis, en cas d'apposition de la formule exécutoire sur l'ordonnance[3]. Le demandeur à l'injonction est une partie unique à la procédure, dans la mesure où il peut obtenir une décision du juge sans avoir à appeler à l'instance son adversaire.

203.- Le caractère unilatéral de la procédure engagée par le créancier contre le débiteur exclut toute participation de celui-ci à la procédure dirigée à son encontre et par conséquent, son assimilation à une partie. La voie de droit de l'opposition en témoigne dans la mesure où elle ferme au débiteur les voies de recours de droit commun, en l'absence de

---

[1] Sur la critique de la qualité de défendeur reconnue au défaillant bien qu'il soit auteur du recours Voir F. BUSSY, précité, p. 1378, n° 23 ; J. HÉRON, ouvrage précité, n° 878.
[2] Ch. CÉSAR-BRU, note sous Civ. 4 août 1913 : *DP* 1917, I, p. 17.
[3] A moins de considérer que « *le tiers devient virtuellement partie à la démarche d'une personne qui demande, par exemple, une autorisation de se saisir contre elle, par une ordonnance sur requête* ». J. VINCENT et S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 488.

toute instance. Les parties aux débats sont d'ailleurs « *les personnes entre lesquelles se crée le lien d'instance* »[1]. Or, ce lien fait manifestement défaut en l'espèce. Il laisse le débiteur à l'état de tiers à l'encontre de la procédure engagée et seule la notification de l'injonction de payer lui confère, à terme, la qualité de partie en lui ouvrant en l'espèce une voie de droit.

204.- Le débiteur devient en effet partie à la procédure chaque fois qu'il recourt à l'opposition. Cette voie de droit ouvre une instance ordinaire et instaure un débat contradictoire au premier degré, au terme duquel un jugement contradictoire se substitue à l'ordonnance portant injonction de payer. La situation est la même s'il ne forme pas opposition dans les délais requis. En s'abstenant de former opposition à l'ordonnance portant injonction de payer dans les délais requis, le débiteur reconnaît ses torts et le créancier va pouvoir demander l'apposition de la formule exécutoire sur l'ordonnance afin de lui conférer l'autorité de la chose jugée. Celle-ci produit alors tous les effets d'un jugement réputé contradictoire. Le caractère unilatéral de la procédure aux fins d'injonction laisse le débiteur dans la position de tiers jusqu'à ce qu'il a été mis à même de s'opposer. Partie putative, le débiteur ne prendrait réellement la qualité de partie que pour l'avenir. La situation des créanciers opposants à l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire diffère quelque peu, sans constituer un obstacle à la reconnaissance de leur qualité de tiers.

2°) Les créanciers opposants à une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire

205- Seul le créancier opposant à l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire ne semble pouvoir être qualifié de tiers. En effet, en dépit de la séparation des patrimoines liée au bénéfice d'inventaire, le droit français fait de l'acceptant sous bénéfice d'inventaire un véritable continuateur de la personne du défunt et lui concède à ce titre la propriété des biens héréditaires[2]. L'héritier bénéficiaire n'est donc ni un simple administrateur des biens d'autrui dont les pouvoirs seraient limités, ni le représentant des créanciers héréditaires.

---

[1] J. VINCENT et S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 484.

[2] L'opposition concerne les créanciers et bien que l'article 808 du Code civil vise seulement ces derniers, il est admis qu'elle profite également aux légataires particuliers de somme d'argent. Les légataires universels ne sont pas concernés par la procédure d'opposition, en tant que continuateur de la personne du défunt, ils sont dans une position semblable à celle de l'héritier. Il convient également d'exclure les légataires particuliers de corps certains qui sont propriétaires du bien légué dès le décès de son auteur. M. GORÉ, article précité, n° 139.

En tant que continuateur de la personne du défunt, il est tenu d'administrer et souvent de liquider le passif héréditaire, sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt des créanciers héréditaires. Si les créanciers n'ont donc pas réellement la qualité de tiers à l'égard de l'héritier acceptant, ils occupent en revanche la position de tiers face à l'acceptation de la succession sous bénéfice, seule à même de fonder leur opposition.

206.- Cette dernière trouve, en effet, sa raison d'être dans l'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire. Outre que les créanciers sont des tiers par rapport à cette situation, ils peuvent également le devenir à l'égard de l'héritier, fut-il continuateur de la personne du défunt. L'acceptation sous bénéfice restreint le droit de gage des créanciers au montant de l'actif existant au jour du décès et annihile tout espoir de voir leur droit de gage évoluer favorablement, en l'absence de confusion du patrimoine du défunt avec celui de l'héritier. Il est possible d'avancer, à cet égard, que l'opposition place les créanciers opposants dans la situation de tiers par rapport à l'héritier dans la mesure où il est en quelque sorte dessaisi du règlement du passif. L'héritier est en partie dépossédé de ses pouvoirs sur la succession puisqu'il ne peut plus payer que dans l'ordre et de la manière réglée par le juge. Il faut reconnaître que la remarque ne vaut pas en présence d'un seul créancier opposant. L'héritier a, alors, la possibilité de le désintéresser et de recouvrer sa liberté de paiement, en l'absence de toute autre opposition. Le caractère quasi-systématique de l'opposition en pratique, celle-ci pouvant résulter de la simple connaissance de la créance par l'héritier, conduit cependant à une généralisation du dessaisissement de l'héritier et place ainsi les créanciers dans un état proche de celui de tiers par rapport à celui-ci, outre qu'ils le sont au regard de la situation qui donne naissance à leur opposition.

La situation de tiers constitue un critère résiduel pour appréhender les titulaires de l'opposition, peu importe qu'ils puissent être regardés comme des tiers à part entière ou des parties putatives. Le législateur sélectionne surtout les opposants au regard de leur qualité, afin de ne réserver l'opposition qu'à ceux dont la qualité laisse présumer la légitimité de l'intérêt.

§ II. La sélection des tiers titulaires de l'opposition

207.- Le droit d'opposition ne saurait être concédé à n'importe quel tiers susceptible de manifester un intérêt par rapport à une situation juridique. Le droit d'ingérence dans les affaires d'autrui qui en découle amène à le réserver aux seuls tiers dont le titre (A) ou la qualité intrinsèque (B) témoigne de leur légitimité à agir dans les circonstances prévues par la loi.

A. La sélection des tiers titulaires de l'opposition par leur titre

208.- Les effets contraignants de l'opposition vis-à-vis de ses destinataires expliquent le souci de la réserver uniquement à ceux dont les droits apparaissent incontestables. La procédure d'opposition à l'enregistrement d'une marque concerne ainsi les titulaires de droits antérieurs dont la prérogative sur la marque s'établit facilement afin de régler au plus vite le sort de l'opposition[1]. De même, détenteur légitime des moyens de paiements, le tireur a en principe seul le droit de former opposition au paiement d'un chèque dont il a été dépossédé. La délimitation des titulaires de l'opposition s'effectue relativement aisément. Elle mérite cependant quelques précisions en ce qui concerne les créanciers afin de déterminer à partir de quel moment leur droit apparaît suffisamment certain pour justifier leur réaction conservatoire. A cet égard, les créanciers chirographaires constituent les bénéficiaires privilégiés de l'opposition, même si les créanciers munis de privilèges ou de sûretés ont par principe la possibilité de s'en prévaloir. La nature conservatoire de l'opposition interdit de la confier à n'importe quel créancier et il convient d'exiger de ce dernier un titre en adéquation avec les effets de sa prérogative. Il faut donc s'intéresser tant à l'antériorité de son titre par rapport à l'événement préjudiciable (1) qu'à la nature de la créance susceptible de fonder le recours à l'opposition (2).

[1] L'opposition concerne les titulaires de marques enregistrées ou déposées antérieurement, ceux bénéficiant d'une date de priorité antérieure et les titulaires d'une marque notoirement connue non déposée. Sauf clause contraire du contrat de licence et à condition que le droit exclusif d'exploitation ait été inscrit au préalable au Registre national des marques afin d'être opposable aux tiers, le bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation peut se prévaloir de l'opposition. Les titulaires d'autres droits antérieurs (dénomination ou raison sociale, droits d'auteur…), à défaut de pouvoir se prévaloir de l'opposition, devront agir une fois la marque enregistrée dans le cadre d'une action en nullité.

1°) L'antériorité du titre servant à l'opposition

209- Le critère de l'antériorité du titre pour délimiter les tiers admis à recourir à l'opposition concerne l'ensemble de ses titulaires et se retrouve exprimé à l'identique pour les créanciers ou encore le titulaire d'un droit sur la marque. L'attribution de l'opposition à ceux dont le droit est né antérieurement à l'événement préjudiciable induit que le gage du créancier comprend les biens existants au jour de sa créance, ceux-ci étant en fait affectés à des créances déterminées. L'opposition entretient des liens certains avec la notion de patrimoine d'affectation notamment en ce qui concerne les créanciers sociaux[1]. En s'opposant, ces derniers tentent d'éviter toute compromission ou dilution de leur droit de gage issu du concours avec d'autres créanciers, à la suite d'opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif.

210- En matière de partage, le droit d'opposition concerne en principe les créanciers personnels de l'héritier dont le droit est antérieur aux opérations de partage[2]. Les créanciers peuvent également se prévaloir des dispositions de l'article 882 du Code civil lorsque leur titre bien que postérieur au partage a pris naissance dans des faits antérieurs à celui-ci[3]. La solution témoigne du souci de réserver le droit d'opposition à tous ceux dont le droit a pris naissance en considération des biens composant le patrimoine de leur débiteur et notamment de sa qualité d'héritier. Le silence des dispositions de l'article 882 du Code civil à ce sujet ne semble pas faire obstacle au principe. Ces dernières s'attachent, il est vrai, essentiellement à réserver l'opposition « *aux créanciers personnels du copartageant* » et en excluent par voie de conséquence les créanciers héréditaires. Ceux-ci ne sont pas en principe intéressés par les opérations de partage d'autant qu'ils sont suffisamment protégés par la possibilité de

---

[1] Le droit d'opposition des créanciers sociaux de la société absorbée permet de considérer que les biens de la société sont, en réalité, affectés aux engagements pris par celle-ci dans le cadre de son activité et donc au règlement des créanciers sociaux. Dans une moindre mesure, l'opposition au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce se rattache à la notion de patrimoine d'affectation. Elle tend à réserver le prix de vente non aux seuls créanciers dont le droit a pris naissance dans l'activité du fonds mais à tous ceux dont le gage comprenait le fonds de commerce. Pour une critique de la notion de patrimoine d'affectation et une approche renouvelée du patrimoine Voir D. HIEZ, Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel, Préf. P. JESTAZ, LGDJ, Bibl. dr. pr., t.399, 2003.

[2] Cass. req., 14 novembre 1884 : *S.* 1885, 1, p. 55. Cité par M. BEHAR-TOUCHAIS, article précité, n° 15.

[3] Cass. 1re civ, 16 juin 1981 *: Bull. civ.* I, n° 212 ; *D.* 1982 IR, p. 123, obs. M. VASSEUR. La solution doit être nuancée dans la mesure où elle concerne une espèce où le créancier n'avait pu exercer son droit d'opposition en raison du caractère hâtif du partage, ce qui l'obligeait à l'attaquer par la voie de l'action paulienne exceptionnellement ouverte au profit du créancier dans ce cas en dépit de l'absence d'opposition. Or, les droits du créancier doivent être antérieurs à l'acte frauduleux ou en l'occurrence au partage. L'opposition tendant directement à se substituer à l'action paulienne dont elle ferme le recours il semble possible de lui transposer une telle solution.

séparation des patrimoines dont ils bénéficient et par celle de se faire payer avant le partage[1]. Les créanciers héréditaires bénéficient de surcroît, en cas d'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire, du droit d'opposition prévu par l'article 808 du Code civil afin de permettre l'ouverture d'une procédure de distribution par contribution[2]. Cependant, en présence d'une acceptation pure et simple de la succession, les créanciers héréditaires deviennent les créanciers personnels de l'héritier et disposent à ce titre du droit d'opposition. La jurisprudence a étendu très largement le droit d'opposition, malgré les termes de l'article 882 du Code civil, en le concédant à toute personne justifiant d'un intérêt légitime au vu du préjudice que peut lui causer le partage[3]. Le droit de former opposition au partage a été notamment reconnu aux héritiers des créanciers personnels d'un indivisaire ainsi qu'à leurs propres créanciers[4], aux ayants cause à titre particulier des copartageants[5], ou encore au débiteur alimentaire d'un copartageant[6].

211.- L'antériorité du titre des créanciers opposants au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce est fixée par les dispositions de l'article L. 141-14 du Code de commerce qui réservent la faculté de faire opposition « *à tout créancier du précédent propriétaire* » ou autrement dit, du vendeur. Le droit d'opposition appartient ici à tous les créanciers dont le droit est né avant ou après la vente, mais antérieurement à la date de publicité dans la mesure où celle-ci porte la cession à leur connaissance et la leur rend opposable[7]. Seul l'acquéreur du fonds ne peut se prévaloir de sa qualité de créancier, au motif qu'il l'était avant la vente ou l'est devenu après, pour rendre le prix indisponible. Il lui appartient de recourir aux voies de droit commun s'il s'estime victime d'un vice du consentement, d'un vice caché ou s'il souhaite obtenir une réduction du prix d'achat du fonds. La jurisprudence évite ainsi les oppositions d'acquéreurs insatisfaits de l'exploitation du fonds ou désireux de retarder leur propre paiement. Il s'agit de réserver l'opposition aux seuls créanciers surpris par la vente, l'acquéreur étant suffisamment protégé par la possibilité de recourir à la saisie-attribution sur

---

[1] C. civ., art. 815-17 al. 1. V° à ce sujet les arguments et les références cités par M. BEHAR-TOUCHAIS, article précité, n° 16.
[2] V° à ce sujet les tempéraments soulevés par M. BEHAR-TOUCHAIS, article précité, n° 17.
[3] Cass. req. 1er juin 1891 : *S.* 1891, I, p. 401 ; *D.* 1892, 1, p. 212. Cass. 1re civ., 7 déc. 1964 : *Bull. civ.* I., n° 545 ; *D.* 1965, somm. p. 66.
[4] Cass. 1re civ., 7 déc. 1964 : précitée.
[5] CA Nîmes, 5 juill. 1848 : *DP* 1848, II, p. 147 ; *S.* 1848, II, p. 689.
[6] Trib. Civ. Clermont Ferrand, 27 octobre 1954 : *Gaz. Pal.* 1955, I, p. 61 ; *RTD civ.* 1955, p. 345, obs. R. SAVATIER.
[7] CA Paris, 17 avril 1945 *: Gaz. Pal.* 1945, II, p. 157.

soi-même, s'il est véritablement créancier[1]. Le refus de reconnaître à l'acquéreur toute possibilité d'opposition, notamment pour ses créances nées contre le vendeur avant la cession du fonds, a pu paraître quelque peu excessif. Il convient de reconnaître qu'une telle solution le prive d'un moyen efficace pour défendre sa créance et le contraint à recourir à une saisie-attribution sur soi-même, alors que l'article L. 141-14 du Code de commerce reconnaît le droit de s'opposer à tout créancier « *du précédent propriétaire* »[2].

212.- Le droit d'opposition des créanciers sociaux aux opérations de fusion, de scission, de dissolution d'une société unipersonnelle ou encore de réduction de capital non motivée par des pertes concerne seulement ceux dont le titre est antérieur à l'accomplissement des formalités de publicité destinées à leur rendre opposable l'opération juridique projetée[3]. Aussi, le salarié qui a saisi le Conseil des Prud'hommes afin d'obtenir une indemnité à la suite de son licenciement ne saurait se prévaloir de l'opposition puisqu'il ne possède pas de créance avant que la juridiction ne se soit prononcée[4]. En revanche, les créanciers dont le titre est postérieur à la délibération de l'assemblée générale extraordinaire ayant décidé ou autorisé une réduction de capital, mais antérieur à son dépôt au greffe, ont la possibilité d'invoquer le bénéfice de l'opposition[5]. Seuls les créanciers dont le droit a pris naissance antérieurement à l'événement préjudiciable, ou dans un fait antérieur à sa date de publicité, sont susceptibles de se prévaloir de l'opposition, encore faut-il qu'ils s'appuient sur un droit de créance dont l'existence apparaît suffisamment établie.

---

[1] En ce sens HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET, Traité de droit commercial, t. 2, n° 1048, cité par J. DERRUPÉ, obs. sous CA Paris, 16 mai 1990 *RTD com*. 1990, p. 376.
[2] J. DERRUPÉ, *ibidem*.
[3] C. civ., art. 1844-5, alinéa 3.- J. J. DAIGRE, « La dissolution d'une filiale à 100% est une fusion », *JCP G*, I, 3638 ; M. JEANTIN, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », *Mélanges offerts à J. DERRUPÉ*, Litec, 1991, p. 287 ; B. ROLLAND, « Dissolution des sociétés unipersonnelles et transmission universelle de leur patrimoine », *JCP E* 2000, p. 403.
[4] CA Paris, 2 nov. 1981 : *Dr. sociétés* 1981, n° 292 ; Cass. com. 16 juill. 1985 : *Bull. civ.* IV, n° 218.
[5] M.-L. COQUELET, *J.- Cl. Sociétés*, 2000, Réduction de capital, Fasc. 159-10, n° 54.

2°) La nature de la créance servant à l'opposition

213.- Le caractère conservatoire de l'opposition en fait la prérogative privilégiée des créanciers chirographaires même si les créanciers hypothécaires sont admis s'en prévaloir (a), sous réserve qu'ils justifient selon la jurisprudence d'une créance certaine en son principe (b).

a. L'indifférence de la nature chirographaire ou hypothécaire de la créance

214.- Les créanciers chirographaires sont les titulaires privilégiés de l'opposition dans la mesure où leur droit de gage général les contraint à subir les répercussions de l'activité contractuelle de leur débiteur. Pour autant, en application de l'adage selon lequel « *là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer* », les créanciers munis de sûretés ou de privilèges ont la possibilité de s'opposer au même titre que les créanciers chirographaires[1]. L'ambiguïté du terme gage a d'ailleurs pu être soulignée puisque le gage est commun à tous les créanciers et ne traduit pas l'existence d'un quelconque privilège au profit de l'un d'entre eux. L'intérêt des créanciers privilégiés à invoquer le bénéfice de l'opposition apparaît résiduel, voire parfois inexistant, sauf en ce qui concerne les créanciers du vendeur du fonds de commerce et encore uniquement, dans l'hypothèse où le prix de vente du fonds représente un montant substantiel.

215.- Les dispositions de l'article L. 141-14 du Code de commerce visent tous les créanciers, sans opérer de distinction entre les chirographaires et les privilégiés ou entre ceux dont le droit procède ou non de l'activité du fonds. Les créanciers titulaires d'un privilège général ou spécial ont ainsi la possibilité de former opposition au paiement du prix de vente du fonds au même titre que les créanciers chirographaires. Ils n'ont en principe guère d'utilité à s'opposer dans la mesure où leur inscription conserve leur droit et les fait connaître, sans compter qu'ils sont protégés par leur droit de suite et de surenchère, en l'absence de toute opposition[2]. Il a néanmoins été souligné qu'ils pourraient tirer partie de son exercice, en présence d'un prix de cession important puisque l'opposition leur permet de rendre le prix de vente indisponible et de renoncer à leur droit de suite[3]. Au contraire, l'admission de l'opposition au profit de créanciers munis de sûretés semble plus difficile en droit des

[1] Voir en ce sens M. BEHAR-TOUCHAIS, article précité, n° 14. Cl. BRENNER, *Rép. Civ. Dalloz*, article précité, n° 248.
[2] Civ., 21 déc. 1937 : *DH* 1938, p. 65.
[3] COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Sirey, 1948, n° 333.

sociétés, en raison des effets spécifiques produits par celle-ci[1]. Dans l'hypothèse où le juge considère l'opposition justifiée, elle emporte au profit des créanciers le remboursement de leur créance ou, si la société le propose et qu'elles sont jugées suffisantes, la constitution de garanties dont les créanciers titulaires d'une sûreté sont déjà munis[2]. L'opposition constitue donc par nature la prérogative des créanciers chirographaires, sous réserve qu'ils invoquent une créance au moins certaine en son principe.

b. L'exigence d'une créance au moins certaine en son principe

216.- La nature conservatoire de l'opposition, tout comme les effets qui s'attachent à son exercice notamment en terme d'indisponibilité, justifient de ne la réserver qu'aux titulaires d'une créance certaine en son principe, à l'exclusion des titulaires de droits éventuels et conditionnels. La jurisprudence se montre même plus rigoureuse à l'égard des créanciers opposants à la fusion ou à la scission d'une société, en les obligeant à invoquer une créance certaine, liquide et exigible pour bénéficier de la protection issue de l'opposition. Si l'exigence d'une créance certaine en son principe semble nécessaire à l'exercice de l'opposition (i), celle d'une créance certaine, liquide et exigible apparaît au demeurant critiquable et réduit considérablement l'intérêt du recours à l'opposition (ii).

i. La nécessité d'une créance certaine en son principe

217.- En raison de la rigueur des effets de l'opposition pour le vendeur du fonds de commerce, son exercice requiert l'existence d'une créance certaine en son principe, peu importe qu'elle soit liquide ou exigible. Les titulaires de droits incertains, au vu du caractère éventuel ou litigieux de la créance, ne sont pas admis à s'opposer au paiement du prix de vente. Il importe peu que la créance, soit évaluable en argent, même si une estimation provisoire semble nécessaire afin de déterminer le montant des oppositions et de former, le cas échéant, surenchère. L'indifférence du caractère exigible de la créance permet à son titulaire de la préserver même si elle n'est pas encore échue, faute d'être arrivée à son terme. L'article L. 141-14 du Code de commerce apporte une seule restriction à ce principe à l'égard du bailleur dont l'opposition concerne uniquement le paiement des loyers déjà échus, à

[1] Le bailleur de locaux loués aux sociétés absorbées ou scindées dispose également du droit de s'opposer à la fusion ou à la scission, la société absorbante ou bénéficiaire de la scission se substituant à celle au profit de laquelle le bail était consenti.
[2] P. BIASCA, « Fusions, scissions de sociétés et droits des tiers », Gaz. Pal. 1969, I, doct, p. 86.

l'exclusion des loyers en cours ou à échoir et ce, en dépit de toute stipulation contraire dans le contrat de bail, celui-ci étant déjà suffisamment protégé par son privilège.

218.- La nécessité d'une créance fondée en son principe concerne également l'opposition à partage, peu importe une fois encore que la créance soit ou non liquide ou exigible[1]. La solution semble ne pas souffrir de tempéraments même si un arrêt ancien a pu admettre qu'un droit éventuel suffise à cet effet[2]. Il convient cependant d'en limiter la portée dans la mesure où la jurisprudence n'attachait à l'époque aucun effet à l'opposition à partage en terme d'indisponibilité. Or, seule l'indisponibilité de la part indivise entre les mains du copartageant provoquée par l'opposition justifie l'exigence d'une créance fondée en son principe. Il n'est en effet pas concevable d'accorder un pouvoir aussi rigoureux au créancier sur le patrimoine du débiteur, en vertu d'un droit simplement éventuel ou conditionnel c'est-à-dire incertain[3]. Le créancier titulaire d'un droit éventuel ne saurait par conséquent se prévaloir de l'opposition et la solution devrait s'étendre aux créanciers conditionnels, même si la doctrine semble plus tolérante à leur égard[4]. Le prétendu créancier qui se risque à s'opposer sans aucun titre susceptible de fonder son acte engage sa responsabilité[5]. L'exigence d'une créance certaine en son principe vise à ne réserver le droit d'agir, sur le patrimoine du débiteur, qu'à ceux dont les droits ont déjà acquis une certaine certitude. De ce point de vue, la sélection des créanciers habilités à s'opposer apparaît tout à fait légitime, même si elle peut devenir excessive chaque fois que son titulaire doit faire état d'une créance certaine, liquide et exigible aux fins d'opposition.

---

[1] Trib. civ. Seine, 30 nov.1935 : *DH* 1936, p. 111 ; Cass. 1re civ., 16 juin 1981, précité. V. en ce sens M. BEHAR-TOUCHAIS, article précité, n° 15 ; Cl. BRENNER, article précité, n° 248.
[2] CA Grenoble, 19 janvier 1827, jur. gén., Voir Succession, n° 2014 cité par Cl. BRENNER, précité.
[3] Voir à ce sujet Cl. BRENNER qui fait remarquer que « *la condition et l'éventualité affectant non seulement l'exécution, mais plus catégoriquement l'existence même de la dette, on ne saurait, en effet, reprocher à celui qui n'est point débiteur de disposer librement de ses droits* », L'acte conservatoire, ouvrage précité, p. 252.
[4] M. BEHAR-TOUCHAIS, article précité, n° 15 et Cl. BRENNER, *Rép. civ. Dalloz*, article précité, n° 248. Ce dernier y voit d'ailleurs une raison de ne pas faire produire systématiquement à l'opposition un effet en terme d'indisponibilité.
[5] TGI Créteil (réf.), 15 novembre 1979 : *Gaz. Pal.* 1981, II, p. 495 note J.-P. CLAUX.

ii. Les excès de l'exigence d'une créance certaine, liquide et exigible

219.- En l'absence de précision légale sur les créances fondant l'opposition, la Chambre commerciale de la Cour de cassation en a retenu une conception étroite en matière de fusion et de scission. Seules les créances de sommes d'argent, à l'exclusion de celles ayant pour objet de faire ou de donner, peuvent être invoquées à son appui[1]. Cette première limitation de l'assiette de l'opposition a été contestée dans la mesure où l'article 381 de la loi de 1966, aujourd'hui devenu l'article L. 236-14 du Code de commerce, ne distingue nullement les créances selon leur objet. La solution se déduit cependant des dispositions légales relatives à l'opposition qui autorisent le tribunal à ordonner le remboursement des créances s'il estime l'action du créancier justifiée. Une autre alternative semblerait, à première vue, possible pour inclure dans le champ de l'opposition les créances ayant pour objet de faire ou de donner. Il serait possible d'accorder au créancier la constitution de garanties à la place du remboursement. Cependant, le juge ne dispose pas d'un réel pouvoir d'appréciation pour substituer des garanties au remboursement de la créance et une telle initiative repose entièrement sur la société[2].

220.- Le droit d'opposition est, de surcroît, réservé aux titulaires de créances de sommes d'argent, certaines, liquides et exigibles[3]. La certitude de la créance se justifie par l'impossibilité de réclamer le paiement ou la constitution de garanties sur le fondement d'une créance simplement éventuelle. En revanche, la solution retenue amène à exclure les créanciers à terme du bénéfice de l'opposition, alors même que les dispositions de l'article 236-14 du Code de commerce précisent qu'elle a pour objet de provoquer soit le remboursement de la créance, ce qui induit *a priori* son paiement de manière anticipé, soit la constitution de garantie si la société en propose[4]. Autrement dit, le droit d'opposition présente un intérêt majeur pour ceux dont la créance n'est pas encore échue à la date de la publicité du projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif parce qu'il s'avère

---

[1] Cass. com., 15 juill. 1992 : *Bull. Joly* 1992, p. 1111, § 363, note B. CAILLAUD et P. LE CANNU ; *Droit des sociétés* 1992, n° 220, note Th. BONNEAU ; *RTD com*. 1993, p. 335, obs. ALFANDARI et M. JEANTIN.
[2] B. CAILLAUD et P. LE CANNU, note précitée.
[3] Cass. com., 16 juill. 1985 : *Bull. civ*. IV, n° 218 ; Cass. com., 15 juill. 1992 : précité.
[4] B. CAILLAUD et P. LE CANNU, note précitée. Ce d'autant plus que l'alinéa 1 de l'article 13-1 de la directive n° 78/855 requiert des États membres la mise en place d'un « *système de protection adéquat des intérêts des créanciers des sociétés qui fusionnent pour les créances nées antérieurement à la publicité du projet de fusion et non encore échues au moment de cette publication* ».

justement de nature à compromettre le recouvrement de leur créance, au jour de son échéance[1].

221.- L'exigence d'une créance certaine, liquide, et exigible ne serait d'ailleurs pas transposable aux créanciers d'une société procédant à une réduction de capital non motivée par des pertes, d'autant plus qu'elle oblige à distinguer là où la loi ne distingue pas[2]. L'argument ne convainc pas d'autant plus que, contrairement à la fusion ou à la scission, l'opposition suspend l'opération de réduction du capital jusqu'à ce qu'il soit statué sur son sort en première instance. De plus, aucune disposition légale ne restreint le bénéfice de l'opposition, soit selon l'objet de la créance, soit au regard de son caractère certain, liquide ou exigible, que ce soit en matière de fusion, de scission, d'apport partiel d'actif ou de réduction de capital non motivée par des pertes. Si le tribunal accueille l'opposition, elle emporte les mêmes effets qu'en matière de fusion ou scission : elle contraint la société au remboursement des créances, voire à la constitution de garanties. Les conséquences produites par l'opposition supposent au moins une créance certaine en son principe, peu importe qu'elle soit échue, sous réserve d'être évaluable en argent. La Cour d'appel de Versailles a d'ailleurs refusé aux créanciers sociaux le droit de fonder leur opposition sur une créance éventuelle ou hypothétique[3]. Il nous semble en outre opportun, si ce n'est nécessaire, d'exiger des créanciers un titre identique aux fins d'opposition. Leur prérogative poursuit la même finalité à savoir la conservation de leur droit de gage et emporte des conséquences identiques quelle que soit l'opération projetée. Le créancier opposant devrait être muni en toutes circonstances d'une créance certaine, peu importe qu'elle soit arrivée à son terme ou liquide, dès qu'elle peut faire l'objet d'une estimation pécuniaire nécessaire à son remboursement ou à la constitution de la garantie.

Relativement fermée, la catégorie des titulaires habilités à se prévaloir de l'opposition l'est encore plus lorsque la loi les sélectionne au regard de la qualité intrinsèque, c'est-à-dire de leur aptitude à défendre l'intérêt protégé par l'opposition.

---

[1] M. JEANTIN, *J.-Cl. Sociétés*, 1998, Fusions de sociétés. Apport partiel d'actif, Fasc. 164-10, n° 92.
[2] M.-L. COQUELET, article précité, n° 54.
[3] CA Versailles, 13ème ch., 11 fév. 1993 : *Dr. sociétés* 1993, n° 116, obs. Th. BONNEAU.

B. La sélection des titulaires de l'opposition par leur qualité

222.- Les tiers titulaires du droit d'opposition se distinguent parfois non par leur titre mais par leur qualité intrinsèque, c'est-à-dire par leur aptitude particulière à représenter un intérêt général ou collectif. Cela ne signifie pas que leur action soit exclusive de toute satisfaction personnelle seulement son caractère altruiste prévaut sur celui du détenteur de l'opposition. Le titulaire de l'opposition, à défaut d'être personnellement atteint dans ses prérogatives, l'est en tant que représentant des intérêts d'autrui. La qualité spéciale du tiers conditionne son droit d'opposition et toute perte de celle-ci l'en prive corrélativement[1]. Le droit des opposants au mariage participe à la défense de l'intérêt de l'ordre public matrimonial[2] (1), tandis que celui des syndicats majoritaires contribue à la défense de l'intérêt collectif qu'ils sont censés représenter (2).

1°) La sélection des opposants par leur aptitude à défendre l'ordre public matrimonial

223.- En droit de la famille, l'opposition à mariage concerne quelques personnes énumérées limitativement et parfois subsidiairement par le législateur[3]. Aux termes des articles 172 et suivants du Code civil, le droit d'opposition appartient à titre principal au conjoint, à certains membres de la famille et au ministère public. La situation de tiers de ces différents titulaires du droit d'opposition ne fait aucune difficulté dans la mesure où ils ne sont manifestement pas des parties à l'acte juridique projeté. Leur opposition maintient, par ailleurs, les futurs époux dans l'état de tiers à l'acte empêché jusqu'à l'obtention de sa mainlevée[4].

---

[1] Le parent qui a fait l'objet d'un retrait total de son autorité parentale perd son droit d'opposition au mariage de ses enfants. De même, le ou les syndicats ne possédant plus la qualité de majoritaires à l'issue des nouvelles élections des représentants du personnel réalisées dans l'entreprise n'ont plus la possibilité de s'opposer à une convention ou à un accord collectif de travail.

[2] Pour une définition approfondie de l'intérêt général cf. M. MEKKI, ouvrage précité, p. 67.

[3] A défaut d'être visés par le législateur les enfants et les descendants des futurs époux n'ont pas la possibilité de se prévaloir du droit d'opposition, même s'ils invoquent la démence d'un des époux et souhaitent provoquer la tutelle. CA Lyon, 11 déc. 1850 : *DP* 1851, II, p. 243 ; Cass. civ., 21 août 1872 : *DP* 1872, I, p. 345.

[4] P. DELMAS SAINT-HILAIRE, ouvrage précité, p. 65-66.

Les titulaires de l'opposition le sont en considération de leur qualité particulière qui laisse présumer qu'ils sont les plus aptes à veiller à la préservation de l'ordre public matrimonial en raison soit de leur proximité avec l'un des époux (a), soit de leur participation à la défense de l'ordre public (b).

a. Les tiers opposants en raison de leurs liens avec l'un des futurs époux

224.- Le père et la mère détiennent concurremment le droit de s'opposer au mariage de leur enfant. Leur prérogative constitue un prolongement au droit de consentir au mariage, en dépit de l'absence d'identité de leurs titulaires et de la majorité de l'enfant en ce qui concerne l'opposition. La proximité existante entre ces deux prérogatives autorise d'ailleurs à rattacher le droit d'opposition aux attributs de l'autorité parentale, au même titre que le droit de consentir au mariage[1]. Le père et la mère légitimes, naturels et adoptifs en jouissent dans les mêmes conditions, ce d'autant plus que la loi du 4 mars 2002 consacre l'assimilation parfaite des différentes familles[2]. La solution s'avère certaine en présence d'une adoption plénière et s'étend à l'adoption simple qui emporte pour son auteur tous les droits d'autorité parentale dont celui de consentir au mariage[3]. Les liens implicites entre le droit de consentir au mariage et celui de s'opposer autorisent l'adoptant à invoquer le bénéfice de l'opposition et ce, en concours avec son conjoint lorsque ce dernier est le père ou la mère de l'adopté[4]. Le divorce des époux n'a enfin aucune incidence sur leur prérogative. Les époux n'en semblent déchus qu'en cas de retrait de l'autorité parentale, les privant de tous les attributs patrimoniaux et personnels attachés à celle-ci[5].

225.- En cas de décès, d'absence ou d'impossibilité pour les deux parents d'exprimer leur volonté ; le droit d'opposition se transmet aux aïeuls et aux aïeules, les ascendants les plus proches en degré excluant les plus éloignés. A défaut d'ascendant vivant ou en état de manifester sa volonté, le droit d'opposition appartient concurremment au frère ou à la sœur, à

---

[1] J. HAUSER et D. DUET-WEILLER, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, Tome I, La famille. Fondation et vie de la famille, LGDJ, 1989, n° 208.
[2] Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. Actes du colloque de Lille, « De l'autorité parentale à la responsabilité parentale », *in L'autorité parentale en question*, Presses universitaires du Septentrian, Villeneuve d'Asq, 2003, p. 81-97.
[3] C. civ., art. 365.
[4] A. LAMBOLEY, *J.-Cl. Civil*, 1998, Mariage. Oppositions, Fasc. 90, art. 172 à 179, n° 24 ; M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz*, 2002, V. Mariage (2° conditions de formation), n° 486.
[5] Cette solution autrefois prévue par les dispositions relatives à la puissance paternelle (article 1er de la loi du 24 juillet 1889) n'a pas été reprise par les articles relatifs à l'autorité parentale dans le Code civil. A. LAMBOLEY, article précité, n° 25.

l'oncle ou à la tante, au cousin ou à la cousine germains à condition qu'ils soient majeurs et pour des motifs limités. Les cousins autres que les germains, les grands-oncles et tantes et les neveux et nièces en sont privés. L'égalité de degré des grands-oncles et tantes avec les cousins germains a suscité quelques doutes quant à l'opportunité de leur refuser tout droit d'opposition, mais aussi pour les neveux et nièces plus proches en degré que les cousins germains, même si leur éviction se justifie *a priori* pour ces derniers par des raisons d'âge[1]. L'opposition apparaît fortement empreinte d'une connotation familiale, réserve faite du conjoint d'une personne qui peut s'opposer au remariage de celle-ci et du tuteur de l'un des futurs époux dont l'opposition apparaît exceptionnelle.

226.- Le tuteur de l'un des futurs époux, sous réserve d'obtenir l'autorisation du conseil de famille, dispose du droit d'opposition dans les mêmes conditions que les collatéraux et concurremment avec ces derniers. Dans la mesure où le conseil de famille a compétence pour autoriser le mariage du majeur placé sous tutelle, le droit d'opposition du tuteur est rarissime, sauf si la démence du mineur se révèle après l'autorisation donnée par le conseil de famille[2]. Le curateur du mineur émancipé, visé par l'article 175 du Code civil aux côtés du tuteur, ne peut plus arguer du droit d'opposition depuis que la loi du 14 décembre 1964 a abrogé le régime de la curatelle du mineur émancipé[3]. De son côté, le curateur d'un majeur incapable doit consentir au mariage, aussi voit-on mal comment il pourrait consentir à l'union pour se rétracter successivement. Il doit enfin solliciter l'autorisation du conseil de famille aux fins d'opposition, ce qui s'avère impossible en l'absence d'un tel organe dans le régime de la curatelle.

227.- La dévolution de l'opposition à certains membres de la famille, voire au tuteur ou au futur conjoint, ne doit pas laisser croire qu'ils peuvent recourir à celle-ci pour satisfaire un intérêt personnel ou celui de leur enfant. Les futurs époux, en principe pleinement capables et maîtres de leur droit, sont les seuls à pouvoir user de leur liberté matrimoniale comme ils l'entendent, sous réserve des cas où le consentement des parents au mariage est nécessaire. L'opposition tend seulement à faire obstacle à la réalisation d'un mariage au mépris des dispositions légales. Aussi, est-ce uniquement en raison de leur proximité avec les futurs époux que des personnes privées sont admises à concourir au respect de l'ordre public.

---

[1] A. LAMBOLEY, article précité, n° 234 ; M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, article précité, n° 501.
[2] A. LAMBOLEY, article précité, n° 41 ; M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, article précité, n° 514 ; D. FENOUILLET et F. TERRÉ, ouvrage précité, n° 394.
[3] Loi n°64-1230 du 14 décembre 1964 : *JO* 15 déc. 1964 ; *JCP* G 1964, III, 30368.

Les parents, voire les autres membres de la famille, sont en effet les mieux situés pour avoir connaissance de l'existence d'un empêchement à mariage et par conséquent, pour assurer la défense de l'ordre public[1]. La participation de l'opposition au respect de l'ordre public matrimonial justifie également sa reconnaissance au profit du Ministère public.

b. Le Ministère public

228.- Le Ministère public, en tant que garant des libertés et de la légalité en droit de la famille, peut également faire opposition au mariage en présence d'un empêchement dirimant[2]. Cette possibilité initialement admise de façon prétorienne avait suscité de nombreuses controverses[3]. Pour lui reconnaître le droit de s'opposer, la jurisprudence s'était d'ailleurs fondée sur les règles de procédure civile relatives aux voies d'accès en justice du Ministère public et sur le fait que son droit d'agir en nullité du mariage emportait *a fortiori* celui de l'empêcher. La volonté de lutter contre les mariages de complaisance contractés uniquement dans le but d'acquérir la nationalité française, sans entraver la liberté matrimoniale, a conduit le législateur à consacrer formellement le droit d'opposition du Ministère public dans les tous les cas où il pourrait demander la nullité du mariage[4].

229.- L'insertion d'un article 175-2 dans le Code civil a en même temps permis de reconnaître à l'officier de l'état civil la faculté de saisir le Parquet lorsque des indices sérieux laissent présumer que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé pour défaut de consentement[5]. Ce texte fait directement suite à l'attitude de certains maires qui avaient refusé, tout à fait illégalement, de célébrer des mariages qu'ils soupçonnaient d'être frauduleux[6]. En droit français, il n'est en effet pas possible à l'officier de l'état civil de refuser d'instrumenter, à moins que le caractère illégal du mariage résulte de la consultation

---

[1] V. J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, article précité.
[2] J. DÉCAMPS, « Le ministère public gardien des libertés en droit des personnes et de la famille », *Dr. de la famille,* juin 2000, p. 7-12.
[3] Sur les arguments plaidant en faveur ou à l'encontre de la reconnaissance d'un droit d'opposition au ministère public avant l'intervention du législateur en 1993. V. A. LAMBOLEY, article précité, n° 44 ; H. L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, Montchrestien, t. I, vol. 3, La famille, par L. LEVENEUR, Lecture II, 39è leçon, p. 147.
[4] C. civ., art. 175-1 créé L. 24 août 1993.
[5] La situation irrégulière de l'un des futurs époux sur le territoire français et la différence d'âge des futurs époux ne constitue pas des indices sérieux au sens de l'article 175-2 du Code civil. TGI Paris, ord., 5 juillet 2002 : *Dr. de la famille* 2002 , n° 38, H. LÉCUYER ; CA Paris, 23 avril 2003 : *D.* 2003, p. 2716 note J.-J. LEMOULAND.
[6] CA Versailles, 15 juin 1990 : *RTD civ.* 1991, p. 297 obs. J. HAUSER. Voir *Le Monde,* 13 mars 1991, s'agissant du maire de Haute-Vienne.

des pièces produites par les futurs époux[1]. Si l'officier de l'état civil n'a ni à décider de l'opportunité du mariage, ni à en apprécier la cause ; il lui appartient désormais d'avertir le Ministère public s'il a un doute sur la réalité de l'intention matrimoniale des futurs époux[2]. Afin de renforcer l'arsenal juridique destiné à empêcher les mariages blancs, la loi du 26 novembre 2003 a quelque peu modifié les dispositions de l'article 175-2 du Code civil. Ce dernier se réfère désormais à l'article 63 du Code civil qui oblige l'officier de l'état civil à auditionner les époux avant de procéder à la publication des bans du mariage « *sauf en cas d'impossibilité ou s'il apparaît, au vu des pièces du dossier, que cette audition n'est pas nécessaire au regard de l'article 146* »[3]. L'audition préalable des futurs époux vise à permettre à l'officier de l'état civil de vérifier les informations fournies à l'appui du mariage et surtout de s'assurer de la réalité de leur consentement. Il s'agit de le doter de moyens supplémentaires pour recueillir des indices sérieux, concernant le caractère forcé du mariage, et seuls de nature à justifier la saisine du procureur de la République[4]. Une fois saisi, ce dernier dispose d'un délai de quinze jours pour laisser procéder à la célébration du mariage, faire opposition ou décider de surseoir à la célébration, le temps de vérifier la réalité du consentement des futurs époux[5]. Le sursis à la célébration ne peut durer plus d'un mois et les époux ont la possibilité de contester la décision de sursis devant le président du Tribunal de grande instance qui doit statuer sous dix jours[6]. Le sursis d'un mois peut cependant être renouvelé pour une durée similaire par décision spécialement motivée notamment pour laisser le temps au Ministère public d'attendre les résultats de l'enquête conduite[7]. En

---

[1] Le droit allemand reconnaît par contre à l'officier de l'état civil la possibilité de refuser son concours à la célébration du mariage s'il doute de l'intention matrimoniale des futurs époux. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et F. VAUVILLÉ, « Le droit de la famille face à la fraude à l'insertion familiale », in le droit de la famille à l'épreuve des migration transnationales, LGDJ 1993, p. 87 spéc. note 15.

[2] I. COPART-OULERRICH, « De l'intention matrimoniale ou le mariage était blanc », *Gaz. Pal.* 1993, doct. p. 1257-1261.

[3] Aux termes de l'article 175-2 du Code civil « *lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer, le cas échéant au vu de l'audition prévu par l'article 63, que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé au titre de l'article 146, l'officier de l'état civil peut saisir le procureur de la République* ».

[4] E. RALSER, « La maladie du mariage blanc », *Dr. de la famille* 2004, chron. p.7, n° 4. Le projet de loi initial, censuré par la Conseil constitutionnel, assimilait à un indice sérieux l'irrégularité du séjour et obligeait l'officier de l'état civil à en faire part immédiatement au préfet. Cons. const., déc. n°2003-484 DC, 20 nov. 2003 : *JO* 27 nov. 2003, p. 20154.

[5] Le point de départ de ce délai correspond à la date à laquelle le procureur est saisi par l'officier de l'état civil. CA Paris, 13 nov. 1998 : *RTD civ.* 1999, p. 363, obs. J. HAUSER.

[6] Le Conseil constitutionnel avait déclaré le premier texte voté contraire au principe constitutionnel de liberté du mariage notamment parce que le délai de sursis pouvait être de trois mois et qu'aucun recours n'était offert aux futurs époux contre la décision le prononçant. Décision n°93-325 DC,13 août 1993 : *JO* 18 août 2003 : *JCP* G 1993, II, 66372 ; J.-J. LEMOULAND, « A propos de l'article 175-2 du Code civil », *LPA* 1994, n° 105, p.13-14.

[7] E. RALSER, article précité.

l'absence d'opposition à l'expiration du délai d'un mois, le maire commet une voie de fait s'il persiste à refuser de célébrer le mariage[1].

230.- La dévolution du droit d'opposition à mariage au Ministère public se justifie par sa participation au respect de l'ordre public. Il est ainsi en mesure d'imposer des restrictions à la liberté matrimoniale, chaque fois qu'elle contrevient à l'idéal moral, social et familial de l'ordre public matrimonial. Les atteintes apportées par l'opposition à la liberté de se marier nécessitent de la réserver à quelques personnes, dont la qualité les rend à même de préserver le modèle marital imposé par l'État. Des considérations similaires justifient de n'accorder l'opposition qu'aux personnes les mieux placées pour défendre l'intérêt collectif, lorsqu'elle concourt à la défense d'un tel intérêt.

2°) La sélection des opposants par leur aptitude à défendre un intérêt collectif

231.- L'habilitation du tiers bénéficiaire de l'opposition s'effectue parfois en considération de son aptitude à représenter, ou à assurer plus que tout autre, la défense d'un intérêt collectif. Le droit d'opposition est ainsi expressément dévolu au syndic de copropriété, en raison de sa qualité de représentant légal des copropriétaires[2]. L'aptitude des syndicats à représenter les salariés et à participer à la défense d'un intérêt collectif résulte de leur qualité d'organisation syndicale majoritaire, outre qu'ils doivent logiquement être non-signataires de l'accord[3]. Le droit d'opposition des syndicats majoritaires à un accord collectif participe à la défense d'un intérêt collectif (a) comme celui attribué au syndic de copropriété (b).

---

[1] CA Paris, 14 mars 2003 : *Dr. de la famille* 2004, comm. 46, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *D.* 2003, somm. p. 1937, obs. J.-J. LEMOULAND ; *RTD civ.* 2003, p. 481 obs. J. HAUSER.

[2] De même, en cas de cogérance dans une SARL et en l'absence de dispositions statutaires répartissant les pouvoirs entre les cogérants, chacun d'entre eux détient séparément le pouvoir de faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société (C. com., art. L. 221-4 al. 2). La qualité de gérant emporte le droit pour chacun d'entre eux de s'opposer à toute opération avant qu'elle ne soit conclue.

[3] Une organisation signataire qui se rétracte ne peut donc prétendre s'opposer et doit dénoncer l'accord selon les règles prévues à l'article L. 132-8 du Code du travail.

a. La sélection des syndicats de salariés au regard de leur qualité majoritaire

232.- Le droit d'opposition n'est conféré qu'aux syndicats titulaires d'une légitimité suffisante au sein de la collectivité, établie par référence à leur qualité d'organisation représentative et par référence à une majorité électorale ou organique. Si la majorité retenue au niveau interprofessionnel ou de la branche se décompte uniquement par rapport au nombre d'organisations représentatives à ce niveau (i), elle repose, au contraire, sur une majorité électorale au sein de l'entreprise, majorité calculée en fonction du nombre de suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles (ii).

i. Une majorité organique aux niveaux supérieurs à l'entreprise

233.- L'appréciation de la majorité retenue pour l'exercice de l'opposition au sein de la branche ne peut se faire qu'au regard des changements apportés par la loi du 4 mai 2004, en matière de négociation collective[1]. Cette dernière a, en effet, profondément modifié les règles de conclusion des conventions et des accords collectifs de travail, notamment aux échelons supérieurs à l'entreprise. La validité des accords interprofessionnels requiert l'absence d'opposition de la majorité des organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de l'accord[2]. Au niveau de la branche, les partenaires sociaux ont la possibilité de conclure une convention de branche étendue ou un accord professionnel étendu, valant accord-cadre, afin de soumettre la validité des conventions et des accords collectifs à ce niveau, à leur signature par une ou des organisations représentant une majorité de salariés dans la branche. A défaut, la validité des conventions de branche ou des accords professionnels suppose l'absence d'opposition de la majorité des organisations représentatives à ce niveau.

234.- La majorité d'opposition concernant les accords interprofessionnels repose ainsi sur une majorité dite organique ou arithmétique, c'est-à-dire calculée en fonction du nombre d'organisations représentatives dans ce cadre. Si l'accord interprofessionnel est de niveau national, le droit d'opposition appartient aux organisations de salariés à caractère interprofessionnel représentatives à ce niveau, à savoir les cinq grandes confédérations

[1] B. TEYSSIÉ, « La négociation des conventions et accords collectifs après la loi n° 2004-91 », précité ; Ch. RADÉ, article précité, J.-E. RAY, « Les curieux accords dits majoritaires de la loi du 4 mai 2004 », précité.
[2] C. trav., art. L. 132-2-2, I.

reconnues comme telles par l'arrêté du 31 mars 1966[1]. La réunion de la majorité nécessite, par conséquent, l'alliance d'au moins trois organisations sur cinq. Si l'accord interprofessionnel est de niveau régional ou local, l'opposition appartient aux organisations de salariés à caractère interprofessionnel considérées représentatives à ce niveau[2]. Certains auteurs n'ont d'ailleurs pas manqué de remarquer le caractère paradoxal, si ce n'est biaisé, de la majorité arithmétique retenue. Un accord organiquement minoritaire ne l'est plus forcément si l'on s'intéresse au nombre d'adhérents des syndicats en cause, ou si l'on prend en considération leurs résultats aux dernières élections prud'homales[3]. La nécessité de retenir une majorité organique et non électorale s'imposait pourtant comme un moindre mal pour les accords interprofessionnels. D'une part, la référence aux élections des représentants du personnel n'apparaissait pas opportune, au vu de la discordance entre le niveau où s'apprécie cette représentativité et celui où elle s'exerce. D'autre part, le recours aux résultats obtenus par les grandes confédérations aux élections prud'homales s'avérait inutile au regard du seuil d'abstention[4].

235.- La majorité d'opposition s'exprime de manière identique aussi bien au niveau de la branche que dans le cadre interprofessionnel et nécessite la réunion de la moitié des organisations plus une[5]. Les avenants de révision étant désormais soumis aux mêmes règles de conclusion que celles applicables à l'accord initial, c'est-à-dire à une signature majoritaire ou à l'absence d'opposition, l'obtention de la majorité d'opposition en ressort considérablement facilitée au niveau de la branche. Contrairement aux règles présidant sous l'ancien article L. 132-7 du Code du travail, il suffit que les opposants détiennent la majorité en nombre dans le champ d'application de l'avenant pour pouvoir s'opposer, peu importe

---

[1] Le recours de l'UNSA devant le Conseil d'Etat pour obtenir son inscription à l'arrêté de 1966 et son entrée à la Commission nationale de la négociation collective a, en effet, été rejeté (CE, 5 novembre 2004 : *Dr. soc*. 2004, p. 1098, concl. J.-H. STAHL). Celle-ci reste donc obligée de faire preuve de sa représentativité devant les juridictions judiciaires pour participer aux négociations ou se présenter au premier tour des élections professionnelles. L'UNSA revendique pourtant un nombre d'adhérents supérieur à ceux de la CFDT et de la CGC et a obtenu 5% des suffrages exprimés aux élections prud'homales de 2002, se positionnant ainsi devant la CGC. Cf. *Liaisons sociales*, vendredi 13 décembre 2002, Bref social, n° 13787.

[2] B. TEYSSIÉ, article précité, p. 2062, n° 8.

[3] J.-E. RAY, précité, p. 594. L'auteur multiplie à l'envie les exemples. Minoritaires en nombre, la CGT et la CFDT sont, ainsi, majoritaires par rapport aux trois autres confédérations (FO, CGC-CGE, CFTC) si l'on se réfère à leurs adhérents ou à leurs résultats aux dernières élections prud'homales soit plus de 57% des suffrages exprimés en 2002.

[4] Celui-ci a en effet atteint près de 67% aux dernières élections. *Ibidem*.

[5] Les organisations représentatives sont celles rattachées à l'une des cinq grandes confédérations bénéficiant de la présomption irréfragable de représentativité et celles qui ont fait preuve de cette représentativité dans le champ d'application de l'accord.

qu'ils soient ou non signataires de l'accord initial[1]. Auparavant, l'opposition ne pouvait provenir que d'organisations syndicales signataires ou adhérentes à l'accord initial et nécessitait une plus grande coalition syndicale[2]. L'élargissement du champ personnel des titulaires de l'opposition en présence d'un avenant de révision de branche ne remet pas en cause la règle selon laquelle seules les organisations signataires ou adhérentes de l'accord initial sont habilitées à signer les avenants en portant révision.

236.- La majorité organique nécessaire à l'opposition dans le cadre de la branche contraste par rapport à la majorité d'engagement que les partenaires sociaux peuvent retenir à ce même niveau et qui se fonde, à l'inverse, sur un critère électif proche d'une démocratie sociale[3]. Des critiques identiques à celles avancées pour la majorité arithmétique au niveau interprofessionnel peuvent également être formulées à son encontre. Il convient toutefois de souligner que la majorité organique privilégie l'authenticité de la représentativité à sa réalité. Elle apparaît, dans ce sens, conforme à la représentation d'intérêts effectuée par les organisations syndicales à cet échelon, alors que dans l'entreprise la légitimité électorale convient mieux à « *la représentation de personnes que les syndicats réalisent* »[4].

ii. Une majorité électorale au niveau de l'entreprise

237.- Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, les modalités de conclusion des conventions et des accords collectifs d'entreprise doivent être fixées par voie de convention de branche ou d'accord professionnel étendu. Les dits accords ont la faculté de subordonner la validité des dispositions conventionnelles d'entreprise soit à leur signature par des syndicats majoritaires, soit à l'absence d'opposition des organisations de salariés majoritaires. Le silence gardé par les partenaires sociaux sur les règles de conclusion à retenir dans l'entreprise emporte l'application automatique du droit d'opposition. Celui-ci apparaît

---

[1] Les dispositions relatives aux avenants de révision dans l'entreprise restent inchangées dans la mesure où les organisations non signataires de l'accord avaient déjà le droit de s'y opposer, sous réserve de la référence faite aux votants et non plus aux inscrits pour le décompte de la majorité.

[2] Les syndicats avaient alors tout intérêt à adhérer à l'accord initial au niveau de la branche, sous peine de se voir privés de tout pouvoir de décision sur l'évolution de l'accord et, plus particulièrement, sur l'entrée en vigueur d'un avenant défavorable, signé par un ou plusieurs syndicats peu représentatifs de la branche.

[3] La convention de branche ou l'accord professionnel étendu, équivalant à un accord-cadre, qui institue une majorité d'engagement doit en définir les règles d'appréciation par rapport aux résultats obtenus à l'occasion d'organisations spécifiques au niveau national ou par rapport aux résultats consolidés des dernières élections aux comités d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. C. trav. L. 132-2-2, II.

[4] G. BORENFREUND, « Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1998, p. 476. L'emploi de l'expression « représentation de personnes » ne doit pas être comprise dans son sens juridique et résulte ici de circonstances de fait.

d'ores et déjà promis à un bel avenir. En effet, les trois petites confédérations, majoritaires en nombre au niveau interprofessionnel ou de la branche mais souvent minoritaires aux élections professionnelles, feront *a priori* opposition à tout accord instituant une majorité d'engagement aussi bien dans le cadre de la branche que de l'entreprise[1]. Elles ne manqueront pas de favoriser le recours au droit d'opposition, plutôt que de signer un accord réduisant, si ce n'est supprimant, leur possibilité de conclure des conventions et accords collectifs au niveau inférieur. On peut également craindre une certaine frilosité des organisations syndicales à recourir à une majorité d'engagement susceptible de scléroser la négociation collective, notamment dans les petites entreprises, sans compter que la partie patronale n'y aura pas forcément un intérêt évident. Le droit d'opposition semble donc amené, au moins dans un premier temps, à se développer. Le décompte de la majorité nécessaire à l'exercice de l'opposition dans l'entreprise mérite un examen attentif dans la mesure où l'article L. 132-2-2 du Code du travail en détermine très précisément les modalités. La majorité se décompte par référence aux suffrages exprimés au premier tour des dernières élections professionnelles et non par référence aux inscrits, comme cela était le cas sous l'empire des anciens articles L. 132-7 et L. 132-26 du Code du travail avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004.

238.- Le lien fait entre l'opposition et la qualité majoritaire de ses auteurs dans le cadre de l'entreprise témoigne de la légitimité de la dite organisation dans l'unité de négociation où elle se trouve. Elle constitue un gage de démocratie sociale dont on ne peut manquer de faire la comparaison avec la démocratie politique, même si elle s'exprime négativement sous la forme du droit d'opposition. Toute perte de la qualité de syndicat majoritaire a pour corollaire la suppression de son droit d'opposition, voire de son droit de conclusion si la procédure d'une signature majoritaire est retenue[2]. Le calcul de la majorité d'opposition a fait l'objet de nombreux débats aussi bien quant aux modalités de son appréciation que du seuil de référence à retenir au sein de l'entreprise, la majorité pouvant se manifester de manière protéiforme. La condition de majorité requise pour s'opposer s'établit désormais par rapport au nombre de suffrages exprimés aux dernières élections du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et dote, incontestablement, le droit

[1] J.-E. RAY, article précité, p. 596.
[2] Toutefois, si les organisations syndicales de salariés ne satisfont pas à la condition de majorité, le texte peut être soumis à l'approbation de la majorité des suffrages exprimés par les salariés dans l'entreprise ou dans l'établissement à l'initiative des syndicats signataires, auxquels peuvent se joindre les non-signataires. C. trav., art. L. 132-2-2, III-1°.

d'opposition d'une effectivité supérieure à celle qui lui était réservée avant la réforme de la négociation collective.

239.- La majorité se décomptait alors par référence aux électeurs inscrits et les syndicats devaient obtenir plus de 70% à 80% des suffrages exprimés au vu de l'abstentionnisme électoral[1]. Il leur appartenait de justifier d'une représentativité plus que majoritaire qui amenait à douter de l'effectivité que le législateur avait voulu donner au droit d'opposition. La majorité retenue révélait la volonté de privilégier le principe de l'unicité de la signature syndicale à l'adhésion réelle des salariés à l'accord dont la légitimité reposait finalement sur l'inaction des syndicats majoritaires[2]. Une brève analyse des résultats électoraux accentuait le caractère virtuel de leur prérogative. Il était, de fait, presque quasi-impossible de l'exercer dans les établissements inférieurs à 500 salariés, faute pour les syndicats de réunir un tel score électoral. Le constat devait sans doute être nuancé. Les statistiques relatives aux élections professionnelles ne tiennent pas compte de la diversité des situations rencontrées au niveau de l'entreprise. Il n'en restait pas moins que la condition de fond nécessaire à l'exercice de l'opposition privait incontestablement tout ou partie des établissements de petites tailles, pourtant majoritaires en France, d'une garantie légale. Le droit d'opposition ne pouvait, enfin, jamais s'exercer dans les entreprises où un second tour avait lieu lorsqu'au premier tour le nombre de votants était inférieur à la moitié des inscrits en raison de l'abstentionnisme électoral au premier tour[3]. Cet effet était regrettable car la réalité de la représentativité des signataires syndicaux se trouve plus faible dans ces entreprises que dans celles où les syndicats ont obtenu 50% des électeurs inscrits dès le premier et donc le dernier tour des élections. La Cour de cassation n'avait, d'ailleurs, pas hésité à retenir une conception compréhensive de la majorité d'opposition en décidant que lorsque le quorum a été atteint au premier tour des élections, il faut prendre en compte les résultats obtenus lors de ce tour et dans le seul scrutin des titulaires[4].

---

[1] Le droit d'opposition étant lié au caractère défavorable de l'accord M. COHEN soulignait l'inégalité frappante « *entre la faculté accordée pour réduire les droits des salariés et la difficulté pour s'y opposer* ». M. COHEN, « Les inégalités cachées du droit du travail », *Dr. soc.* 1990, p. 114-115. Sur les résultats obtenus par les différentes organisations représentatives de salariés aux élections professionnelles entre 1991 et 1995 voir *Liaisons sociales*, T, 1997, n°57/97 et 76/97. Au regard des dits résultats les syndicats devaient exactement réunir entre 75 et 78% des votants compte tenu de l'abstentionnisme électoral.

[2] G. BORENFREUND, « Idée majoritaire et négociation collective », *Mélanges dédiés au président M. DESPAX*, PUSS Toulouse, 2002, p. 401-402.

[3] En revanche, l'organisation d'un second tour ne fait pas obstacle au jeu de l'opposition lorsque le quorum a été atteint au premier tour. Un second tour s'avère parfois nécessaire si les listes syndicales présentées au premier sont incomplètes et que certains sièges restent à pourvoir.

[4] Cass. soc., 18 nov. 1998 : *Dr. soc.* 1999, p. 104, obs. J. BARTHÉLÉMY ; *RJS* 1999, p. 3, chron. C. BARBEROT ; *JCP G* 1999, II, 10185, note L. BOUTITIE.

240.- Les difficultés rencontrées pour atteindre l'audience électorale nécessaire à l'exercice du droit d'opposition ont conduit l'ensemble de la doctrine à lui octroyer des qualificatifs révélateurs de son ineffectivité. Prérogative fictive, virtuelle ou conçue pour ne jamais servir, le droit d'opposition s'est fait particulièrement discret, si l'on estime que le contentieux relatif à son exercice constitue un indice d'appréciation de son effectivité. A défaut de pourvoir évaluer de manière pertinente le nombre d'oppositions au regard de son contentieux, celui-ci a contribué à mettre en avant l'idée que les rares fois où il parvient à être exercé, il provoque un conflit révélateur de la difficulté des signataires à se plier à la décision, voire, à la sanction d'un tiers à l'accord. Les modifications apportées par la loi du 4 mai 2004 à la majorité d'opposition en facilitent la réunion et les modalités d'appréciation, sans pour autant emporter la conviction sur le renforcement opéré de la validité ou de la légitimité des accords conventionnels.

241.- La fixation de la majorité à retenir par référence aux suffrages exprimés au premier tour des élections du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel apparaît garante d'une meilleure effectivité du droit d'opposition, même si elle dépend encore largement de la participation des salariés aux élections professionnelles [1]. En présence d'un accord d'établissement, la majorité à retenir doit en principe l'être par rapport aux résultats obtenus lors des dernières élections au comité d'établissement ou, à défaut, des délégués du personnel à ce même niveau[2]. En cas de carence des élections professionnelles rendant impossible toute opposition, les salariés pourront directement manifester leur adhésion à l'accord signé par le délégué syndical de l'entreprise ou de l'établissement au terme d'un référendum, sollicité sur l'initiative des organisations syndicales de salariés non signataires[3]. Lorsqu'un accord n'intéresse qu'une catégorie professionnelle déterminée, sa validité est subordonnée à la signature ou, à l'absence d'opposition, des syndicats majoritaires dans ce collège.

---

[1] La CGT a ainsi pu faire opposition au plan de restructuration de Nestlé Waters France en se prévalant de 55% des suffrages exprimés sur les trois sites de la société, alors qu'elle ne représente que 47% des inscrits. *Le Monde* 17 août 2004.
[2] J.-E. RAY, article précité, p. 597 ; B. TEYSSIÉ, article précité, p. 2066, n° 40.
[3] C. trav. , art. L. 132-2-2, III, al. 4.

242.- La qualité de syndicats majoritaires nécessaire à l'exercice de l'opposition apparaît dès lors plus accessible. *A priori*, elle se distingue soigneusement de celle requise du syndic de copropriété, si ce n'est qu'en fonction des intérêts à protéger le législateur sélectionne, parmi les syndicats et les créanciers du vendeur d'un lot, les titulaires de l'opposition au regard de leur qualité majoritaire ou de syndic de copropriété.

b. La sélection de l'opposant par sa qualité de syndic de copropriété

243.- La qualité de tiers du syndic s'impose de manière assez évidente dans la mesure où il ne manifeste aucun consentement à l'acte passé par le copropriétaire débiteur. Il se prévaut d'un droit propre et personnel, détachable de sa qualité de créancier chirographaire, pour faire obstacle au paiement du prix de vente entre les mains du débiteur. Comme pour les créanciers opposants au prix de vente d'un fonds de commerce, aux opérations de fusion ou de scission d'une société, le syndic ne saurait s'appuyer sur n'importe quelle créance pour s'opposer. En tant qu'organe exécutif du syndicat et représentant de l'intérêt de l'ensemble copropriétaires, il apparaît tenu d'un devoir d'opposition afin de veiller au règlement des charges de copropriété.

244.- Le syndic doit fonder son opposition sur des créances liquides et exigibles à la date de la mutation. Il faut donc que le montant de la créance soit exprimé en argent et que le syndic ait eu le droit d'en requérir le paiement immédiat au jour de la mutation. Il en est ainsi des créances ayant fait l'objet d'appels de fonds par le syndic et de celles relatives à des travaux déjà exécutés ou à de futurs travaux, si les appels de fonds les concernant procèdent d'une décision de l'assemblée générale antérieure à la cession du lot[1]. Le représentant du syndicat commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité personnelle, s'il s'oppose à l'appui de créances dont la liquidité et l'exigibilité font défaut[2].

[1] C. ATIAS, *Rép. civ. Dalloz*, 2002, V° Copropriété des immeubles bâtis, p. 59, n° 667 ; E. GUILLOT, « Créances certaines, liquides et exigibles », *Administrer* déc. 1982, p. 107.
[2] CA Paris, 14 juin 1993 : *Loyers et copropriété* 1993, comm. n° 405.

245.- Avant la loi du 21 juillet 2004, la jurisprudence reconnaissait au syndic la possibilité de s'opposer à l'appui de créances liquides et exigibles concernant d'autres lots que celui cédé et possédés par le vendeur dans la même propriété. La solution se justifiait tant par l'article 20 de la loi du 10 juillet 1965 qui ne comporte aucune distinction à ce sujet que par l'article 2092 du Code civil, aux termes duquel tous les biens du débiteur répondent de ses dettes[1]. Le maintien d'une telle solution était discutable depuis que la loi de 1994 prévoit que l'opposition emporte constitution d'un privilège spécial au profit du syndicat pour le paiement de certaines charges[2]. La Cour de cassation a ainsi estimé que le privilège immobilier spécial a été institué uniquement pour permettre le recouvrement des charges afférentes aux lots vendus. Il ne saurait donc jouer pour le paiement des charges relatives à d'autres lots[3]. Les privilèges spéciaux, visés à l'article 2103 du Code civil, concernent en effet des immeubles déterminés afin de garantir des créances déterminées. Leur assiette est en conséquence limitée au bien affecté à la dette garantie.

246.- Le droit d'opposition étant exclusivement lié à la qualité particulière de son auteur, le syndic ne peut plus valablement s'en prévaloir à partir du moment où son mandat est expiré, peu importe qu'il continue à le remplir dans les faits[4]. Toutefois si un administrateur provisoire a été désigné à la copropriété, il remplit les fonctions du syndic et a qualité pour s'opposer, sauf en cas de dispositions contraires de l'ordonnance qui le désigne[5]. La règle s'applique également à l'administrateur provisoire désigné à une copropriété en difficulté, sous réserve des dispositions de l'ordonnance quant à l'étendue de ses pouvoirs et de ceux restant attribués au syndic[6].

247.-Le syndic en tant que représentant du syndicat dont il est le mandataire ne dispose d'aucune opportunité d'appréciation quant à l'exercice de l'opposition. L'existence d'un arriéré de charges dues par le vendeur d'un lot en copropriété lui impose de mettre en œuvre l'opposition et toute négligence à cet effet constitue une faute de nature à engager sa responsabilité contractuelle à l'égard du syndicat.

---

[1] Cass. 3ème civ., 14 avr. 1982 : *Bull. civ.* III, n° 87 ; *D.* 1982 IR, p. 443, obs. Cl. GIVERDON.
[2] C. civ., art. 2103-1. C. ATIAS, article précité, n° 668.
[3] Cass. 3ème civ., 15 mai 2002 *: Bull. civ.* III, n° 103 ; *Defrenois* 2003, art. 37691, obs. P. THERY. – Cl. GIVERDON, « L'efficacité du privilège immobilier spécial du syndicat des copropriétaires est-elle compromise ? », *Loyers et copropriété,* 2003, chron. 1, p. 4-6.
[4] CA Versailles, 9 juill. 1992 : *Gaz. Pal.* 1993, I, jurisp., p. 15, *Administrer* janv. 1993, p. 48.
[5] Cass. 3ème civ., 19 fév.1976 : *JCP G* 1976, II, 18508 note E. J. GUILLOT.
[6] J. LAFOND, *J.-Cl. Notarial Formulaire*, Vente d'un lot en copropriété, 1995, Fasc. 222, n° 40.

Le syndicat a d'ailleurs la possibilité de se retourner contre le syndic ayant omis de faire opposition lors de la cession d'un lot et dont la créance afférente n'est pas récupérable, en invoquant un préjudice né de la perte d'une chance de paiement. Il ne peut obtenir sa condamnation au versement des arriérés dus par le copropriétaire vendeur, mais il convient de faire droit à sa demande évaluant son préjudice au montant des arriérés non recouverts du fait de la carence du syndic[1].

Habilité à s'opposer en considération de sa qualité mais aussi de son titre, le syndic, comme tout titulaire du droit d'opposition, n'est cependant à même de l'exercer qu'à condition d'avoir connaissance de l'événement préjudiciable à ses intérêts.

[1] CA Paris, 1er oct. 1993 : *Administrer* avr. 1994, p. 70 ; CA Paris, 21 juin 1991 : *Loyers et copr.* 1991, n° 400. Voir également sur la responsabilité du syndic ayant omis de former opposition régulière au paiement des indemnités d'expropriation CA Paris, 18 déc. 1996 : *Loyers et copr*. 1997, n° 25.

Section II

L'information des titulaires

248.- L'opposition étant circonscrite à des situations expressément déterminées par le législateur, son titulaire n'est à même d'y recourir qu'à condition d'avoir connaissance de l'événement préjudiciable qui ouvre son droit. L'exercice de l'opposition dépend largement des mesures d'information la précédant et qui s'imposent en raison de la qualité de tiers de ses titulaires. Ces dernières constituent un corollaire d'autant plus indispensable que l'opposition, à défaut d'être urgente, doit se réaliser le plus souvent dans de brefs délais. Il conviendrait donc de s'assurer de l'efficacité des mesures d'information préalables à celle-ci, dans la mesure où leur inadaptation prive l'opposant de toute possibilité de conserver ses intérêts. Nécessaires à l'exercice de l'opposition (paragraphe I), les mesures d'information des tiers en conditionnent l'efficacité puisqu'elle doit être accomplie dans des délais très courts (paragraphe II).

§ I. L'information nécessaire à l'exercice de l'opposition

249.- Les délais d'opposition courent, en général, à dater du jour où son titulaire est averti de la survenance de l'événement ouvrant son droit. Jusqu'alors il n'était qu'un bénéficiaire éventuel, voire virtuel, de l'opposition. L'information apparaît indispensable à son exercice : car à moins d'une vigilance perpétuelle, son auteur peut, effectivement, ignorer la menace qui pèse sur sa prérogative et la voir irrémédiablement compromise, faute d'avoir été mis en mesure d'agir à titre conservatoire.

250.- Ainsi, en droit des successions, les effets néfastes de l'insuffisance d'information sur l'action conservatoire ont pu être jugulés grâce à la conception jurisprudentielle extensive de l'opposition[1]. La publicité du décès par les actes de l'état civil semble, en effet, d'une portée très restreinte pour informer les créanciers du défunt ou du débiteur. Faute de réelle mesure de publicité concernant le décès, les créanciers du défunt ne

[1] L'article 882 du Code civil n'impose aucune forme particulière à l'opposition à partage qui résulte de tout acte manifestant la volonté des créanciers d'y intervenir et porté à la connaissance de tous les coïndivisaires. L'opposition à l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire se suffit quant à elle de la simple connaissance par l'héritier de l'existence de la créance et de la volonté du créancier d'en obtenir le paiement. Cf. *infra* § 446.

sont généralement avertis ni du décès, ni de l'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire et n'auraient guère la possibilité de préserver leurs droits, en temps utile, sans une acception compréhensive de l'opposition[1]. De même, en présence d'un partage, les créanciers doivent être particulièrement bien renseignés sur la situation de leur débiteur pour avoir écho de sa qualité d'héritier et de l'ouverture d'une succession le concernant. Le défaut de toute procédure d'information, en la matière, laisse penser que l'opposition concerne, en pratique, les seuls créanciers dont le droit a pris naissance en considération de la qualité héréditaire, actuelle ou future de leur débiteur.

251.- Il est donc indispensable que les titulaires de l'opposition soient informés de la réalisation de l'événement qui ouvre leur droit, soit par le biais de mesures de publicité, en dépit de leur relativité, lorsque les opposants ne sont pas nommément identifiables (A), soit par l'intermédiaire de notification individuelle dont l'efficacité participe à la conservation des droits de l'opposant (B).

A. La relativité des mesures de publicité

252.- Envisagée sous l'angle de ses effets, la publicité crée le droit, informe les tiers ou leur rend opposable des situations juridiques. Une approche unitaire de la notion impose pourtant de l'appréhender au regard de sa seule fonction d'information des tiers qui ont par son intermédiaire « *connaissance des éléments juridiques qui ont pour eux des conséquences importantes ou préjudiciables* » [2]. A ce titre, la publicité se définit « *comme une technique juridique qui opère par l'information du public et qui peut être mise au service de politiques juridiques diverses, articulées autour de la volonté générale de protéger les tiers* »[3].

---

[1] L'acceptation bénéficiaire de la succession n'est soumise à aucune publicité et contrairement au droit italien, où l'héritier ne peut effectuer aucun paiement pendant un délai d'un mois même en l'absence d'opposition, le législateur français n'a institué aucun délai de façon à laisser le temps aux créanciers de faire valoir leur droits.
[2] S. CORNELOUP, « La publicité des situations juridiques, une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé », Préf. P. LAGARDE, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 388, 2003, p. 107 et s.
[3] S. CORNELOUP, ouvrage précité, p. 110.

253.- Les mesures de publicité constituent un préalable nécessaire à l'opposition dont l'omission se sanctionne souvent comme une règle de forme et affecte l'efficacité juridique de l'acte qui devient inopposable aux tiers[1].

Elle contribue à la protection des tiers en portant à leur connaissance l'information mais aussi, à celle des personnes qui y sont assujetties. L'accomplissement de la publicité marque en effet le point de départ des délais impartis à l'exercice de l'opposition et aux termes desquels ses titulaires sont forclos. Ce faisant, celle-ci limite l'efficacité de l'opposition dans le temps. L'objectif d'information des tiers poursuivi par les mesures de publicité n'est pas toujours atteint en raison de l'inadaptation ou de la désuétude des supports employés à cet effet, voire de la diligence qu'elles imposent à leurs destinataires.

254.- Ainsi, la publicité effectuée avant la célébration du mariage ne sert de support à l'opposition que dans des situations exceptionnelles, au regard du faible nombre de personnes susceptibles de se rendre à la mairie pour consulter les tableaux d'affichages des bans[2]. Les tiers disposent, en général, d'autres moyens d'information. La reproduction éventuelle des publications dans un journal quotidien constitue parfois une source de renseignements alternative non négligeable[3]. Dans le domaine du droit commercial ou de la propriété intellectuelle, les situations juridiques sources d'opposition font l'objet d'une publication dans un journal d'annonces légales. L'emploi de tels procédés n'a pas été sans susciter la critique. Il requiert effectivement une vigilance de tous les instants et repose sur une large part de fictivité[4]. Outre le fait que les particuliers ne manifestent guère d'intérêt pour de telles publications, les professionnels auraient seulement connaissance de celles parues dans le ressort de leur établissement[5]. La critique s'avère d'autant plus préjudiciable à l'opposition que l'ignorance de la publication ne peut être palliée par un mécanisme subsidiaire de publicité. La parution de l'annonce fait courir les délais d'opposition et ses titulaires seront

---

[1] La publicité des situations juridiques doit cependant être rattachée aux règles de fond et non de forme en raison des liens étroits qu'elle entretient avec les premières. S. CORNELOUP, ouvrage précité, p. 25 et spéc. p. 262.

[2] S. CORNELOUP, ouvrage précité, p. 3 ; J. DUCLOS, L'opposabilité, Essai d'une théorie générale, Préf. D. MARTIN, LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 179, 1984, p. 293 ; J HAUSER et D. HUET-WEILLER, ouvrage précité, p. 95, n° 203. Exceptionnellement une dispense de publication peut être accordée par le Procureur de la République pour des causes graves. C. civ., art. 169.

[3] M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz*, V. Mariage, n° 434.

[4] E. FORTIS, A. REYGROBELLET, « L'absence d'un système cohérent de publicité légale », in Publicités légales et information dans les affaires, sous la direction d'A. SAYAG, Litec 1992, p. 53 et s.

[5] EHRENBERG « Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister », Jherings jahrbücher für die dogmatik des bürgerlichen rechts, t. 47, 1904, p. 286 cité par S. CORNELOUP, ouvrage précité, p. 139. *Contra* Y. GUYON, Droit des affaires, 12ème éd., Economica, 2003, n° 929 et 930 pour lequel la publicité dans un journal officiel d'annonces légales est relativement efficace contrairement à celle effectués dans un journal privé qui encoure la critique.

forclos s'ils n'en ont pas connaissance en temps utile. Il importe donc peu que la publicité se double d'une inscription sur un registre public, tel le registre du commerce et des sociétés, censé assortir l'information d'une certaine continuité dans le temps.

255.- La cession du fonds de commerce est ainsi assujettie à diverses publications, dont celle au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales marque le point de départ du délai d'opposition et se sanctionne par l'inopposabilité du paiement du prix de vente aux créanciers du cédant[1]. La publicité effectuée antérieurement dans un journal d'annonces légales laisse perplexe quant à ses effets en terme d'information. En effet, il n'est pas matériellement possible pour les créanciers de lire tous les journaux d'annonces légales des départements dans lesquels leurs débiteurs détiennent un fonds de commerce[2]. Ce mode de publicité satisfaisant en 1909, au regard d'un marché composé essentiellement d'échanges locaux et d'un système d'information passant exclusivement par la presse, est devenu largement insuffisant dans un contexte où les échanges se réalisent aussi bien au niveau national qu'international et où l'information se diffuse plus facilement par l'intermédiaire des nouvelles technologies. Ainsi, l'insertion au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales s'adresse aux entreprises dotées d'une structure suffisante pour consulter chaque jour ce Bulletin et non aux petits créanciers qui ne disposent pas des moyens de s'informer ainsi[3]. La demande d'enregistrement d'une marque se voit, de son côté, soumise à une publication au Bulletin officiel de la propriété industrielle, voire au Bulletin des marques internationales, afin que le titulaire d'un droit antérieur puisse faire obstacle à l'enregistrement d'une marque susceptible de porter atteinte à la sienne[4].

---

[1] C. com., art. L. 141-17. L'inopposabilité n'est pas la conséquence du défaut de publication mais de l'ignorance présumée du tiers. Aussi, lorsque l'assujetti démontre que le tiers a effectivement connaissance de la situation juridique malgré le défaut de publication, cette connaissance se substitue à la publicité et lui rend opposable la situation juridique. C -T. BARREAU-SALIOU, « Les publicités légales, Information du public et preuve des actes », LGDJ, 1990, p. 135, n° 193. S. CORNELOUP, ouvrage précité, n° 104 et sur les limites à cette possibilité de substitution spéc. n° 109. Il semble que le caractère subsidiaire de l'information des tiers joue pleinement puisque l'on admet la recevabilité d'oppositions effectuées antérieurement à toute publication ou à celle faisant courir les délais d'opposition.

[2] J. P. LE MAZIER, « La transmission des entreprises : vaincre les obstacles », 86ème Congrès des notaires de France Lille, 20-23 mai 1990, « La protection des tiers dans la vente du fonds de commerce », *JCP N* 1990, 1223, p. 35, n° 4. – L'information diffusée a, de surcroît, une efficacité limitée au temps de sa lecture le jour de sa parution, sans compter qu'elle n'est pas aisée à retrouver ultérieurement. Il serait nécessaire de la pérenniser dans une banque de données regroupant toutes les annonces légales parues. Cf. Y GUYON, ouvrage précité, n° 929, p. 1013. Le regroupement des diverses annonces légales dans une banque de données au niveau régional ou national pourrait être également envisagé.

[3] J.-P. LE MAZIER, article précité, n° 5.

[4] C. prop. int., art. L. 712-2.

La publicité faisant, là encore, courir les délais d'opposition, il est primordial que les tiers intéressés en aient une connaissance effective. A défaut, ils perdent toute possibilité de s'opposer à l'enregistrement préjudiciable à leurs intérêts. La remarque concerne également les publications effectuées au Journal officiel, en cas de décret portant autorisation d'un changement de nom[1]. Le procédé de publication retenu s'avère, en l'espèce, particulièrement inadapté à sa cible. En effet, si l'on peut penser que les professionnels prêtent une certaine attention aux publications réalisées par le biais de journaux d'annonces légales, il semble peu probable, en revanche, que les particuliers pratiquent une lecture assidue du Journal officiel. L'impératif de protection des tiers recherché par la publicité, se retourne paradoxalement contre eux, en protégeant la ou les personnes assujetties à la publicité dont le droit, faute d'avoir été contesté dans les délais requis, se trouve conforté par l'expiration du délai d'opposition[2].

256.- Il convient également de rappeler que les mesures de publicité des jugements offrent à toute personne la possibilité de se faire délivrer une copie ou un extrait du jugement par le greffier, et ce sans aucun justificatif[3]. Elles forment à ce titre un moyen de consultation intéressant pour les professionnels du droit et dans une moindre mesure, pour les simples particuliers qui souhaiteraient avoir connaissance de la teneur d'un jugement susceptible de nuire à leurs intérêts, préalablement à l'exercice de toute tierce opposition[4]. La publicité des jugements ne semble pourtant pas directement destinée à informer les tiers d'une situation juridique préjudiciable à leurs droits mais leur permet seulement de s'assurer de son existence ou de sa teneur, s'ils commencent à en ressentir les premiers effets préjudiciables. En ce sens, elle conforte plus la tierce opposition qu'elle ne la provoque.

---

[1] Article 61-1 du Code civil et articles 3 et 5 du décret n° 94-52 du 20 janvier 1994. Conformément à l'article 3 du décret précité, lorsque le requérant réside en France une publication est également effectuée dans le journal d'annonces légales de l'arrondissement de son lieu de résidence.

[2] Dans le même sens voir S. CORNELOUP, ouvrage précité, p. 141. L'auteur fait d'ailleurs remarquer que l'article 30 du Code civil suisse prévoit, contrairement au droit français, un droit d'opposition au changement de nom effectivement protecteur des tiers. En effet, le délai de prescription de l'opposition ne court pas à dater de l'accomplissement de mesures de publicité, mais à partir du jour où le tiers a eu connaissance du changement de nom.

[3] Art. 853, anc. C. pr. civ.

[4] Sans compter la publicité issue de la lecture publique du jugement lorsqu'elle est prescrite, ou celle effectuée par les journaux ou les revues scientifiques, même si elles correspondent à de simples mesures d'information et non de protection de tiers. Il convient également d'ajouter la publicité des jugements prévue à titre de sanction et destinée à dissuader tout comportement illicite ou frauduleux identique. Elle se différencie de ce fait de la publicité des situations juridiques. S. CORNELOUP, ouvrage précité, p. 5.

257.- Les mesures de publicité permettent de faire part aux personnes intéressées de la survenance d'une opération juridique, de nature à causer un grief à leurs intérêts. Elles mettent théoriquement les tiers en mesure d'agir à titre conservatoire et déterminent le point de départ du délai d'opposition. Elles constituent, pour ces derniers, un moyen de se procurer l'information sous réserve de faire preuve de la plus grande vigilance. Les formalités de publicité se présentent dès lors comme « *une condition à la fois nécessaire et suffisante à l'opposabilité aux tiers protégés par la loi de l'élément juridique concerné* »[1]. En l'absence de publicité, l'élément juridique leur est inopposable mais une fois celle-ci réalisée, il devient indifférent de rechercher s'ils en ont eu effectivement connaissance. Il résulte de l'accomplissement de la publicité une « *présomption légale de connaissance* » de l'information par les tiers qui *« repose implicitement sur un devoir des intéressés de s'informer »*[2]. Contrairement aux mesures individuelles d'information, la connaissance organisée par les mesures de publicité se veut quérable et non portable. Les premières sont, de ce point de vue, dotées d'une efficacité renforcée et s'adressent à des tiers nommément identifiés.

B. L'efficacité des mesures d'information individuelles

258.- Le titulaire de l'opposition a parfois connaissance de l'ouverture de son droit par voie de notification ou de signification dont la réalisation entraîne le décompte du délai laissé pour l'exercer. La notification ou la signification de l'événement préjudiciable le met effectivement en mesure d'assurer la défense de ses intérêts ou de renoncer à se prévaloir de l'opposition, en toute connaissance de cause. Elle concerne principalement les décisions rendues en l'absence de contradictoire (1) et le domaine du droit du travail où la notification a connu récemment des développements substantiels (2).

1°) La notification des décisions rendues en l'absence de contradictoire

259.- L'opposition à une ordonnance portant injonction de payer ou à un jugement rendu par défaut, doit être accomplie dans un délai d'un mois à compter de la notification faite au domicile du défaillant ou de la signification faite à la personne du débiteur. L'opposition étant le seul moyen de contester l'ordonnance rendue en l'absence de toute

[1] J. DUCLOS, ouvrage précité, p. 297.
[2] C.-T. BARREAU-SALIOU, ouvrage précité, p. 70.

procédure contradictoire ou le jugement rendu par défaut, il convient de s'assurer de l'information effective du débiteur.

260.- En présence d'un jugement rendu par défaut, le jour de sa notification au défaillant marque le point de départ du délai d'opposition[1], peu importe que la notification soit faite à personne, à domicile, avec remise de la copie en mairie ou à parquet. Le délai ne court pas en l'absence de notification ou de toute indication de celui-ci sur l'acte de signification[2]. Le défendeur condamné par défaut peut cependant former opposition dès que le jugement est rendu, sans en attendre la notification. En matière d'injonction de payer, le délai d'opposition court à partir de la signification faite à personne du débiteur. Mais lorsque la signification de l'ordonnance n'a pu être faite à personne, l'opposition reste recevable pendant le mois suivant le premier acte signifié à personne ou à défaut, la première mesure d'exécution rendant indisponible les biens du débiteur[3]. Le délai d'opposition ne court donc qu'à dater de la signification à personne, que ce soit de l'ordonnance portant injonction de payer ou de l'ordonnance revêtue du visa ou du commandement de payer. Il s'agit simplement de s'assurer que le débiteur a effectivement pris connaissance de la procédure dirigée à son encontre et a été mis en mesure de présenter ses moyens de défense. Autrement dit, ce qui compte réellement pour faire courir le délai d'opposition « *ce n'est pas tant la délivrance d'un nouvel instrumentum, comme le commandement de payer, par exemple, que la mise en œuvre d'une mesure qui atteint le débiteur dans la réalité de sa vie quotidienne* »[4]. Avant de déclarer l'opposition irrecevable au motif qu'elle dépasse le délai d'un mois, le juge doit d'ailleurs vérifier que la signification a été faite à la personne du débiteur[5]. La signification de l'ordonnance portant injonction de payer préserve les droits de son destinataire, en l'avertissant de l'existence d'une décision préjudiciable à ses intérêts et en lui indiquant les voies de droit à sa disposition pour faire valoir, le cas échéant, ses moyens de défense.

---

[1] Le jugement par défaut doit être notifié dans les six mois de sa date. NCPC, art. 548.

[2] V° à propos d'un jugement rendu par défaut Cass. com., 13 nov. 1990 : *Bull. civ.* IV, n° 270 – Cass. com. 25 juin 1991 : *Bull. civ.* IV, n° 230.

[3] Cass. com., 22 fév. 1977 : *D.* 1977, IR, p. 230 obs. P. JULIEN ; Cass. 1re civ., 13 fév. 1980 : *Bull. Civ*. I, n° 58 ; *RTD civ.* 1981, p. 222, obs. R. Perrot ; TGI, 24 fév. 1986 : *RTD civ.* 1986, p. 647, obs. R. PERROT. En l'absence de signification à personne, lorsque le délai d'opposition court à compter du premier acte de saisie, il faut retenir comme point de départ non l'acte de saisie lui-même, mais celui de sa dénonciation au débiteur. La Cour de cassation privilégie donc la connaissance effective de la saisie par le débiteur pour faire courir le délai d'opposition dans la mesure où il existe souvent un décalage de quelques jours entre l'acte de saisie et l'information du débiteur. Cass. Avis, 16 sept. 2002 : *D.* 2002, IR p. 2776 ; *RTD civ*. 2003, p. 142, obs. R. PERROT.

[4] R. PERROT, note sous Cass. 1re civ., 13 fév. 1980 : précité, p. 223.

[5] Cass. 2ème civ., 1er juill. 1992 : *Bull. civ.* II, n° 188 ; *JCP G* 1992, IV, n° 2533.

L'exercice de l'opposition suppose que son titulaire soit averti de l'imminence de l'événement ouvrant son droit ou qu'il puisse au moins s'en informer, aussi est-il indispensable de veiller à sa réalisation et ce, en temps utile. Une telle considération a conduit à une extension de la procédure de notification en droit du travail.

2°) Les procédures de notification en droit du travail

261.- La notification des événements à l'origine de l'opposition a fait l'objet de récents développements en droit du travail, aussi bien en ce qui concerne l'action de substitution (a) que les accords conventionnels minoritaires (b).

a. La notification de l'action de substitution

262.- La notification, au salarié, de l'intention du syndicat de recourir à l'action de substitution revêt une importance cruciale. Elle permet de s'assurer qu'il a personnellement eu connaissance des projets de l'organisation syndicale, en même tant qu'elle délimite le champ d'action de celle-ci lors de l'instance. La procédure de notification ne s'impose cependant pas en toutes circonstances et intervient parfois tardivement, au préjudice de l'opposition et de la liberté d'agir du salarié.

263.- Selon les domaines d'intervention de l'action de substitution, les formes de l'information délivrée par le syndicat sont soit laissées à sa libre appréciation[1], soit soumises à une obligation de notification[2]. Le recours à la notification présente l'avantage d'être autrement plus précis et conforme au respect de la liberté individuelle du salarié, qu'une simple information verbale[3]. Le Conseil constitutionnel, lors de l'examen de la loi du 6 août 1989 relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, avait d'ailleurs estimé que l'action syndicale ne contrariait pas la liberté individuelle, à condition

[1] C. trav., art. L. 127-6 ; L . 135-4 , L.721-19. L'obligation d'information semble implicite en ce qui concerne les travailleurs étrangers. Les dispositions de l'article L. 341-6-2 du Code du travail limitent, en effet, l'action syndicale à l'absence d'opposition du salarié, sans préciser qu'il faille qu'il ait été averti.
[2] C. trav., art., L. 122-3-16 ; art. L. 321-15, art. L. 123-6. La question de la forme de l'information ne se pose pas lorsque l'action de substitution se fonde sur la discrimination ou le harcèlement. Le syndicat doit, dans ce cas, disposer d'un accord préalable écrit de l'intéressé avant d'agir (C. trav., art. L. 122-45-1 et art. L. 122-53).
[3] L'article L. 135-4 du Code du travail dispose ainsi qu'il suffit que le salarié « *ait été averti et n'ait pas déclaré s'y opposer* », ce qui laisse présager du caractère simplement verbal de l'information donnée.

que le salarié ait été mis à même de donner son assentiment[1]. Il avait précisé, à cette occasion, que la lettre adressée au salarié devait contenir « *toutes précisions utiles sur la nature et l'objet de l'action exercée, sur la portée de son acceptation et sur le droit à lui reconnu de mettre un terme à tout moment à cette action* »[2]. Le Conseil avait ensuite ajouté que le syndicat devait justifier que le salarié avait eu « *personnellement connaissance de la lettre* » comportant toutes ces mentions. La notification de l'information au salarié semble, de la sorte, seule de nature à l'avertir de façon effective et adéquate[3].

264.- Les éléments contenus dans l'écrit délimitent, par ailleurs, le champ d'intervention du substituant. L'organisation syndicale n'est pas recevable à présenter d'autres demandes que celles mentionnées dans la lettre[4]. La Cour de cassation a ainsi jugé, dans une espèce relative à un contrat à durée déterminée, que pour introduire de nouvelles demandes, le syndicat doit procéder à une nouvelle information du salarié dans les conditions prévues par les articles L. 122-2-16 et R. 122-1 du Code du travail[5]. La recevabilité de demandes nouvelles doit ainsi être conciliée avec le respect de la liberté des salariés. La liberté du salarié est garantie chaque fois que l'information se réalise par écrit. En revanche, elle l'est difficilement en présence d'une information verbale dans la mesure où l'information initiale ne se trouve pas enfermée dans des chefs de demandes précis.

265.- A cet égard, si l'on avait pu penser que l'information du salarié devait précéder l'introduction de l'instance, la Cour de cassation admet qu'elle puisse avoir lieu au plus tard le jour de son introduction[6]. La notification doit cependant tenir compte du temps de réflexion parfois laissé pour s'opposer. Un délai de 15 jours doit alors s'être écoulé, entre la date de notification et le prononcé de la décision par le Conseil des prud'hommes, pour que l'action syndicale reste recevable[7]. La Cour de cassation facilite sans conteste l'exercice de l'action de substitution. Il est, en effet, probable que le salarié marque une plus grande hésitation à s'opposer si l'instance est déjà introduite. L'information réalisée *in extremis*,

---

[1] Déc. n° 89-257 DC du 25 juill. 1989 : précité.
[2] *Ibidem.*
[3] *Ibidem.*
[4] Cass. soc., 1er fév. 2000 : *JCP E* 2000, p. 760-763, note D. BOULMIER.
[5] *Ibidem*.
[6] *Ibidem*.
[7] Le principe ainsi posé ne vaut a priori que pour les situations où le salarié doit manifester son opposition dans les 15 jours suivants la notification (C. trav, art. L. 321-15 ; L. 124-20 ; L. 125-3-1, art. L. 123-6).

qu'elle soit ou non notifiée, risque de conduire à l'introduction d'instances inutiles, en cas d'opposition, outre qu'elle s'avère peu compatible avec la liberté personnelle du salarié[1].

266.- L'obligation de notification constitue une composante essentielle du respect du droit d'agir du salarié. Elle le met à même de décider de l'opportunité de s'opposer et s'accompagne, souvent, d'un temps de réflexion nécessaire à cet effet. Il conviendrait donc de l'étendre à l'ensemble des actions de substitution dont les régimes demandent à être harmonisés[2]. Le syndicat ne devrait par ailleurs pouvoir introduire l'instance qu'en l'absence d'opposition du salarié dans les 15 jours suivants la notification de son projet. La mise en œuvre de l'action de substitution serait alors conciliée avec la liberté du salarié et le droit d'opposition pourrait s'exercer en toute liberté et non plus sous contrainte. Préalable indispensable au droit d'opposition à l'action de substitution, la notification l'est également au droit d'opposition des syndicats majoritaires aux accords collectifs minoritaires.

b. La notification des accords collectifs minoritaires

267.- Désormais, la loi du 4 mai 2004 soumet à une obligation de notification, à l'ensemble des organisations représentatives, tous les accords conventionnels conclus par une ou plusieurs organisations minoritaires. Le législateur supprime ainsi toute incertitude relative au point de départ du délai de l'opposition qui court à compter de la date de notification de l'accord.

268.- Auparavant, les conventions et les accords collectifs de travail, dont l'entrée en vigueur était subordonnée à l'absence d'opposition des syndicats majoritaires, n'avaient pas à être notifiés aux organisations de salariés non-signataires. L'absence d'une telle procédure avait suscité un certain contentieux, en raison des incertitudes existantes sur la date de signature de l'accord alors qu'elle marquait le point de départ du délai d'opposition.

---

[1] En ce sens D. BOULMIER, note précitée.
[2] En ce sens D. BOULMIER, note précitée, p. 762 ; E. WAGNER, article précité, p. 294.

269- Le défaut de toute mesure de publicité ou d'information[1], relative à la date de conclusion de l'accord, semblait trouver son corollaire dans l'obligation faite à l'employeur d'inviter toutes les organisations syndicales représentatives à participer aux négociations, sous peine de nullité[2]. Certes, cette invitation ne préjuge pas de leur présence au fur et à mesure de l'évolution des négociations. Un éventuel désaccord entre l'employeur et une partie des organisations syndicales peut conduire, en pratique, certains représentants à quitter la table des négociations. De plus, les organisations syndicales disposent parfois d'un délai de réflexion, pendant lequel l'accord reste ouvert à signature, afin que les délégués en réfèrent à leurs mandants ou à leur base. La détermination de la date de conclusion en était rendue incertaine, si les parties syndicales ne la mentionnaient pas lors de la ratification de l'accord ou si les signatures s'échelonnaient dans le temps[3]. Les non-signataires ignoraient parfois la date exacte de signature de l'accord, alors qu'elle faisait courir le délai d'opposition. Certaines juridictions avaient donc estimé qu'il incombait à l'employeur de prouver que les organisations opposantes avaient été informées de la date de signature de l'accord ou convoquées à sa signature. Le délai d'opposition se décomptait, à défaut, à partir du jour où le syndicat en avait eu effectivement connaissance[4]. La Cour d'appel de Colmar avait d'ailleurs autorisé les organisations syndicales à saisir le juge des référés afin qu'il ordonne à l'employeur de fournir toute information utile sur l'accord et notamment, sa date de signature[5].

---

[1] La publicité de l'accord est assurée par son dépôt en 5 exemplaires au service départemental du travail et de l'emploi, ainsi que par sa remise au secrétariat-greffe du Conseil des Prud'hommes du lieu de sa conclusion. L'accord s'applique en principe à partir du jour de son dépôt auprès du service compétent (C. trav, art. L. 132-10 et R. 132-1). Une publicité auprès du personnel est également assurée par voie d'affichage dans les établissements soumis à l'application d'une convention collective. De telles mesures d'information ne servent en rien l'exercice de l'opposition puisqu'elles ne peuvent être accomplies qu'après l'expiration du délai d'opposition.

[2] Le comité d'entreprise doit être consulté concomitamment à l'ouverture des négociations et au plus tard avant la signature de l'accord lorsque ce dernier porte sur une des questions ou des mesures relevant de sa compétence en application de l'article L. 432-1 du Code du travail. Cass. soc., 5 mai 1998 : *Dr. soc.* 1998, p. 579-586, rapp. J.-Y. FROUIN.

[3] Lorsque l'accord restait ouvert à la signature de nouveaux adhérents pendant un laps de temps qu'il fixait, le délai d'opposition courait à partir de l'expiration de cette période et non du jour des premières signatures. TGI Paris (réf), 13 déc. 2001 : *Dr. ouvrier* 2002, p. 406-408.

[4] TGI Belley, 20 juin 1988 : *Dr. ouvrier* 1989, p. 141- 144 note R. PASCRÉ- CA Chambéry, 11 avr. 1989 : *RJS* 3/90 n° 23 ; *Dr. ouvrier* 1989, p. 408-409, note P. DARVES-BORNOZ.

[5] CA Colmar, 23 nov. 1992 : *Action juridique CFDT* 1993, n° 101.

270.- Allant au-delà des prescriptions légales, le Tribunal de grande instance de Paris avait jugé que le délai d'opposition ne courait qu'à partir de la notification par l'employeur de l'avenant de révision aux organisations opposantes[1]. La solution était excessive en l'absence de toute obligation légale relative à ce sujet. Amenée à se prononcer sur la question, la Cour de cassation avait considéré irrecevable l'opposition intervenue après l'expiration des délais légaux, en reprenant la motivation de la Cour d'appel selon laquelle « *en application de l'article L. 132-7 du Code du travail, les organisations syndicales peuvent s'opposer à l'entrée en vigueur d'un avenant portant révision d'une convention ou d'un accord collectif de travail dans les quinze jours à compter de la date de sa signature, […], que l'accord litigieux avait été signé le 2 septembre par la CFDT et que cette date était connue des autres organisations syndicales* »[2]. L'appréciation des délais d'opposition paraissait faire l'objet d'une interprétation stricte et toute obligation de notification aux signataires était exclue.

271.- Aussi, l'obligation de notification de l'accord introduite par la loi du 4 mai 2004 facilite, sans conteste, l'exercice de l'opposition. Le contenu définitif de l'accord et l'identité exacte des parties sont portés à la connaissance des non-signataires, sans compter que la notification marque désormais le point de départ du délai d'opposition. Aux termes de l'article L. 132-2-2-IV du Code du travail, « *la partie la plus diligente des organisations signataires d'une convention ou d'un accord collectif en notifie le texte à l'ensemble des organisations représentatives à l'issue de la procédure de signature* ». La notification n'a lieu qu'à l'issue de la procédure de signature, c'est-à-dire du temps de réflexion laissé aux organisations syndicales pour s'engager et pendant lequel l'accord est mis à leur disposition. L'obligation de notification repose indistinctement sur « *les organisations signataires* » de l'accord. Le terme d'organisations signataires renvoie *a priori* aux seules organisations de salariés, à l'exclusion des organisations d'employeurs et *a fortiori* de l'employeur au sein de l'entreprise, celui-ci ne pouvant manifestement être assimilé à une organisation[3]. L'opposition s'appréhende, effectivement, comme une prérogative syndicale qui révèle une

---

[1] En ce sens concernant les avenants de révisions cf. circulaire DRT n°8/93 du 19 mars 1993 relative à la révision des conventions et accords collectifs du travail, *Liaisons sociales*, Numéro spécial Négociation collective d'entreprise. TGI Paris, 15 février 2000 : *RJS* 5/00, n° 559 infirmé par CA Paris, 28 juin 2000 : *RJS* 1/01, n° 66.

[2] Cass. soc., 10 juillet 2002 : *Bull. civ.* V, n° 247. J.-Y. FROUIN, « L'appréciation du délai d'opposition », *Sem. Soc. Lamy* 2002, n°1084, p. 7-11 ; *RJS* 2002, 859, n° 1153.

[3] En ce sens J.-E. RAY, article précité, p. 598. *Contra* B. TEYSSIÉ, article précité, p. 2067, n° 43.

divergence d'appréciation entre les syndicats. Aussi, est-il logique de faire peser sur les seules organisations de salariés la notification de l'accord. L'opposition est en quelque sorte une affaire syndicale. La lettre de l'article L. 132-2-2 du Code du travail conforte une telle analyse puisque ses dispositions concernent exclusivement les organisations syndicales de salariés. L'une d'entre elles doit donc prendre l'initiative de la notification afin que l'accord ne puisse pas être remis en cause, à tout moment, par les majoritaires. En l'absence de notification, le délai d'opposition ne court pas et les non-signataires peuvent s'opposer sans limites dans le temps.

272.- Selon les termes de l'article L. 132-2-2 du Code du travail, l'opposition doit être exercée dans un délai de 8 jours dans l'entreprise et dans un délai de 15 jours aux échelons supérieurs « *à compter de la date de la notification de l'accord* »[1]. Pour le Professeur B. TEYSSIÉ, l'expression devrait être analysée comme renvoyant non à la date de notification mais, à celle de la réception de la notification de l'accord, par les organisations non signataires[2]. Une telle conception s'explique par les particularités liées à la notification des actes par voie postale, applicables à la notification de l'accord par lettre recommandée avec accusé de réception[3]. L'article 668 du Nouveau Code de procédure civile effectue une différence entre la date de l'émission de l'acte et celle de sa réception. Selon ce dernier « *la date de notification par voie postale est, à l'égard de celui qui y procède, celle de l'expédition, et, à l'égard de celui à qui elle est faite, la date de la réception de la lettre* ». Aussi, le délai laissé aux syndicats non signataires pour s'opposer ne court-il qu'à compter de la date de réception apposée par l'administration des postes lors de la remise de la lettre recommandée avec accusé de réception à son destinataire.

Si la date de la notification, voire de réception, n'est pas la même pour tous les non-signataires, le délai ne devrait en principe courir qu'à dater de la réception la plus tardive.

---

[1] C. trav., art. L. 132-2-2.

[2] B. TEYSSIÉ, article précité, p. 2062, n° 10 et p. 2067, n° 44. *Contra* Circulaire DRT n°109 du 22 septembre 2004 : *Liaisons sociales* 4 oct. 2004, n° 8523.

[3] La notification de l'accord peut également résulter d'une remise directe de l'acte à son destinataire contre émargement ou récépissé. Aucune difficulté ne se pose alors quant à la date de notification.

En l'absence de toute précision légale sur les formes de la notification, il revient à son auteur de choisir la plus appropriée pour déterminer avec certitude la date de notification, dans la mesure où elle fait courir le délai d'opposition. Le recours à la lettre recommandée avec accusé de réception ou à la remise en main propre, contre récépissé, paraît devoir être privilégié.

L'existence de procédure d'information constitue un préalable indispensable à l'exercice de l'opposition et justifié par les délais courts impartis à son exercice.

§ II. L'information justifiée par la forclusion rapide de l'opposition

273.- La nature conservatoire de l'opposition suppose une réaction rapide de son titulaire qui ne peut intervenir sans avoir été informé ou mis en mesure de s'informer de l'événement ouvrant son droit. Les effets du temps sont effectivement particulièrement rigoureux sur sa prérogative qui requiert une action immédiate ou dans des délais courts. L'écoulement du temps influe donc sur l'efficacité de l'opposition et toute intervention de l'opposant, hors délai, rend l'opposition nulle ou irrecevable[1]. Celle-ci s'exerce en effet dans des délais courts, qualifiés de délais préfix ou de forclusion[2], voire sans délai lorsque la conservation des prérogatives de l'opposant ne saurait attendre. L'existence de mesures d'informations préalables à l'opposition se justifie par la nécessité d'agir dans de brefs délais (A), voire immédiatement (B).

---

[1] Le droit d'opposition à un accord collectif d'entreprise doit ainsi être exercé dans les huit jours suivant sa notification et dans les quinze jours la suivant pour les accords interprofessionnels ou de branche (C. trav., art. L.132-2-2). Le syndic dispose d'un délai de quinze jours pour s'opposer à dater de la réception de l'avis de mutation d'un lot en copropriété. Le titulaire de droits antérieurs sur la marque doit intervenir aux fins d'opposition dans un délai de deux mois à dater de la publication de la demande d'enregistrement au BOPI ou pour les marques internationales à dater du premier jour du mois suivant la réception du bulletin des marques internationales à l'INPI.

[2] Le terme de préfix signifie tout simplement fixé à l'avance. Les délais de prescription répondent eux aussi à cette définition. Il semble préférable de qualifier les premiers de délais de forclusion pour les distinguer des délais de prescription. M. VASSEUR, « Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », *RTD civ.* 1950, p. 442, n° 3.

A. L'obligation d'agir dans de brefs délais

274.- Les délais de forclusion poursuivent la protection des intérêts du destinataire de l'acte, à l'inverse des délais de prescription qui répondent à la recherche d'une certaine paix sociale, en mettant fin à des réclamations trop longtemps différées dans le temps. Les premiers atteignent le droit ou l'action dans son efficacité ; les seconds tendent directement à l'extinction du droit[1]. Les délais d'opposition constituent, de ce point de vue, des délais de forclusion dont le terme conforte les droits de celui à l'encontre duquel il s'exerce. Ils correspondent à l'hypothèse où le législateur souhaite inciter le titulaire du droit à prendre parti le plus rapidement possible, notamment parce que sa prérogative s'inscrit en marge du droit commun[2]. L'expiration du temps imparti à l'exercice de l'opposition conforte ainsi la situation de son destinataire, en consolidant son droit. Le respect des délais d'opposition influe directement sur sa validité et la sanction de l'inobservation des délais requis se traduit par la nullité de l'acte ou l'irrecevabilité. Les recoupements existants entre les délais de forclusion et les délais de procédure ont permis l'absorption des uns par les autres[3], ce qui explique très largement que les délais de forclusion obéissent aux dispositions prévues par l'article 640 du Nouveau code de procédure civile.

275.- Le délai d'opposition a pour point de départ la date de la mesure de publicité, de la notification ou de l'événement qui le fait courir[4]. Le *dies a quo*, c'est-à-dire le jour où se produit l'événement qui entraîne la computation du délai ne compte pas[5]. Le *dies ad quem*, ou le dernier jour du délai, est celui qui a le même quantième que le jour de l'événement initial lorsque celui-ci est exprimé en mois ou en années[6]. Une fois celui-ci écoulé, l'acte d'opposition doit être considéré comme irrecevable et son titulaire comme ayant perdu le bénéfice de l'action conservatoire. Ainsi, l'opposition à l'enregistrement d'une marque

---

[1] M. VASSEUR, article précité, p. 450-451.
[2] M. VASSEUR, article précité, p. 452.
[3] M. VASSEUR pour qui les délais de forclusion sont des délais de procédure. Article précité, p. 455, n° 15.
[4] L'opposition au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce peut être formée avant que le délai ne commence à courir soit dès le jour de la vente voire à la suite de la première publication J. DERRUPPÉ, précité, n° 647, p. 64, G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial, t. 1, 17ème éd., LGDJ, 1998, par M. GERMAIN et L. VOGUEL, n° 604.
[5] Peu importe que le délai soit exprimé en jour, en mois ou en années. Th. Le BARS, « La computation des délais de prescription et de procédure », *JCP G* 2000, I, 258, spéc. n° 15 et s.
[6] *Ibidem*. Dans le cas où le délai est exprimé en jours et notamment, si celui-ci est de 10 jours comme en matière de vente du fonds de commerce, il expire le dixième jour après la dernière publication de la vente du fonds. Si celle-ci a lieu le cinq du mois, les oppositions pourront être formées jusqu'au 15 au soir. Cf. J. HUGOT, *J-Cl. Notarial Formulaire*, 1998, Fonds de commerce. Opposition sur le prix, Fasc. 190, n° 41.

effectuée hors délai est irrecevable[1] et celle des créanciers au paiement du prix de vente du fonds de commerce doit être considérée comme nulle et de nul effet, au-delà du délai de dix jours à dater de la publication au B.O.D.A.C.C.[2]. En effet, tant que l'opposition peut être exercée, les droits d'autrui sont susceptibles d'être altérés ou contestés, aussi ne faut-il pas laisser son destinataire dans une incertitude perpétuelle[3]. Cependant, le formalisme précédant l'opposition étant largement destiné à protéger son auteur et à l'inciter à agir rapidement, la forclusion des délais d'opposition ne lui est pas opposable s'ils n'ont pas été mentionnés dans les publications[4]. Les formalités qui entourent l'exercice de l'opposition répondent tout autant à la volonté d'assurer la protection de ses bénéficiaires, notamment grâce aux mesures d'informations, qu'à celle de protéger ses destinataires dont les droits se trouvent confortés une fois le délai de l'acte conservatoire expiré.

276.- Les délais de procédure prévus pour former opposition à un jugement par défaut participent à la bonne administration de la justice. La demande du défaillant fait donc en principe l'objet d'une fin de non-recevoir, à l'expiration du délai d'un mois laissé pour s'opposer, à compter de la notification du jugement[5]. Les délais d'opposition sont cependant l'un des rares délais, à l'expiration duquel une partie a la possibilité d'être relevée de forclusion par le juge[6]. Il en est ainsi si le défendeur n'a pas eu connaissance du jugement en temps utile pour exercer son recours ou s'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir, sans qu'il y ait faute de sa part[7]. En outre, le délai d'opposition ne court pas si la notification est nulle ou si le délai n'a pas été indiqué dans l'acte de signification[8]. La même règle s'applique à l'opposition à une ordonnance portant injonction de payer. Seule la tierce opposition offre à son titulaire une action plus durable dans le temps au motif qu'il a parfois connaissance du

---

[1] CA Paris, 23 fév. 1995 : *RDPI* 1995, n° 58, p. 47. Elle ne peut faire l'objet d'aucun relevé de déchéance même si son auteur a une excuse légitime pour faire valoir son retard.

[2] Cass. civ. 5 juill. 1932 : *DP* 1933, I, p. 165 note NAST ; Cass. Com., 24 février 1981: *D.* 1981, p. 272 ; *RTD com.* 1981, p. 720, n°12 obs. J. DERRUPPÉ. Certaines juridictions du fond avaient cependant admis de manière critiquable la recevabilité d'oppositions hors délai dès que le prix n'a pas été payé au vendeur. Trib. com. Seine 6 juill. 1920 : *Gaz. Pal.* 1920, II, p. 585 ; CA Dijon, 16 juill. 1941 : *Gaz. Pal.* 1941, II, p. 261.

[3] Le prix issu de la vente d'un fonds de commerce se trouve ainsi immobilisé pendant le temps imparti à l'exercice de l'opposition. De même, la demande d'enregistrement d'une marque reste incertaine tant que le délai ouvert à sa contestation n'est pas achevé. La même remarque peut être faite au sujet des oppositions qui prennent la forme des voies de recours. Tant que le délai de procédure n'est pas écoulé, la décision initiale est susceptible d'être remise en cause.

[4] Une opposition tardive a ainsi été admise au motif que le délai de dix jours accordé à l'opposition au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce n'avait pas été mentionné dans les publications de l'avis de cession. Cass. com., 16 janv. 1996 : *Bull. civ.* IV n° 17 ; *RTD com.* 1996, p. 239 obs. J. DERRUPPÉ.

[5] Le délai d'opposition est ramené à 15 jours en matière gracieuse et de référé.

[6] J. HÉRON, ouvrage précité, n° 878.

[7] N.C.P.C., art. 540.

[8] Cass. com. 13 nov. 1990 : *Bull. civ.* IV, n° 270 ; Cass. com., 25 juin 1991 : *Bull. civ.* IV, n° 230.

jugement longtemps après son prononcé. Le délai de la tierce opposition formée à titre principal se calque sur celui laissé à la partie gagnante pour faire exécuter le jugement, c'est-à-dire sur trente ans[1], sous réserve des délais plus courts prévus par des lois spéciales[2]. L'opposition peut en revanche intervenir sans limitation de durée lorsqu'elle prend la forme d'une demande incidente, à l'encontre d'une décision dont un des plaideurs entend se prévaloir au cours d'une instance déjà introduite. Une telle solution s'explique par le fait que le tiers ne subit quelquefois préjudice d'un jugement, auquel il n'est pas partie, qu'à compter de son exécution, voire postérieurement. D'ailleurs, si la décision en cause a fait l'objet d'une mesure de publicité ou d'une notification au tiers, son action s'exerce dans de brefs délais[3]. Toute contestation tardive prive le tiers du recours à la tierce opposition, à moins que les formalités de publicité ou de notification n'aient pas été respectées auquel cas le délai ne court pas et son action est toujours recevable[4].

277.- L'accomplissement de l'opposition dans les délais impartis par la loi influe directement sur sa recevabilité, toute opposition tardive ou hors délai étant soit frappée de nullité, soit d'une fin de non recevoir. Les mesures d'information préalables à l'opposition ne se contentent pas toujours d'avertir l'opposant de l'événement ouvrant son droit et porte, le plus souvent, à sa connaissance les délais d'opposition. L'omission de telles mentions ou le cas échéant, le défaut d'accomplissement des mesures de publicité ou d'information autorise l'opposant à agir sans limitation de délai. L'action de l'opposant reste également libre de tout délai chaque fois que l'opposition doit être accomplie avec célérité.

---

[1] Le délai de trente ans constitue un délai de procédure et non un délai de prescription. R. MARTIN, article précité, n° 2.

[2] Le délai pour former une tierce opposition à un jugement est ramené à dix jours dans le domaine des procédures collectives à dater du prononcé de la décision ou de sa publication au BODACC ; à un an à dater de la publication légale en matière de séparation de biens ou d'homologation de la convention définitive dans le divorce sur demande conjointe ou en matière de changement de régime matrimonial (NCPC, art. 1298, 1294 et art. 1104 et 1030) ; à trois mois à compter de la publication du jugement annulant une société. Décret n°67-236 du 23 mars 1967, art. 253-1 : *D.* 1967 p. 137 erratum, rect. p. 218.

[3] Le jugement notifié à un tiers en matière contentieuse doit faire l'objet d'une tierce opposition dans les deux mois suivant la notification, sous réserve qu'il soit précisé de manière apparente dans la notification le délai du recours et ses modalités d'exercice. NCPC, art. 586 al. 3.

[4] CA Rouen, 29 août 1990 : *Gaz. Pal.* 1991, I, p. 317, note J.-P. MARCHI concernant la recevabilité d'une tierce opposition à défaut de publication au B.O.D.A.C.C.

B. L'obligation d'agir immédiatement

278.- Parfois, aucun délai précis n'encadre l'opposition, par exemple en matière d'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire ou de partage[1]. L'absence de mention, à ce sujet, témoigne généralement de la nécessité d'agir sans délai, c'est-à-dire immédiatement. Toute possibilité de conservation du droit de gage disparaît, en effet, pour le créancier personnel du copartageant dès que le partage a été consommé. Il ne dispose alors d'aucune voie de droit pour le critiquer après la clôture des opérations le composant[2]. La conservation du gage du créancier d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire dépend également de la célérité de son action. Le créancier ne peut remettre en cause les paiements librement effectués par l'héritier bénéficiaire avant son opposition. L'attribution qu'il reçoit, lors de l'ouverture de la procédure de distribution des deniers, est donc plus ou moins importante selon le moment de l'opposition. La mise en place de mesures de publicité destinées à informer les créanciers du défunt de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire semble indispensable à la conservation de leur droit de créance. Elle devrait s'accompagner de la neutralisation de la liberté de paiement de l'héritier, au profit d'une procédure organisant la liquidation et la répartition de l'actif successoral de manière égalitaire et ce, en dépit des efforts jurisprudentiels pour accorder des effets assez proches à l'opposition.

279.- En cas de perte, de vol ou d'utilisation frauduleuse des moyens de paiement, la mise en œuvre de l'opposition ne saurait attendre. Si aucune mesure d'information collective ou individuelle n'est nécessaire ici, c'est tout simplement parce qu'il appartient au titulaire des moyens de paiement de les conserver avec diligence et de s'opposer sans délai dès qu'il constate leur disparition ou s'aperçoit de leur utilisation frauduleuse[3]. Le titulaire du chéquier

---

[1] Il en est également ainsi en matière de mariage. L'opposition n'est enserrée dans aucun délai et intervient en principe naturellement après les publications. Elle se réalise au plus tard dans un délai d'un an, suivant les dix jours pendant lesquels les bans sont affichés, puisque passé ce laps de temps le mariage ne peut être célébré, sans qu'il soit procédé à de nouvelles publications (C. civ., art. 65).

[2] A moins que le partage ait été réalisé avec une précipitation concertée qui témoigne de la volonté des héritiers d'éluder les dispositions légales concernant l'opposition. Cass. Req. 14 fév. 1870 : *DP* 1871, I, p. 21 ; Civ. 28 avr. 1900 : *S.* 1900, I, p. 277 ; Cass. 1re civ., 3 déc. 1985 : *Bull. civ.* I, n° 334 ; *RTD civ.* 1986, p. 601 obs. J. MESTRE ; Cass. 1re civ , 25 fév. 1986 : *Bull. civ.* I, n° 35, *RTD civ.* 1987, p. 134 obs. J. PATARIN.

[3] Si le paiement contesté a été effectué frauduleusement, à distance, sans présentation physique de la carte, le porteur est exonéré de toute responsabilité. Il en est de même en cas de contrefaçon de sa carte, si le porteur était resté en possession de celle-ci, au moment de l'opération contestée. Dans ces deux situations, il suffit au porteur de contester par écrit avoir fait un paiement ou un retrait pour que les sommes contestées lui soit recréditées ou restituées dans le délai d'un mois à compter de la réception de la contestation. C. mon. et financier, art L. 132-4 ; Cass. com. 23 juin 2004 : *D.* 2004, jurisp. 1972, NDLR.

a un véritable devoir de garde de celui-ci et il lui appartient de former opposition au plus vite et de prendre les mesures administratives qui s'imposent pour éviter toute utilisation frauduleuse des formules[1]. Le titulaire d'une carte de paiement répond, en effet, envers l'émetteur de ses utilisations que ce soit avec usage de son code secret ou avec une signature manuscrite. Cependant, dès que l'opposition a été formée auprès de l'émetteur de la carte, tous les paiements réalisés au moyen de celle-ci ne peuvent plus être mis à la charge du porteur dont la carte est en principe « désactivée ». Le porteur reste, en revanche, tenu de supporter les paiements réalisés avant son opposition et l'on comprend dès lors la nécessité pour ce dernier d'agir le plus rapidement possible c'est-à-dire dès qu'il s'aperçoit de la perte ou du vol de ses moyens de paiements[2]. Le titulaire dépossédé a l'obligation de se manifester immédiatement[3]. Les juges apprécient d'ailleurs la célérité à s'opposer, au regard de la fréquence d'utilisation de la carte et de l'habitude du client[4].

280.- La loi du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne, se conformant ainsi aux recommandations de la Commission Européenne, a quelque peu allégé le montant des risques subis par le porteur avant son opposition et lui fait supporter les pertes subies dans un plafond maximum de 150 euros, sans compter que le porteur a toujours la possibilité de s'assurer[5]. Le plafonnement légal ne joue plus si le titulaire de la carte a commis une négligence constitutive d'une faute lourde ou s'il n'a pas formé opposition dans les meilleurs délais compte tenu de ses habitudes d'utilisation de la carte[6]. Les dispositions légales tentent ainsi de concilier la nécessité d'assurer une certaine protection au porteur de carte dont l'utilisation suppose de restaurer une certaine confiance vis-à-vis de ce moyen de paiement sans déresponsabiliser ses titulaires. Toute la difficulté consiste d'ailleurs à déterminer à partir de quel moment on peut considérer que le porteur de la carte a agi dans les meilleurs délais ou encore de façon trop tardive. La référence aux habitudes d'utilisation de la carte dégagée par la jurisprudence et reprise par l'article L. 132-3 du Code monétaire et financier semble, à cet

---

[1] Cass. com., 10 juin 1980 : *Bull. civ*. IV, n° 252.
[2] Chambéry, ch. civ., 5 mars 2002 : *JCP G* 2002, IV, 2639.
[3] Cass. com., 1er mars 1994 : *JCP* 1994, II, n°581, note C. GAVALDA.
[4] Cass. com., 21 mai 1996 : *RJDA* 10/96, n°1228 ; Cass. com. 2 déc. 1980 : *Bull. civ*. IV n° 400. – Th. BONNEAU, « *Droit bancaire* », 4ème éd., Montchrestien 2001, n° 460 ; Lamy droit du financement, 2001, n° 2381.
[5] Recommandation de la Commission relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique et visant à limiter la responsabilité des titulaires de cartes. Recom. CE 97/489/CE du 30 juillet 1997 : précitée.
[6] Code mon. et financier, art. L. 132-3. Le contrat entre le titulaire de la carte et l'émetteur peut fixer le délai de mise en opposition au-delà duquel le bénéfice du plafond ne joue plus, sans qu'il ne puisse être inférieur à deux jours francs après la perte ou le vol de la carte.

égard, constituer un critère pertinent. L'envoi ou plutôt la réception des relevés de compte pourrait d'ailleurs constituer un indice supplémentaire dans la mesure où le porteur a le devoir d'en prendre connaissance et la possibilité ainsi de déceler toute utilisation de sa carte qui ne procéderait pas de son fait[1]. La conservation des droits de l'opposant dépend, en grande partie, de sa célérité à agir. Aussi, lui appartient-il de faire preuve de diligence chaque fois qu'il a connaissance de l'événement de nature à causer atteinte à ses intérêts ou qu'il lui incombe d'en prendre connaissance afin de s'opposer en temps utile. L'information préalable à l'opposition apparaît, de ce point de vue, déterminante dans la mesure où son titulaire ne saurait se contenter d'être désigné et doit être le plus souvent informé pour prétendre s'opposer.

[1] C. GAVALDA et J. STOUFFLET, ouvrage précité, n° 452.

Conclusion du Chapitre I

281.- Les titulaires de l'opposition se distinguent essentiellement par rapport à la position qu'ils occupent au regard de l'acte ou de la situation préjudiciable dont ils entendent se défendre. Les opposants ne peuvent être regardés ni comme des *penitus extanei*, ni comme des parties à un acte juridique et doivent être considérés comme des tiers intéressés par l'activité juridique d'autrui dans la mesure où celle-ci est susceptible de porter atteinte à leurs intérêts. L'accès de l'opposant à la qualité de tiers ne lui suffit cependant pas pour se prévaloir de l'opposition. Ainsi, si la qualité de tiers est une condition déterminante pour recourir à la tierce opposition, elle n'est le plus souvent qu'une condition sous-jacente à son exercice. Hormis les rares cas où un tiers peut s'opposer en justifiant d'un intérêt à agir, la loi sélectionne les tiers habilités à cet effet en fonction de leur titre ou de leur qualité intrinsèque, révélatrice de la légitimité de leur intérêt. L'interprétation plus ou moins étroite, par la jurisprudence, des qualités requises pour s'opposer permet de contrôler voire de limiter, l'accès à la qualité d'opposant et d'enserrer dans de justes limites le recours à l'opposition. La position de tiers de l'opposant oblige à l'informer de la réalisation de l'événement préjudiciable afin de le mettre à même de défendre ses intérêts en temps utile. A chaque fois que l'événement justifiant l'opposition ne peut être porté à la connaissance de son titulaire par une mesure de notification individuelle, celui-ci est contraint à une vigilance de tous les instants et à un véritable devoir de s'informer. En effet, à défaut d'être urgente, l'opposition doit être réalisée avec une certaine célérité et tout retard dans son accomplissement rend l'opposition nulle ou irrecevable. Il ne reste plus qu'à son titulaire à user des moyens offerts par le droit commun quand il ne se trouve pas privé de tout recours. Le temps court alors contre l'opposant et les droits du destinataire de l'opposition se voient confortés par forclusion de ces délais. Il ne suffit donc pas d'être un tiers pour s'opposer, il faut être le plus souvent un tiers dûment habilité et diligent. A ce titre, dans les situations où le tiers semble défaillant dans l'exercice de l'opposition, il conviendrait de revoir les conditions de son habilitation.

CHAPITRE II

LES TITULAIRES SOUHAITÉS

282.- L'intervention de l'opposition en amont des situations juridiques suppose qu'elle préserve les intérêts de son titulaire, sans porter une atteinte excessive aux droits d'autrui. Or, tel n'est plus le cas lorsque les qualités requises de l'opposant apparaissent inadaptées à l'objectif poursuivi par l'opposition ou lorsque celle-ci peut être utilisée en toute impunité à des fins dilatoires.

283.- Ainsi, la condition de majorité nécessaire à l'opposition des organisations de salariés, même rapportée au nombre de votants, ne convainc pas de sa plus grande capacité à assurer la légitimité des accords conventionnels. La technique de l'opposition montre ses propres limites dans les petites structures et ne parvient pas, à elle seule, à placer les majoritaires dans un rôle constructif, conforme à la finalité de la négociation collective. Il semble, de surcroît, vain de permettre aux majoritaires de s'opposer à un accord signé par un syndicat minoritaire si, dès l'opposition exercée, l'employeur peut à nouveau conclure un accord similaire avec un syndicat titulaire d'une faible légitimité ou encore échapper à de nouvelles négociations avec les majoritaires.

284.- De même, le droit d'opposition concédé aux ascendants lors du mariage de leur enfant n'est pas exempt de toute critique. Laissé entre leurs mains, il semble moins concourir à la défense de l'ordre public matrimonial qu'à retarder, voire à dissuader leurs enfants, d'une union qu'ils jugent contraire à leurs convenances personnelles. Il apparaît inopportun, au regard de la conception actuelle de l'autorité parentale comme de l'intérêt public défendu par l'opposition à mariage, de permettre aux ascendants de porter atteinte à la liberté matrimoniale, au prétexte d'un empêchement légal, en réalité inexistant, sans risquer la moindre sanction juridique.

Les dysfonctionnements constatés de l'opposition tiennent principalement au fait qu'elle repose sur une « titularité » déresponsabilisée ou inversée. Il s'agit moins de remplacer les titulaires de l'opposition que de les replacer dans une situation conforme à son exercice, en reconfigurant le droit des ascendants au mariage (section I) et en substituant une majorité réaliste à la majorité d'opposition (section II).

Section I

La reconfiguration du droit d'opposition des ascendants

285- Le passage de la désuétude, dans laquelle était tombée l'opposition à mariage, à sa renaissance afin de lutter contre les mariages de complaisance et désormais, les mariages homosexuels, ne doit pas laisser croire à l'inutilité de toute réforme de l'institution. Le regain d'intérêt témoigné en sa faveur a eu le mérite de faire disparaître les tentations de supprimer un droit que l'on pensait désuet[1]. Il n'a pas, pour autant, dissipé la nécessité de réformer la matière dont on dit et redit souvent qu'elle mériterait d'être « *dépoussiérée* »[2]. L'évolution du rôle de la famille à l'occasion du mariage, tout comme celle de la notion d'autorité parentale, commandent de redéfinir la prérogative des ascendants au regard de l'opposition.

286.- Cette dernière ne semble être que le résultat d'un vestige du passé maintenu au profit des ascendants, voire de certains collatéraux, chargés de veiller ainsi au respect des conditions de fond et de forme du mariage. La finalité de l'opposition justifierait pourtant de la réserver au Ministère public, d'autant plus que les oppositions formées par les ascendants apparaissent souvent détachées de toute considération légale[3]. En réalité, ce n'est pas tant le droit d'opposition des ascendants que l'immunité de responsabilité dont ils bénéficient, à l'occasion de son exercice, qui appelle la critique. Les principales propositions faites en faveur d'une refonte du régime de l'opposition concernent d'ailleurs essentiellement les ascendants. Une partie de la doctrine envisage ainsi de supprimer leur droit d'opposition afin d'en réserver l'exclusivité au Ministère public alors qu'une autre marque son attachement à celle-ci et propose seulement d'en encadrer l'utilisation.

---

[1] H., L. et J. MAZEAUD, ouvrage précité, t. 1, 3è vol., 6è éd. 1976 par DE JUGLART, n° 785 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, ouvrage précité, t. 2, n° 163 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, observations : *RTD civ.* 1985, p. 142.
[2] F. TERRÉ et D. FENOUILLET, ouvrage précité, n° 398.
[3] Le contentieux de l'opposition à mariage concerne essentiellement celles formées par les ascendants dont la mainlevée est systématiquement ordonnée. Les décisions relatives à l'opposition semblent faire l'objet d'une publication de principe vu leur rareté. Pas plus de trois à cinq cas sont ainsi recensés dans l'année. Les derniers chiffres, en ce domaine, datent de 1991 où la recrudescence des mariages de complaisance a provoqué de nombreuses oppositions. Le Parquet du Tribunal de grande instance de Paris a formé, cette année là, un peu plus de 400 oppositions pour faire obstacle à des mariages suspectés d'être de complaisance. J. RUBELLIN-DEVICHI, *JCP* 1993, I, 3639.

Les corrections à apporter au régime de l'opposition à mariage imposent de se prononcer, soit en faveur de la suppression du droit d'opposition des ascendants (paragraphe I), soit en faveur d'un simple aménagement de celui-ci (paragraphe II).

§ I. La suppression possible de l'opposition des ascendants

287.- Les imperfections de l'opposition à mariage et les dérives contestables dont elle a pu faire l'objet de la part des ascendants, fussent-elles rares, ont incité une partie de la doctrine, notamment à l'occasion des projets de réforme du Code civil, à se prononcer en faveur de la suppression de leur prérogative[1]. La proposition qui consiste à retirer aux ascendants leur droit de s'opposer au mariage s'impose, à première vue, comme la plus logique. Elle présente l'avantage incontestable d'éradiquer toute opposition des parents fondée sur des considérations purement personnelles. La disparition de la prérogative des ascendants emporte nécessairement celles des autres membres de la famille (A) et ne leur laisse une possibilité d'intervention que par l'intermédiaire de l'avis officieux (B).

A. La disparition des oppositions familiales

288.- Les utilisations abusives, auxquelles donnait lieu l'opposition à mariage dans l'Ancien Droit, ont conduit à un rétrécissement continu de son champ d'application personnel et matériel. Le droit canonique, dans le souci d'empêcher la célébration d'un mariage irrégulier, la conférait à toute personne quel qu'en soit le motif. L'opposition constituait un instrument de contrôle tant de la légalité du mariage que de son opportunité, utilisé pour retarder, voire empêcher, une union désapprouvée par la famille[2]. Les réformes successives, réalisées par les révolutionnaires puis par les rédacteurs du Code civil, s'employèrent à limiter le nombre de ses titulaires et les motifs susceptibles d'être invoqués à son appui. Seuls les ascendants restèrent autorisés à s'opposer pour un motif quelconque, jusqu'à ce que la loi du 8 avril 1927 leur impose également de motiver leur acte d'opposition[3].

---

[1] En ce sens, Avant-projet de la Commission de Réforme du Code civil, art. 295, Travaux 1946-1947 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, ouvrage précité, t1, n°205. La même proposition a été faite par la commission présidée par F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Rénover le droit de la famille, Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », *Doc. fr.*, 1999, spécialement p. 112.
[2] A. LAMBOLEY, article précité, n° 1 ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, ouvrage précité, n° 389.
[3] Loi du 8 avril 1927 : *DP* 1927, IV, p. 319.

Poursuivant les efforts entrepris par le législateur pour annihiler les oppositions reposant sur des convenances purement personnelles, la jurisprudence obligea les ascendants à fonder leur acte sur l'existence d'un empêchement prohibitif ou dirimant prévu par la loi et non sur « *des considérations d'ordre strictement moral et familial* »[1].

289.- L'opposition apparaît ainsi recentrée sur le contrôle de validité du mariage et se trouve, en principe, privée de toute fonction dilatoire. Il reste pourtant loisible aux ascendants de faire obstacle au mariage à l'appui d'un motif mensonger puisque, contrairement aux autres opposants, ils ne risquent pas d'être condamnés au versement de dommages et intérêts en pareille hypothèse[2]. Aussi, ces derniers n'hésitent-ils pas à recourir à l'opposition pour empêcher un mariage qu'ils estiment contraire à l'intérêt de leur enfant, malgré sa conformité à la loi[3]. Les dérives de l'opposition des ascendants témoignent de l'impossibilité de leur conférer une telle prérogative sans le moindre contrôle et incite une partie de la doctrine à envisager la suppression des oppositions familiales. La finalité assignée au droit d'opposition justifierait effectivement de la réserver, au moins dans sa fonction préventive, au seul Ministère public qui se verrait reconnaître un droit d'opposition élargi. Les propositions émises en ce sens n'ont pas encore vu le jour et restent discutées. Les détournements dont fait l'objet le mariage aux seules fins d'acquérir la nationalité française, incitent effectivement à penser que l'on ne serait « *pas trop de deux, la société et la famille, pour conjurer l'utilitarisme* »[4].

290.- La suppression de la prérogative conférée aux ascendants comporte, en effet, certains inconvénients. Elle emporterait, avec elle, la cessation du rôle joué par la famille en matière d'opposition à mariage, alors que les ascendants sont souvent les mieux qualifiés pour connaître l'existence d'un empêchement[5]. La disparition de leur prérogative entraînerait,

---

[1] Trib. civ. Seine 29 juin 1948 : *D.* 1948, p. 545 ; Trib. civ. Dinan, 29 avril 1952 : *D.* 1952, p. 446 ; TI Sarreguemines, 16 avr. 1959 : *D.* 1959, somm. p. 102 ; CA Versailles, 15 juin 1990 : *D.* 1991, p. 682, note J. HAUSER.

[2] C. civ., art. 179.

[3] TGI Paris, 13 déc. 1983 : *D.* 1984, jurisp., p. 350, note M.-L. RASSAT ; *RTD civ.* 1985, p. 135, note J. RUBELLIN-DEVICHI (transsexualisme) ; CA Aix en Provence, 22 nov. 1993 : *RTD civ*. 1994, p. 325 ; note J. HAUSER (connaissance du futur mari condamné pour proxénétisme aggravé par minitel et différence d'âge) ; CA Limoges, 19 déc. 1996 : *Dr. de la famille* 1997, comm 97, note H. LÉCUYER (absence de discernement) ; CA Rennes 25 oct. 1999 : *Dr. de la famille 2000*, comm. 71, H. LÉCUYER (caractère suspect de l'absence de cohabitation prénuptiale) ; CA Paris, 23 avril 2003 : *D.* 2003, p. 2716 note de J-J LEMOULAND (fragilité psychologique de la future épouse, ses antécédents familiaux perturbés et la situation administrative du futur époux en situation irrégulière sur le territoire français)

[4] J. HAUSER, obs. sous CA Versailles, 15 juin 1990 : *RTD civ.* 1991, p. 298.

[5] A. LAMBOLEY, article précité, n° 9.

d'ailleurs, celle des collatéraux. Il ne serait guère légitime de maintenir la prérogative des parents les plus éloignés en degré tout en supprimant celle des parents les plus proches. Le caractère subsidiaire de l'opposition des collatéraux conforte une telle solution et amène également à remettre en cause celle du tuteur ou du conjoint de l'un des deux époux. Elle entraînerait une concentration du pouvoir d'opposition entre les mains du Ministère public qui pourrait en user chaque fois que « *les futurs époux ou l'un deux, ne remplissent pas les conditions requises pour la validité du mariage* »[1]. L'action du Ministère public serait ainsi élargie aux empêchements simplement prohibitifs et au cas de vice du consentement par l'absorption des oppositions familiales. Le droit d'opposition du Ministère public reste, pour l'instant, plus restreint que celui des ascendants. Conformément aux prescriptions et à la finalité de la loi du 24 août 1993, sa prérogative se circonscrit, outre le défaut de consentement visé par l'article 175-2 du Code civil, aux seuls cas où il pourrait requérir la nullité du mariage. L'éventuelle disparition de l'opposition des ascendants et, *a fortiori* de ses titulaires autres que le Ministère public, ne leur ôte cependant pas toute faculté d'intervention en amont du mariage.

B. La substitution de l'avis officieux aux oppositions familiales

291- Se prononcer en faveur de la disparition de la prérogative des ascendants n'équivaut pas à leur dénier toute possibilité de participer à la prévention d'unions non conformes aux conditions légales. Ils pourront toujours agir par l'intermédiaire de l'avis officieux pour faire connaître à l'officier de l'état civil ou au Ministère public, l'existence d'un empêchement au mariage.

292.- La substitution de l'avis officieux, c'est-à-dire d'un simple avertissement, à l'opposition des ascendants peut apparaître juridiquement insuffisante. Ce dernier ne lie pas l'officier de l'état civil qui conserve la faculté de célébrer le mariage. Au contraire, l'opposition l'oblige à surseoir à la célébration jusqu'à l'obtention de sa mainlevée judiciaire ou automatique passé le délai d'un an. L'avis officieux s'exprime d'ailleurs librement et peut résulter d'une simple lettre anonyme, ce qui dispense son auteur de recourir au formalisme de l'opposition et autorise tout intéressé à faire ainsi part d'un empêchement dont il aurait connaissance.

[1] F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, ouvrage précité, p. 223.

Dépourvu de tout effet impératif, l'avis officieux ne possède aucune valeur juridique et n'a donc que celle que veut bien lui accorder son destinataire. Il produit pourtant certains effets assez comparables à ceux de l'opposition dans la mesure où les officiers de l'état civil ont tout intérêt à s'assurer de son bien-fondé, ne serait-ce que pour éviter d'être sanctionnés d'avoir célébré un mariage entaché d'un vice dont ils avaient connaissance[1].

293.- L'audition des futurs époux, prévue à l'article 63 du Code civil, constitue un moyen supplémentaire à la disposition de l'officier de l'état civil pour s'assurer de la véracité des informations contenues dans l'avis, si celui-ci précède la publication des bans. S'il estime que des indices sérieux laissent présumer que le mariage est susceptible d'être annulé pour défaut de consentement, il lui appartient de saisir le procureur de la République. La prudence la plus élémentaire l'incitera, sans doute, à informer systématiquement son supérieur hiérarchique de l'avis officieux afin qu'éventuellement ce dernier sursoie à célébration du mariage, le temps nécessaire à la vérification du contenu de l'avis. Le Ministère public décidera ensuite, soit de laisser procéder à la célébration du mariage, soit de s'opposer à l'union projetée si elle contrevient aux conditions de validité fixées par la loi. Si l'avis officieux peut se substituer à l'opposition, il ne saurait cependant le faire avec autant d'efficacité dans la mesure où contrairement à celle-ci, il n'oblige en rien l'officier de l'état civil qui reste seul juge de son bien-fondé.

294.- La disparition du droit d'opposition des ascendants au profit de l'avis officieux, amène à se priver d'une technique juridique dont la rareté des excès ne justifie pas une solution aussi radicale. Les inconvénients, issus de la formation d'oppositions reposant sur des considérations purement personnelles, restent minces comparés aux empêchements dont l'opposition contrecarre la réalisation[2]. Un simple aménagement de celle-ci suffirait à enrayer toute action malintentionnée des ascendants et à maintenir une prérogative qui, à défaut d'être souvent exercée, a au moins le mérite d'exister.

---

[1] C. civ., art. 156 et 157 ; C. pén., art. R 645-3-2°.
[2] En ce sens J.-J. LEMOULAND, obs. sous CA Paris, 29 avril 2003, p. 1939.

§ II. La responsabilisation souhaitable des ascendants

295.- Une solution plus tempérée que la suppression du droit d'opposition des ascendants, consiste à aménager leur prérogative afin de lui ôter tout caractère discrétionnaire. Un encadrement plus rigoureux du droit d'opposition des ascendants suffirait pour s'assurer du respect de sa finalité sociale. Il conviendrait, soit de subordonner les effets de leur acte à la vérification de sa conformité à la loi (A), soit de les dissuader d'y recourir à d'autres fins que celles autorisées par le législateur, en supprimant l'immunité de responsabilité dont ils bénéficient (B).

A. Le difficile contrôle préalable de la conformité de l'opposition

296.- La volonté de réduire le nombre d'oppositions injustifiées a incité certains auteurs à préconiser de limiter le droit d'opposition des ascendants au seul cas « *d'absence de consentement réel des futurs époux* »[1], voire de s'assurer sans délai du sérieux des motifs invoqués à son appui. La première proposition ne retiendra guère notre attention. Elle a vocation à circonscrire l'intervention des ascendants à la lutte contre les mariages de complaisance, sans ôter le caractère discrétionnaire de leur prérogative. L'absence de consentement se trouve d'ailleurs déjà fréquemment invoquée pour donner un semblant de régularité à une opposition fallacieuse[2]. La réduction du pouvoir des ascendants ne se conçoit donc que si elle est combinée avec une autre mesure comme, par exemple, l'encadrement en amont de leur prérogative. Le Professeur Hervé Lécuyer propose ainsi de contrôler immédiatement la pertinence, comme le sérieux, de la motivation de l'opposition et d'en subordonner l'effet péremptoire au résultat dudit contrôle[3]. A cet effet, il suggère une refonte du système de publicité légale notamment en vue d'ouvrir l'opposition aux titulaires de l'action en nullité. Encore faut-il déterminer l'autorité compétente à cet effet et lui donner les moyens de s'assurer rapidement de la conformité de l'opposition à la loi.

297.- Un tel examen ne semble pas pouvoir être dévolu à l'officier de l'état civil ou encore, à l'huissier chargé de dresser l'acte d'opposition. Néanmoins, ce dernier s'avère le mieux placé pour écarter les oppositions fondées sur un motif fallacieux dans la mesure où il

---

[1] H. L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, précité, t. 1, 3e vol. par LEVENEUR, n° 785.
[2] CA Versailles, 15 juin 1990, précité ; CA Rennes, 25 oct.1999 : précité.
[3] H. LÉCUYER, note sous CA Limoges, 19 déc. 1996 : *Dr. de la famille*, 1997, juill-août, n°95.

lui appartient de les dresser et de les notifier. La doctrine lui reconnaît d'ailleurs la possibilité de refuser son ministère lorsque l'opposant agit sans qualité ou sur un motif autre que celui prévu par la loi[1]. C'est d'ailleurs parce qu'il est responsable des oppositions irrégulières[2], faites par son ministère, qu'il convient de l'autoriser à refuser celui-ci chaque fois que l'opposition est irrégulière en la forme[3]. La doctrine ne lui reconnaît cependant pas la possibilité de contrôler la réalité de la motivation ou la qualité prise par l'opposant dans la mesure où il répond seulement de la régularité formelle de l'acte qu'il dresse. Il n'est, en effet, tenu d'aucune obligation de conseil vis-à-vis de l'opposant et ne détient pas les pouvoirs pour entreprendre les investigations nécessaires à la vérification des faits allégués par celui-ci. Un contrôle préalable de l'opposition ne saurait également être dévolu à l'officier de l'état civil qui ne saurait se faire juge du bien-fondé de l'opposition[4]. Il ne peut donc faire état, à cet effet, de sa connaissance personnelle de la situation et encore moins, passer outre une opposition formée par le Ministère public[5]. Le contrôle précédant l'efficacité de l'opposition devrait, *a priori*, relever de la compétence du juge judiciaire ou du Ministère public.

298.- Un contrôle juridictionnel préalable à tout effet péremptoire de l'opposition n'apparaît pas des plus opportuns. Outre qu'il semble difficile pour le juge de s'acquitter de cette mission dans de brefs délais, cela transformerait de manière peu souhaitable la nature juridique de l'opposition dont le principal avantage consiste à bénéficier du privilège du préalable. Les difficultés déjà connues par le Tribunal de grande instance pour statuer sur la demande de mainlevée de l'opposition sous dix jours, n'incitent pas, *a priori*, à lui transférer son examen pré-contentieux, même s'il apparaît, à l'heure actuelle, être le seul qualifié pour juger du bien-fondé de l'opposition. Le juge judiciaire a en effet compétence pour apprécier les conditions de validité du mariage et veiller au respect de la liberté matrimoniale[6]. Cependant, si son intervention en aval de l'opposition apparaît amplement justifiée, elle reste difficilement concevable en amont de celle-ci, même dans le cadre d'une procédure unilatérale et gracieuse. Elle conduirait à insérer le mariage dans un contexte judiciaire peu

---

[1] M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, article précité, n° 544 ; A. LAMBOLEY, article précité, n° 91 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil, La famille, 2ème éd. par A. ROUAST, LGDJ 1952, t. 2, p. 150, n° 178.
[2] C. civ. , art. 176.
[3] M. PLANIOL et G. RIPERT, précité.
[4] CA Paris, 29 avril 2003 : précité.
[5] CA Douai, 28 déc. 1908 : *DP* 1909, jurispr., p. 102 ; TA Bordeaux, 9 juill. 2004 : *Dr de la famille* 2004, comm. n°138, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.
[6] V. LARRIBAU-TERNEYRE, précité.

favorable à la préservation de la paix des familles, sans compter qu'elle obligerait à accorder un recours à l'opposant contre la décision qui rejette son acte d'opposition. A défaut de pouvoir efficacement relever du juge judiciaire, le contrôle préconisé pourrait relever de la compétence du Ministère public.

299.- Ce dernier semble, effectivement, le mieux placé pour s'assurer du sérieux de l'opposition, préalablement à tout recours contentieux. En présence, d'une opposition fondée en apparence sur un motif licite, le Ministère public dispose de moyens suffisants pour s'assurer de la pertinence, comme de la réalité, de sa motivation dans un délai raisonnable. Le contrôle de l'opposition se rapprocherait alors de celui déjà réalisé, dans le cadre du sursis à célébration, pour s'assurer de la véracité du consentement des futurs époux. L'acte d'opposition fondé à l'appui d'un motif fallacieux pourrait être écarté, sans que l'officier de l'état civil en attende par prudence la mainlevée judiciaire. Le contrôle, que le procureur de la République serait ainsi susceptible de pratiquer, se rapproche finalement de celui qu'il aurait réalisé, en présence d'un avis officieux des ascendants, s'il détenait (ou s'il détient un jour) l'exclusivité de l'opposition. Il perd, de ce fait, une partie de son intérêt dans la mesure où le transfert de la prérogative des ascendants au Ministère public a l'avantage d'être plus simple et plus rapide. Une vérification préalable de l'opposition par le Parquet se conçoit, une fois encore, difficilement sans que l'opposant puisse contester la mise à l'écart de son acte. Un contrôle en amont de l'opposition ne semble donc pas constituer la solution la plus opportune. Il revient, par ailleurs, en subordonnant son effet péremptoire à l'appréciation d'un tiers, à la rapprocher de l'avis officieux, sans compter qu'il impose de repenser le système de publicité afin de laisser un délai suffisant entre le moment de l'opposition, son contrôle et la date du mariage[1].

300.- Or, si le système de publicité antérieur au mariage mérite d'être revu, même indépendamment de tout examen préalable de l'opposition, il ne saurait à notre sens s'accompagner d'un élargissement des titulaires de l'opposition comme le suggère le Professeur Hervé LÉCUYER. Il faudrait, encore, le remplacer ou l'améliorer par une technique ou un support doté d'un meilleur impact que l'affichage des bans au lieu de

[1] Dans le cadre de la lutte contre les mariages de complaisance, qui a donné lieu à l'article 175-2 du Code civil relatif à la possibilité offerte au procureur de la République de surseoir à la célébration, le projet de loi « Chevènement » envisageait de supprimer toute possibilité de faire opposition ou de surseoir à la célébration au mariage dans les dix jours précédant celle-ci. Une telle proposition ne fut pas retenue au motif que la fraude se révèle souvent entre la date de publication des bans et le jour de la célébration.

célébration de mariage. Certes, il pourrait être exigé des futurs époux une publication dans un des quotidiens de leur commune ou de leur département respectif. Une telle publication aurait, néanmoins, un avenir restreint à l'heure où les nouvelles technologies laissent de moins en moins de place au support papier, sans qu'il paraisse concevable d'envisager une publicité par réseau, dont la mise en œuvre nécessiterait un rallongement des délais existants entre la publication et la célébration du mariage. La publicité relative aux oppositions à mariage s'adresse, de surcroît, à un nombre de personnes restreint. Aussi, une notification au domicile des parents ou à défaut de tout autre ascendant, apparaît-elle suffisante pour compléter efficacement la publication des bans, même si l'on peut penser que les ascendants seront en principe informés par les futurs époux de leur projet matrimonial. Un contrôle en amont de l'opposition n'a pas, en tout cas, à être lié à sa plus grande ouverture en faveur des titulaires de l'action en nullité, lorsque celle-ci est d'ordre public. Une telle extension de l'opposition ne se justifie pas et il est à craindre que loin de réduire les actions malveillantes ou dilatoires, elle les multiplie. Ce serait, à notre sens, marquer un retour en arrière par rapport aux réformes entreprises, dès l'époque révolutionnaire, pour limiter les abus auxquels donnait lieu l'opposition dans l'Ancien Droit. Les tiers, si toutefois ils ont connaissance d'un empêchement préalable à la célébration du mariage, disposent toujours de la possibilité d'en informer l'officier de l'état civil par voie d'avis officieux.

La complexité de l'institution d'un contrôle en amont de l'opposition, met à néant tout l'intérêt d'un acte qui suppose d'agir dans des délais brefs et avec un minimum de contraintes. La suppression des oppositions injustifiées des ascendants, si elle n'implique pas nécessairement une disparition de leur prérogative ou un contrôle préalable de celle-ci, ne saurait se passer d'une remise en cause de l'immunité de responsabilité dont ils bénéficient.

B. La suppression de l'immunité de responsabilité des ascendants

301.- L'obligation faite aux ascendants de respecter la finalité inhérente à leur droit d'opposition se réduit à l'état de simple invitation dans la mesure où ils n'encourent aucune sanction, en présence d'une opposition fondée sur un motif inexact. L'article 179 du Code civil les soustrait effectivement à toute indemnisation en disposant que « *si l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, pourront être condamnés à des dommages et intérêts* ». La règle se justifiait, à l'origine, par l'idée selon laquelle les ascendants étaient toujours présumés agir dans l'intérêt de leur enfant et par la volonté de ne

pas les dissuader de révéler d'éventuels empêchements, par crainte de la mise en jeu de leur responsabilité[1]. A défaut d'être arbitraire, leur prérogative conserve son caractère discrétionnaire[2] et vide ainsi de toute substance leur obligation d'indiquer l'empêchement sur lequel repose leur opposition. Pour supprimer la tentation des ascendants de retarder ou de dissuader une union qu'ils jugent, pour des raisons personnelles, contraire à l'intérêt de leur enfant, il suffirait de revenir sur l'immunité dont ils bénéficient afin de les responsabiliser lors de l'exercice de leur prérogative.

302.- Une partie de la doctrine se montre *a priori* favorable à une responsabilisation des ascendants[3]. La non-conformité des dispositions de l'article 179 du Code civil avec notre conception moderne de l'autorité parentale a d'ailleurs été soulignée[4], outre qu'il est possible de s'interroger sur leur constitutionalité[5]. Il n'est pas certain que ces dispositions soient conformes à l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et « rappelée » à l'article 1382 du Code civil, selon laquelle « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »[6]. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs déclaré l'article 8 de la loi n°82-915 du 28 octobre 1982, conférant une immunité de responsabilité aux salariés, à leurs représentants élus ou désignés ainsi qu'aux organisations syndicales pour les dommages causés par un conflit collectif de travail ou à l'occasion de celui-ci, contraire à la Constitution sur ce fondement[7].

---

[1] M. PLANIOL et G. RIPERT, ouvrage précité, p. 158 , n° 191 ; A. LAMBOLEY, article précité, n° 143.
[2] J. HAUSER ET D. HUET-WEILLER, ouvrage précité, n° 207.
[3] J.-J. LEMOULAND, obs. sous CA Paris, 29 avril. 2003 précité.
[4] M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, article précité, n° 590.
[5] J. HAUSER, note sous CA Paris, 29 avr. 2003, précitée.
[6] Lors de l'examen de la loi relative au pacte civil de solidarité, le Conseil constitutionnel a constitutionnalisé le principe contenu à l'article 1382 du Code civil sur le fondement de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Ce dernier dispose en effet que « *la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société, la jouissance de ces mêmes droits* ».V. Cons. Const., 9 nov. 1999, déc. n° 99-419 DC : *JCP G* 2000, I, 280, n° 1, obs. G. VINEY. - N. MOLFESSIS, « La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel », *JCP G* 2000, I, 210, spéc. p. 400 ; C. RADÉ, « Liberté, égalité, responsabilité », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°16, 2004, p. 111-122.
[7] Le Conseil avait invoqué l'article 1382 du Code civil et s'était également appuyé sur le principe d'égalité pour sanctionner les discriminations établies dans le droit à réparation des victimes d'actes fautifs. C. RADÉ, « Le principe de responsabilité personnelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *LPA* n° 108 du 8 sept. 1995, p. 4-8.

Ce dernier n'a pas pour autant condamné toute interdiction de recourir au droit commun de la responsabilité civile, à condition que le droit à réparation de la victime soit assuré par un mécanisme d'indemnisation autonome[1]. Plus récemment, la décision rendue le 9 novembre 1999 par le Conseil constitutionnel en examen de la loi relative au pacte civil de solidarité a permis de constitutionnaliser le principe contenu à l'article 1382 du Code civil[2]. De ce fait, si la responsabilité des ascendants ne semble pas pouvoir être engagée sur le fondement de l'article 179 du Code civil, elle pourrait l'être par le recours au principe constitutionnel de responsabilité pour faute contenu à l'article 1382 du Code civil.

303.- Certains auteurs avaient d'ailleurs tenté de retenir la responsabilité des ascendants, en cas de faute caractérisée dans l'exercice de leur droit, lorsque ces derniers effectuent un acte de procédure irrégulier au cours de l'instance en mainlevée de l'opposition ou forment appel de la décision ordonnant la mainlevée, sans motifs sérieux[3]. La solution proposée sanctionnait moins le caractère fautif de l'opposition que celui des actes dilatoires accomplis au cours de l'instance en mainlevée et notamment de l'abus du droit d'ester en justice[4]. Quelques juridictions du fond ont également essayé, avec peu de succès, de condamner les ascendants au versement des dommages et intérêts. Ainsi, la responsabilité d'une mère a pu exceptionnellement être retenue dans la mesure où après avoir donné son consentement au mariage de sa fille mineure, elle l'avait rétracté sans motif, et avait formé opposition au mariage par simple malveillance[5]. Plus récemment, la Cour d'appel de Paris a infirmé un jugement condamnant les ascendants à un euro de dommages et intérêts, en réparation du préjudice moral subi par les futurs époux à la suite d'une opposition non fondée[6]. Seul l'obstacle représenté par l'article 179 du Code civil semble encore justifier le refus d'engager la responsabilité des parents. Les dispositions spéciales apparaissent faire

---

[1] C. RADÉ, Droit du travail et responsabilité civile, Préf. J. HAUSER, LGDJ, Bilb. dr. pr., t. 282, 1997, n° 484 et s. L'article L. 451-1 du Code de la sécurité sociale interdit ainsi au salarié de recourir à l'article 1382 du Code civil contre l'employeur, pour se faire indemniser des dommages issus d'un accident du travail, seulement dans la mesure où ceux-ci sont pris en charge par un organisme spécifique. Il n'exclut pas une éventuelle responsabilité pénale de l'employeur, outre que le salarié peut toujours agir contre le tiers coresponsable de l'accident du travail sur le fondement du droit commun pour obtenir une indemnisation complémentaire. Ch. RADÉ, article précité, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, spéc. p. 115.

[2] N. MOLFESSIS, article précité ; Ch. RADÉ, article précité– Cons. Const., 9 nov. 1999, déc. n °99-419DC : précité.

[3] M. PLANIOL et G. RIPERT, ouvrage précité, p. 157, n°191.

[4] T. civ. Tours, 9 juill. 1918 : L. 13 déc. 1918 note E. LEVY cité par M. PLANIOL et G. RIPERT, ouvrage précité, (condamnation de l'ascendant qui avait frappé d'opposition le jugement rendu par défaut contre lui à des dommages et intérêts).

[5] T. civ. Fougères, 21 nov. 1962 : *D.* 1963 somm. p. 78 ; *RTD civ.* 1963, p. 696, obs. H. DESBOIS.

[6] CA Paris, 29 avr. 2003 : précité (réformant partiellement à ce titre le jugement rendu par le tribunal de grande instance de Bobigny le 19 décembre 2002).

échec à l'application de règles de droit commun, en dépit du caractère constitutionnel de l'article 1382 du Code civil. En effet, outre qu'une loi a toujours la possibilité de déroger à une autre loi, le juge judiciaire ne peut exciper de l'inconstitutionnalité de celle-ci. Le Conseil constitutionnel a, par ailleurs, admis dans sa décision du 27 juillet 1994 qu'un régime d'irresponsabilité civile total soit mis en place par le législateur, dès lors que l'intérêt protégé le justifie[1].

304.- L'engagement de la responsabilité parentale pourrait se faire conformément au principe de responsabilité civile et par référence aux dispositions de l'article 1382 du Code civil, sous réserve d'abroger les dispositions de l'article 179 du Code civil. La faute des ascendants ne semble pas difficile à caractériser en présence d'une opposition illicite ou reposant sur un motif fallacieux. Une telle faute entraîne *a priori* un préjudice matériel, voire moral, pour les futurs mariés dont l'union se voit contrecarrée, si ce n'est retardée, le temps nécessaire à l'obtention de la mainlevée judiciaire de l'opposition. Pour renforcer l'efficacité de la sanction instituée à l'encontre des ascendants et en accroître le caractère dissuasif, une mention spéciale pourrait être insérée à la fin de l'acte d'opposition concernant leur responsabilité en cas d'opposition non-fondée.

305.- L'encadrement de la prérogative des ascendants suppose soit de transférer leur prérogative au Ministère public, soit de les responsabiliser à l'occasion de son exercice. La seconde proposition présente l'avantage indéniable de ne pas réduire à néant le rôle de la famille dans la prévention des mariages ne remplissant pas les conditions légales, sans laisser aux ascendants la possibilité de s'opposer en toute impunité. Il s'agit ainsi de s'assurer d'une utilisation plus conforme de l'opposition à sa finalité. Les difficultés semblent, à cet égard, inversées en droit du travail. L'opposition n'est pas en ce domaine détournée de sa finalité mais plutôt impropre à la satisfaire, quand elle n'apparaît pas simplement contraire à la finalité de la négociation collective. Le droit du travail appelle, de ce point de vue, à une refonte de la majorité syndicale d'opposition afin de substituer à la majorité négative existante une majorité réaliste plus respectueuse des intérêts respectifs de chacun.

[1] Déc. n° 94-343-344 DC du 27 juill. 1994 : *JO* du 29. – Ch. RADÉ, article précité.

Section II

La transformation de la majorité d'opposition des syndicats

306.- L'introduction d'une majorité d'engagement, dans le droit de la négociation collective, n'a pas eu pour conséquence de faire disparaître le droit d'opposition dont l'application risque d'être généralisée, en raison de l'option laissée aux partenaires sociaux quant aux modalités de conclusion de l'accord[1]. Ainsi, à défaut d'accord de méthode soumettant la conclusion des accords de branche à une signature syndicale majoritaire, la validité des dispositions conventionnelles de branche dépend de l'absence d'opposition de la majorité des organisations de salariés représentatives à ce niveau. Une règle équivalente s'applique dans le cadre de l'entreprise. L'absence d'opposition des syndicats majoritaires conditionne l'entrée en vigueur de l'accord, chaque fois qu'un accord de branche ou professionnel étendu en retient le principe ou, le cas échéant, reste silencieux sur les règles applicables à la conclusion des conventions et des accords collectifs d'entreprise[2].

307.- Le droit d'opposition répond ainsi à la nécessité d'adapter les règles de conclusion des conventions collectives à l'évolution du contenu de la négociation en renforçant la légitimité, si ce n'est la représentativité réelle, des signataires syndicaux. Il s'agit, par son intermédiaire, de s'assurer que le pouvoir d'engager l'ensemble des salariés s'exerce conformément aux souhaits exprimés par la collectivité. Le recours à l'opposition pour pallier la défaillance d'une règle de fond, c'est-à-dire l'insuffisance de la représentativité réelle des signataires syndicaux, s'avère cependant inadéquat. Conçue en 1982 comme une règle transitoire et d'application limitée, la technique de l'opposition appliquée à une grande échelle risque de révéler ses limites. Sa généralisation lui fait perdre son caractère exceptionnel pour la transformer en une règle de validation à part entière des accords minoritaires dont il est permis de douter de l'opportunité.

---

[1] A l'exception des accords interprofessionnels dont la validité est soumise à l'absence d'opposition de la majorité des organisations de salariés représentatives dans le champ d'application de l'accord. C. trav., art. L. 132-2-2, I.

[2] Sous réserve de l'absence de dispositions contraires instituées par un accord de branche ou un accord professionnel étendu valant accord cadre.

L'examen de la majorité syndicale requise pour s'opposer repose effectivement sur une majorité inversée très contestable (paragraphe I) à laquelle il conviendrait de substituer une majorité en adéquation avec la finalité de la négociation collective (paragraphe II).

§ I. La contestation d'une majorité syndicale inversée

308.- Les extensions dont le droit d'opposition a fait l'objet ces dernières années ne doivent pas tromper. La rareté avec laquelle il semble avoir été exercé ne tient ni au nombre restreint des accords dérogatoires, ni à son caractère dissuasif mais plutôt, à la rigueur de la condition de majorité imposée à son exercice[1]. L'assouplissement de la majorité syndicale d'opposition au niveau de l'entreprise, par la loi du 4 mai 2004, semble lui offrir de nouvelles perspectives. La confrontation de la majorité d'opposition, même réformée, aux résultats des élections professionnelles témoigne de ses limites (A), outre que ses effets purement négatifs la rendent contestable dans son principe (B).

A. Une majorité conférant une légitimité relative

309.- La référence à la qualité majoritaire des organisations syndicales comporte, au sein de l'entreprise, ses propres limites compte tenu de la dépendance qu'elle entretient avec les résultats électoraux. Le critère instable sur lequel elle repose par rapport à la branche lui confère une moins grande fiabilité et une plus grande variabilité, sans compter que la majorité syndicale s'apprécie à l'occasion d'élections portant sur un tout autre objet.

[1] Le contentieux de l'opposition, à défaut d'être l'indicateur le plus pertinent, révèle que sa mise en œuvre suscite un contentieux certain. La sévérité de majorité requise pour s'opposer, obligeant les opposants à réunir plus de 70% des suffrages exprimés avant la loi du 4 mai 2004, conforte sans aucun doute l'argument selon lequel l'opposition était d'application exceptionnelle. Depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions relatives à la négociation collective une seule opposition semble avoir été formée, le 28 juillet 2004, par la CGT contre l'accord de restructuration de la société Nestlé Waters.

310.- Ainsi, si l'obtention d'une majorité d'opposition requiert l'alliance de plusieurs syndicats au regard des scores électoraux réalisés par ceux-ci au niveau de l'entreprise[1], sa réunion apparaît difficile dans les petites et moyennes entreprises (1°), voire compromise chaque fois que la majorité se décompte uniquement par référence au collège des cadres (2°).

1°) Une majorité peu accessible dans les petites et moyennes entreprises

311.- Certains auteurs n'ont pas manqué de souligner les faiblesses et les risques de dysfonctionnement inhérents à toute référence à une majorité électorale[2], ceux-ci se déclinant à l'identique dans le cadre de la majorité d'engagement ou d'opposition. Un seul syndicat obtenant rarement à lui tout seul le seuil de 50% des votants, l'opposition nécessite tout autant qu'auparavant la recherche d'alliances parfois difficiles entre les syndicats, s'ils entendent faire obstacle à l'entrée en vigueur de l'accord minoritaire. Les résultats électoraux consolidés révèlent que l'alliance d'au moins trois organisations syndicales est nécessaire aux fins d'opposition et quelquefois plus, notamment dans les structures où les organisations syndicales sont assez peu nombreuses[3]. La constitution de la majorité s'avère, par ailleurs, d'autant plus délicate à réunir que bien souvent les non-signataires choisissent d'adopter une attitude passive plutôt que de faire obstacle à l'accord.

312.- La majorité d'opposition, même fixée par rapport au nombre de votants et non d'inscrits, n'est qu'en apparence plus facile à réunir et reste, sous certains de ses aspects, très relative. Au regard du taux de participation actuel aux élections des représentants du personnel, un ou plusieurs syndicats ayant recueilli 50% des suffrages exprimés n'en restent pas moins minoritaires au regard des inscrits et ne peuvent donc se prévaloir de l'adhésion de la majorité du personnel[4]. De plus, dans les petites et moyennes entreprises où les syndicats sont peu nombreux, voire réduits à un seul, un second tour est souvent nécessaire lorsque le quorum n'a pas été atteint. Or, les listes de non-syndiqués représentent plus de 50% des

---

[1] L'opposition uniquement formée par la CGT à l'accord Nestlé Waters relève en quelque sorte de l'exploit celle-ci réunissant à elle seule plus de 55% des suffrages exprimés sur les trois sites. Il faut à cet égard relever l'influence particulièrement importante du syndicat qui détient sur le seul site Perrier 1/3 de syndiqués et a recueilli 83% des voix aux dernières élections professionnelles. *Libération*, 4 août 2004.

[2] J.-E. RAY, article précité, p. 597. Il a d'ailleurs été souligné que la majorité d'opposition risque de conduire à « *une dictature des minorités* » dans les moyennes entreprises où certains syndicats affichent à eux seuls 45% des voix, positionnant ainsi un petit syndicat en situation d'arbitre de la politique contractuelle. J.-E. RAY, Droit du travail, Droit vivant, 13ème éd., Litec, p. 586.

[3] *Liaisons sociales*, Document, T, n°4/2003 du 13 janvier 2003.

[4] G. BORENFREUND, article précité, p. 433, spéc. note bas de page 1 ; J.-E. RAY, article précité, p. 597.

suffrages exprimés dans les établissements de moins de 100 salariés[1]. Toute perspective d'opposition apparaît réduite à néant, laissant la signature syndicale affranchie de tout contrôle de légitimité alors que les petites structures représentent plus de deux établissements sur trois[2]. La situation des salariés, en cas de carence d'élections professionnelles, s'avère autrement plus favorable dans la mesure où l'adhésion des salariés à l'accord sera alors mesurée par le recours à une majorité référendaire.

La majorité d'opposition révèle ses failles dans les petites structures, soit que les coalitions doivent être plus nombreuses pour s'opposer, soit qu'une majorité s'avère impossible à constituer à défaut pour les syndicats de recueillir un nombre de voix suffisant. Le droit d'opposition montre également ses propres limites, en présence d'un accord ne concernant qu'une catégorie de salarié.

2°) Une majorité catégorielle peu accessible

313.- En présence d'un accord n'intéressant qu'une catégorie professionnelle déterminée et relevant d'un collège électoral tel que défini à l'article L. 433-2 du Code du travail, sa validité est subordonnée à l'absence d'opposition d'organisations syndicales représentatives ayant obtenu les voix d'au moins la moitié des suffrages exprimés dans ce collège.

314.- Or, les scores obtenus par la CFE-CGC aux dernières élections professionnelles oscillant entre 23 et 25 % et le taux d'abstention s'élevant dans le troisième collège à 40% pour l'année 2000 ; le droit d'opposition semble donc peu accessible en ce qui concerne les accords relatifs à cette catégorie. Les listes de non-syndiqués remportent, par ailleurs, 36,8% des suffrages exprimés dans les collèges uniques mis en place dans les petits établissements. Le recours à l'opposition révèle dans ces circonstances son inefficience et la référence à une majorité rapportée au nombre de votants n'apparaît pas toujours très réaliste selon ses cadres d'application.

---

[1] Les listes de non-syndiqués ont d'ailleurs recueilli plus de 24,1% des voix aux élections professionnelles de 1998, se positionnant ainsi en deuxième place juste derrière la CGT (24,3%) et en troisième place juste derrière la CGT (24,4%) et la CFDT (22,9%). Malgré un net recul pour l'année 2000, elles représentent cependant 21, 9% des voix. Le score réalisé par les non-syndiqués altère les possibilités d'opposition ou ne les rend possibles que dans les entreprises où l'implantation syndicale est suffisamment forte pour recueillir un nombre de voix élevé. *Liaisons sociales*, précité.

[2] *Liaisons sociales*, précité, p. 3 note 4.

315.- Les difficultés évoquées pour réunir la majorité d'opposition, même plus accessible, laissent présager de celles équivalentes pour réunir le seuil nécessaire à la majorité d'engagement. Elles risquent d'entraîner le développement subséquent du droit d'opposition au niveau de l'entreprise pour éviter de paralyser la négociation collective par l'exigence d'une majorité d'engagement difficile à réunir. Les organisations patronales se montreront *a priori* plus favorables à la technique de l'opposition puisque le comportement des syndicats, neutres par rapport à l'accord, joue en sa faveur alors que dans une majorité d'engagement, les syndicats neutres entravent sa conclusion[1]. Il est par conséquent plus difficile de parvenir à une signature majoritaire de l'accord que d'attendre de constater qu'aucune majorité d'opposition ne se dresse contre celui-ci[2]. De plus, il est peu probable que les « petites » confédérations de salariés minoritaires, au regard des élections électorales dans l'entreprise mais majoritaires en nombre aux niveaux supérieurs, ne laissent « *scier la branche sur laquelle elles sont assises* » [3] en permettant à la majorité d'engagement de se développer aux lieu et place de l'opposition. Le développement de l'opposition en devient d'autant plus contestable qu'il s'affirme comme un droit contraire à la négociation collective.

B. Une majorité contrariant la finalité de la négociation collective

316.- La technique de l'opposition ne nous semble pas opportune dans un système de relations collectives où la recherche d'une plus grande union entre les syndicats s'avère décisive pour faciliter la négociation d'addition ou l'obtention de justes contreparties aux concessions consenties. Au lieu de contribuer à renforcer la coalition entre inter-syndicats, l'opposition divise et fragilise un peu plus un mouvement syndical déjà en perte de vitesse ces dernières années. Sa mise en œuvre jette le discrédit sur les syndicats signataires et semble avoir, jusqu'à présent, suscité un important contentieux, en raison des difficultés des parties à l'accord de se plier à l'opposition syndicale majoritaire. Synonyme d'échec de la négociation avec le ou les syndicats majoritaires (1), l'opposition ne parvient pas à renforcer la légitimité de l'accord en l'absence de toute obligation de renégociation en suivant l'exercice (2).

---

[1] G. VACHET, article précité, p. 1333.
[2] *Ibidem*.
[3] J.-E. RAY, article précité, p. 595.

1°) L'opposition, synonyme d'échec de la négociation

317.- Les conséquences purement négatives du droit d'opposition ne plaident pas en sa faveur. Il intervient beaucoup trop tard dans le processus de négociation, c'est-à-dire postérieurement à la conclusion de l'accord et après que les parties ont passé un temps long, mais finalement vain, à la recherche d'un compromis susceptible de les satisfaire. La prérogative conférée aux majoritaires détruit le fruit des négociations collectives et s'inscrit à contre-courant de la construction d'un statut conventionnel, vecteur de paix sociale. A cet égard, le droit d'opposition est souvent perçu comme un acte d'ingérence et positionne les majoritaires en situation d'arbitres de la politique contractuelle[1], situation à laquelle ils peuvent être eux-mêmes soumis dans le futur en raison de l'importance des syndicats minoritaires et des nécessaires alliances auxquelles l'opposition doit conduire.

318.- L'anéantissement de l'accord auquel il procède le rend par conséquent critiquable en son principe et contraire à la négociation collective, comme au droit syndical, tant qu'il ne joue pas un rôle suffisamment dissuasif pour obliger l'employeur à rechercher l'adhésion d'une majorité de signataire ou de syndicats majoritaires. Le contentieux dont il a fait l'objet ces dernières années, en dépit de ses difficultés de mise en œuvre, démontre qu'en pratique les parties à l'accord ont du mal à se soumettre à la décision des non-signataires, quand ces derniers ne passent pas outre l'opposition majoritaire.

319.- Le droit d'opposition divise les organisations syndicales et réduit à néant la présomption d'intérêt commun qui existe entre les syndicats. Les coalitions auxquelles il conduit rassemblent momentanément des organisations que tout sépare, aux seuls fins de faire obstacle à l'accord. Il accentue les divisions issues du pluralisme syndical et la concurrence entre les organisations de salariés qui en résultent, plutôt que de favoriser l'unité d'action lors des négociations. Récemment, une partie signataire d'un accord de restructuration, victime de l'opposition d'un syndicat majoritaire, l'a d'ailleurs interpellé afin qu'il retrouve la raison et lève son opposition[2].

---

[1] P. HOFMAN, « Les lois Auroux : un droit qui encadrera ou qui stimulera », *Dr. soc.* 1982, p. 276.

[2] Voir à ce sujet les déclarations de l'organisation FGA-CFDT qui « *condamne l'attitude de la CGT* » syndicat majoritaire opposant à l'accord Nestlé-Waters. Il convient toutefois de noter que ces propos suivaient l'annonce par la direction, à la suite de l'opposition, de la filialisation de certains de ses sites et de la cession du site Perrier. *Liaisons sociales* 21 sept. 2004, Bref social n° 14128

320.- Le risque « *d'une désertification conventionnelle* », suivant l'exercice du droit d'opposition désormais plus accessible, n'est pas non plus à négliger[1]. L'impasse à laquelle il semble conduire résulte essentiellement de son rôle négatif dans un système de relations collectives où la confrontation des intérêts l'emporte encore sur la conciliation ou la collaboration entre les différents acteurs de la vie sociale. La réhabilitation du droit d'opposition suppose de faire suivre l'anéantissement de l'accord qu'il provoque d'une obligation de renégocier.

2°) L'absence de toute obligation de renégociation de l'accord

321.- La réhabilitation du droit d'opposition ne peut se concevoir que si la destruction de l'accord se trouve suivie de comportements positifs. Autrement dit, si l'exercice de l'opposition traduit l'échec des négociations avec le ou les syndicats majoritaires, il importe aux partenaires sociaux de ne pas laisser s'installer un vide conventionnel et de reprendre les négociations après l'anéantissement de l'accord. Les organisations de salariés majoritaires étant tenues d'exposer dans leur acte d'opposition les points de désaccords, ces derniers peuvent servir de base à de nouvelles discussions, orientées vers la recherche d'un compromis et d'une signature syndicale majoritaire.

322.- L'exigence de renégociation ressort, en effet, implicitement de l'obligation nouvelle faite aux opposants d'expliciter les raisons de leur opposition[2], ces dernières étant uniquement destinées aux signataires et au service d'éventuelles renégociations[3]. Il est regrettable que la loi du 4 mai 2004 ne l'ait pas consacrée explicitement et la réduise à une simple invitation, si ce n'est une faculté dont l'initiative repose indistinctement sur les préposés aux négociations.

---

[1] P.-H. ANTONMATTEI, « Loi Fillon IV : évolution ou révolution », *LPA* 14 mai 2004, n° 97, p. 12.

[2] Seul l'ancien article L. 132-7 du Code du travail relatif à la révision des accords conventionnel obligeait les opposants à préciser « les points de désaccord ». Le droit d'opposition aux accords dérogatoires, fondé sur l'ancien article L. 132-26 du Code du travail, n'imposait pas une réelle obligation de motivation aux syndicats majoritaires, si ce n'est une motivation objective réduite à son contenu minimum, c'est-à-dire à la mention des articles du Code du travail auquel l'accord dérogeait. V. Cass. soc. 12 juill. 1999 : *Dr. ouvrier* 1998, p. 461-463, note A Lévy.

[3] Cf. *infra* sur l'obligation de motivation de l'opposition § 459.

Il n'est donc pas certain que la liberté laissée aux partenaires sociaux dans la détermination des modes de conclusion, voire de renégociation de l'accord, s'accompagne d'une plus grande légitimité des accords conventionnels.

323.- Une fois les dispositions conventionnelles minoritaires anéanties par le jeu de l'opposition, rien n'empêche l'employeur de signer un nouvel accord avec les syndicats minoritaires, ou encore de faire pression sur les majoritaires soit pour les inciter à lever leur opposition, soit pour les dissuader de la réitérer[1]. Le droit d'opposition a vocation, au moins en théorie, à défaut de pouvoir toujours être exercé en pratique, à être réitéré dans le temps. Il ne protège que trop provisoirement les intérêts des syndicats majoritaires et à travers eux ceux de la collectivité des salariés. L'opposition comble ainsi, tant bien que mal, la défaillance de règles de conclusion, comme celles relatives à l'acquisition de la représentativité, devenues inadaptées au contenu de la négociation collective. Le droit d'opposition provoque, de surcroît, un *statu quo* et quelquefois, une rupture totale du dialogue entre les majoritaires et l'employeur peu favorable à la finalité de la négociation et à la conciliation des intérêts[2]. Le maintien de la technique de l'opposition, même de manière subsidiaire à une majorité d'engagement, ne saurait, par conséquent, dispenser d'une autre réforme où une majorité réaliste succède à la majorité inversée et controversée de l'opposition.

---

[1] Ainsi, l'annonce de la décision de la Société Nestlé Water France de céder le site de Perrier juste après l'exercice du droit d'opposition constitue une sanction implicite de celui-ci, de nature à susciter la désapprobation de l'action syndicale par les salariés. Les dispositions conventionnelles de restructuration apparaissaient alors soudainement plus souhaitables que l'alternative choisie par l'employeur. La CGT a d'ailleurs levé son droit d'opposition à l'accord en échange d'investissements de Nestlé pour moderniser ses sites de production.

[2] Dans l'affaire Nestlé, l'opposition semble également avoir détruit toute possibilité de discussion entre les organisations majoritaires et l'employeur, les premiers ayant fait appel à l'Etat, plus particulièrement au Ministre de l'économie, chargé de jouer les médiateurs afin de permettre une reprise du dialogue social.

§ II. La substitution d'une majorité réaliste à la majorité d'opposition

324.- Le maintien du droit d'opposition, parallèlement à une majorité d'engagement, ne permet pas de se dispenser, à terme, d'une autre réforme de la négociation collective fondée uniquement sur une majorité de conclusion qui recueille un large consensus[1], sous réserve d'être calculée de manière réaliste. Le recours à une majorité positive et absolue pour pallier les faiblesses de la représentativité syndicale apparaît intellectuellement séduisant. Une telle règle permet de rééquilibrer les forces en présence lors des négociations et de donner une assise solide à l'effet *erga omnes* des conventions et des accords collectifs de travail, en soumettant le pouvoir de conclusion des syndicats à une exigence démocratique[2]. Le législateur et les partenaires sociaux ont manifesté leur adhésion de principe à celle-ci, sans lui assurer ni l'hégémonie, ni l'effectivité qu'elle mérite. Le droit d'opposition s'applique à tous les niveaux de négociation, en l'absence de consécration conventionnelle d'une majorité de conclusion.

325.- Le principe d'une signature syndicale majoritaire, même ramenée au seuil de 50% des votants, reste trop précaire compte tenu des aléas dus à l'abstentionnisme électoral actuel[3]. Il comporte un risque de sclérose de la négociation collective qui a conduit à maintenir, si ce n'est à privilégier, le droit d'opposition. Les propositions très hétéroclites avancées pour renforcer la capacité de représentation effective des syndicats ne rendaient pas les choix faciles, aucune règle suggérée par la doctrine ou les partenaires sociaux ne s'imposant sur les autres avec évidence. Les faiblesses de l'opposition amènent naturellement à retenir une signature majoritaire, conçue cependant de manière plus réaliste que celle retenue par la loi du 4 mai 2004 afin d'en favoriser une application concrète, même dans les

---

[1] G. BORENFREUND, « L'idée majoritaire dans la négociation collective », précité ; M.-L. MORIN, « Principe majoritaire et négociation collective : un regard sur le droit comparé », *Dr. soc.* 2000, p. 1080.- J.-E. RAY, « La négociation d'entreprise : quel avenir ? », *Mélanges dédiés au Professeur M. DESPAX*, 2002, p. 445.- P. RÉMY, « Représentation dans la négociation collective : les limites du principe majoritaire », *Dr. ouv.* 1999, p. 269.- F. SAMARITO, « A la recherche d'une majorité dans la négociation collective » *Dr. ouvr.* 2000, p. 428.

[2] L'équilibre des pouvoirs dans la négociation en serait amélioré sans être encore satisfaisant en raison des obstacles structurels subsistant en droit français (titularité du droit de grève, faiblesse du pouvoir syndical dans le suivi de l'exécution l'accord, insuffisance des procédures relatives à la conduite des discussions…). G. BORENFREUND, article précité, p. 437-438.

[3] Une signature majoritaire ne peut être obtenue, au regard des résultats consolidés des élections aux comités d'entreprise, que si deux les organisations recueillant les meilleurs scores électoraux s'allient avec une autre. Dans le meilleur des cas, il faut que l'accord soit signé par au moins trois organisations syndicales, sous réserve, des variations de l'audience recueillie en fonction de l'influence syndicale et de la taille de l'entreprise. *Liaisons sociales*, précité.

petites structures. Les déclinaisons de la majorité de conclusion ne manquent pas, surtout si l'on tourne du côté du droit comparé, et ne dispenseraient pas nécessairement d'une réforme de la notion de représentativité[1]. La disparition du droit d'opposition ne peut se faire qu'au profit d'une majorité d'engagement calculée de manière plus réaliste (A) ou d'une réforme de la représentativité syndicale (B).

A. L'adhésion à une majorité d'engagement effective

326. - La nécessité de renforcer la légitimité du pouvoir de représentation, lors de la signature des conventions et des accords collectifs de travail, a suscité maintes réflexions de la part de la doctrine et des partenaires sociaux, à la recherche de règles susceptibles de se substituer efficacement à la règle de l'unicité de la signature syndicale et aux accords minoritaires en résultant. Le caractère peu réaliste de la majorité d'engagement, retenue à l'heure actuelle, oblige à en tempérer l'absolutisme du principe majoritaire au profit d'une règle plus efficiente. Le souci français de préserver le pluralisme syndical et l'expression de la diversité des intérêts justifie de ne faire jouer la règle de la majorité qu'au stade de la conclusion de l'accord et non à celui de sa négociation. La subordination de la conclusion de l'accord à une majorité effective peut se réaliser soit par une adaptation du seuil à retenir en fonction des résultats électoraux (1°), soit par l'organisation d'élections spécifiques destinées à mesurer l'audience réelle de chaque syndicat (2°).

1°) La soumission de l'accord à une majorité relative

327.- Les alternatives proposées au droit d'opposition et le maintien d'une majorité d'engagement devraient reposer sur un mode de calcul plus réaliste afin de ne pas entraver le processus de négociation. Il conviendrait d'adapter l'audience électorale exigée à la réalité des résultats obtenus par les syndicats, voire à la taille de l'entreprise. La majorité exigée ne supposerait pas nécessairement la réunion d'une majorité absolue de votants, sans pouvoir être rapportée en deçà d'un seuil jugé trop bas pour témoigner d'une légitimité suffisante des syndicats signataires de la convention ou de l'accord collectif en cause[2]. Le recours à une

---

[1] V° à ce sujet les propositions A. ARSEGUEL, article précité, p. 414 ; P.-H. ANTONMATTEI, « Négociation collective : brève contribution au débat sur la réforme », *Dr. soc.* 2003, p. 88.

[2] Le Professeur Albert ARSEGUEL suggère, certes dans un article écrit avant la réforme de la loi du 4 mai 2004, de soumettre la majorité à des seuils tempérés pendant une période transitoire, une majorité absolue supposant « *pour être viable une bonne entente entre les syndicats* ». article précité, p. 419.

majorité relative ne doit pas aller à contre courant de l'idée majoritaire, aussi se doit-elle d'être empêchée, en présence d'une majorité plus élevée (a), ou reléguée à suppléer l'absence de majorité absolue d'engagement (b).

a) Une majorité relative, dépendante de l'absence d'une majorité plus forte

328.- Une majorité absolue étant souvent difficile à réunir dans les petites structures, même par référence aux suffrages exprimés, l'abaissement de l'audience électorale à recueillir pourrait prévenir toute entrave à la négociation collective. Il a donc été proposé de soumettre la conclusion de l'accord à une majorité d'engagement relativement compréhensive, à condition que l'accord puisse être mis en échec par une majorité d'opposition plus élevée[1]. Au niveau de l'entreprise, la majorité d'engagement nécessaire à la conclusion de l'accord pourrait se satisfaire d'une audience électorale de 30% des suffrages exprimés, sous réserve de l'absence d'opposition des syndicats non-signataires ayant recueilli un plus grand nombre de voix aux élections. Un système similaire pourrait être adapté au niveau de la branche où la validité de l'accord supposerait sa signature par au moins deux organisations syndicales, à moins qu'un plus grand nombre d'organisations syndicales non-signataires s'opposent à l'entrée en vigueur de l'accord. La proposition rejoint celle exprimée par le groupe de travail chargé de rédiger un avant-projet de loi en 1978, sur les difficultés de développement de la négociation collective, et qui préconisait de soumettre la capacité de conclure à la réunion d'une audience de 10 % à 20% des voix recueillies aux dernières élections professionnelles[2].

329.- Toute la difficulté de la règle suggérée réside dans la détermination du seuil de légitimité nécessaire. Peut-on dire d'un syndicat signataire qu'il est représentatif de la collectivité des salariés, dans l'unité de négociation considérée, s'il recueille 10, 20 ou 30 % des suffrages exprimés ? Le seuil à retenir doit assurément être réaliste au vu des résultats électoraux et il convient même d'ajouter évolutif. Le quorum fixé peut ne plus être pertinent en fonction de la hausse continue de l'abstentionnisme électoral ou, au contraire, de sa résorption. L'encadrement de la règle par la possibilité offerte aux syndicats, titulaires d'une audience électorale supérieure, de s'opposer à l'accord apparaît, au premier abord, constituer

[1] J. PÉLISSIER, « Droit des conventions collectives évolutions ou transformations », *Mélanges en l'honneur de J.-M. VERDIER*, Dalloz 2001, p. 105 et s.
[2] Rapport G. ADAM, « La négociation collective en France », *Dr. soc.* 1978, p. 833.

une protection suffisante. Il n'en reste pas moins qu'elle reconnaît indirectement la possibilité à un syndicat minoritaire de conclure une convention ou un accord collectif, sous réserve de l'absence d'opposition des majoritaires. La règle préconisée revient à terme aux inconvénients du système actuel et amène à maintenir un droit d'opposition qui nous paraît devoir être supprimé. Elle requiert, de surcroît, des adaptations à la diversité des situations rencontrées au sein de l'entreprise qui en font soit une règle inégale en présence de seuils différents d'engagement soit, à défaut d'adaptation, un frein à la négociation collective dans les entreprises où les syndicats ne réunissent pas le score électoral prévu.

La faveur marquée envers une majorité relative ne saurait se concevoir de manière coordonnée avec une majorité plus élevée d'opposition et doit, au contraire, seulement venir suppléer l'absence de toute majorité absolue d'adhésion.

b) Une majorité relative, supplétive de l'absence de majorité absolue

330.- La proposition qui consiste à soumettre la signature syndicale à une majorité absolue de suffrages exprimés et, à défaut à une majorité relative, semble beaucoup plus intéressante. Elle concilie habilement le principe majoritaire, actuellement laissé à la disposition des partenaires sociaux, avec une règle subsidiaire afin de ne pas bloquer toute possibilité de conclusion chaque fois que les signataires de l'accord ne recueillent pas une majorité suffisante, sans pour autant autoriser la signature de l'accord par des syndicats titulaires d'une trop faible majorité[1]. L'article L. 132-2-2, III° du Code du travail prévoit dans ce cas de figure une alternative dont l'équivalence n'est qu'apparente. Ainsi, lorsque la règle d'une conclusion majoritaire a été retenue, au niveau de l'entreprise, par une convention de branche ou un accord professionnel étendu et si l'accord est signé par un syndicat minoritaire, ce dernier doit le soumettre à l'approbation de la majorité des salariés. En l'absence de majorité syndicale, la validité de l'accord n'est pas définitivement compromise et celui-ci se voit soumis à une sorte de session de rattrapage où l'arbitrage réalisé par les salariés s'avère déterminant. La validation référendaire de l'accord donne alors la possibilité aux salariés de désavouer les syndicats majoritaires non-signataires et de démentir le

[1] L'accord sur l'exercice du droit syndical à la RATP entrée en vigueur le 1er janvier 2002 prévoit ainsi que « les partenaires sociaux s'efforceront de parvenir prioritairement à la conclusion de plates-formes d'accord recueillant 50% des suffrages exprimés. A défaut, ils ne mettent en œuvre que celles qui ont recueilli les signatures correspondant à un niveau de représentativité de 35% des suffrages exprimés » lors des dernières élections professionnelles. *Liaisons sociales*, 30 janvier 2002, Bref social, n° 13574.

caractère minoritaire des organisations signataires[1]. Le recours au référendum s'inscrit alors à contre-courant du principe majoritaire, une majorité étant au bout du compte amenée à remettre en cause une autre majorité et à conforter une minorité.

331.- Le recours à une majorité relative pour suppléer l'absence de majorité absolue ne se conçoit que si elle va tout à la fois dans le sens de l'idée majoritaire et de la négociation collective. Seule une signature syndicale fixée par référence à une majorité allégée a vocation à suppléer le défaut d'une signature syndicale fixée par référence à une majorité absolue. La question se pose cependant de déterminer s'il convient d'apprécier la majorité requise par référence aux élections professionnelles ou s'il n'est pas plus opportun de la mesurer au moyen d'élections de représentativité, organisées pour tous les niveaux de négociations.

2°) L'adhésion à une majorité fonction d'élections spécifiques

332.- Une autre alternative possible consiste à organiser des élections spécifiques dans les entreprises d'une certaine taille, plutôt que d'exiger des syndicats signataires d'une convention ou d'un accord collectif de travail qu'ils réunissent une majorité élective calculée à partir des élections au comité d'entreprise ou des délégués du personnel. Ainsi, « *des élections de représentativité* » ou « *des élections de négociateurs* » pourraient avoir lieu afin que les salariés désignent, parmi les syndicats présents, ceux qu'ils souhaitent voir négocier en leur nom et pour leur compte[2]. Le nouvel article L. 132-2-2 du Code du travail retient d'ailleurs déjà une telle formule, au niveau de la branche. L'accord de méthode instituant une signature syndicale majoritaire dans la branche a la possibilité de prévoir que la majorité se calculera en fonction des résultats obtenus par les organisations de branche, à l'occasion d'élections spécifiques organisées à cet effet. Le mode électoral peut également servir à habiliter des négociateurs et à tempérer la représentation désignée en l'associant avec une représentation élue lors des négociations. La mise en place d'élections spécifiques pour mesurer l'audience recueillie par chaque syndicat permet de s'assurer de façon adéquate de leur représentativité réelle (a), à moins que le recours au processus électoral ne serve directement à habiliter les agents de négociation (b).

[1] G. BORENFREUND, article précité, p. 453.
[2] G. LYON-CAEN, article précité, *Dr. soc.* 2003, p. 358.

a. Une majorité appréciée dans le cadre d'élections de représentativité

333.- Il existe un certain décalage, déjà constaté à propos du droit d'opposition, à calculer la majorité nécessaire à la conclusion de l'accord à partir des résultats obtenus par les syndicats, à l'occasion d'élections portant sur un tout autre objet. La consécration d'une signature syndicale majoritaire par référence à l'audience réalisée lors des élections des représentants du personnel implique nécessairement un élargissement de l'objet de ces élections. Il ne s'agit plus seulement de désigner les délégués du personnel ou les membres du comité d'entreprise mais également, de se prononcer en faveur de tel ou tel syndicat en vue des futures négociations[1]. La double finalité liée aux élections professionnelles apparaît inopportune. Le vote exprimé en faveur d'un représentant du personnel obéit parfois à des considérations tenant à la personne du salarié et détachées de la liste syndicale à laquelle il appartient[2]. La mesure de l'adhésion à un syndicat au regard des élections des représentants du personnel manque effectivement de pertinence et perd sa signification dans les entreprises où les représentants sont élus hors listes syndicales.

334.- Ce décalage s'avère encore plus manifeste au niveau de la branche. La possibilité offerte par l'article L. 132-2-2 du Code du travail d'organiser des élections spécifiques pour mesurer la représentativité des organisations à ce niveau, si un accord de méthode a opté en faveur d'une signature syndicale majoritaire dans la branche, apparaît donc des plus opportunes. Un décompte arithmétique de la majorité aurait conduit à des résultats dont l'incohérence a déjà été soulignée à propos du droit d'opposition. Ainsi, dans la métallurgie, les trois plus petites confédérations pourtant majoritaires en nombre ne regroupent qu'un tiers des voix alors que les minoritaires représentent les deux tiers[3]. Une mesure de la majorité par référence aux résultats consolidés obtenus par chaque syndicat aux résultats des élections au comité d'entreprise et aux délégués du personnel reste certes possible. Les signataires de l'accord de méthode ont effectivement la faculté d'opter pour celle-ci plutôt que pour l'organisation d'élections spécifiques[4]. Les remarques précédemment

---

[1] G. BORENFREUND, article précité, *Mélanges dédiés au président M. DESPAX*, p. 434.
[2] « *Voter pour l'excellent membre du CE qui organise si bien les colonies de vacances et l'arbre de Noël n'est pas la même chose que de donner sa voix à un syndicat qui validera un accord pouvant désormais déroger à tous les accords supérieurs* ». J.-E. RAY, article précité, p. 596.
[3] J.-E. RAY, article précité, p. 594 ; « La négociation d'entreprise quel avenir ? » précité, p. 467.
[4] Sur les modalités pratiques de l'organisation de telles élections voir A. ARSEGUEL, article précité, p. 419 ; J.-E. RAY, « Les curieux accords dits majoritaires » de la loi du 4 mai 2004, précité, p. 595 et s.

avancées sur la mesure de la majorité à l'occasion d'élections portant sur un tout autre objet peuvent être ici réitérées. Il faut également noter que la référence aux élections professionnelles exclut du vote tous les salariés des entreprises où des élections ne peuvent être organisées, pourtant eux aussi soumis à l'accord de branche étendu. Aussi, l'organisation d'élections spécifiques pour mesurer la légitimité des syndicats au sein de l'entreprise, de la branche mais aussi dans le cadre interprofessionnel se présente comme une solution satisfaisante. Certes, elle risque de porter atteinte à notre conception du pluralisme syndical en mettant quelque peu à l'écart lors des négociations, les syndicats titulaires d'une faible audience. Il faut cependant compter sur la nécessité de recueillir la signature de plusieurs syndicats pour obtenir la majorité suffisante à la conclusion de l'accord. Le décompte de la majorité à tous les niveaux de négociation, au regard d'élections spécifiques, renforcerait l'autorité des accords conventionnels en s'appuyant sur un procédé démocratique en adéquation avec le pouvoir conféré aux syndicats d'engager l'ensemble de la collectivité. A défaut de toujours pouvoir recueillir une majorité d'engagement absolue, la majorité d'engagement relative retenue en raison de l'abstentionnisme électoral n'en serait que plus fragile. Il faut cependant convenir que *« la valeur du processus électoral ne se mesure pas à l'aune de son taux d'utilisation*[1] » et qu'une majorité relative supplétive est la seule à même de permettre une application effective du principe majoritaire. Une autre solution consiste à recourir à des élections non pour mesurer la majorité et au travers, la représentativité des syndicats mais pour désigner des négociateurs au sein de l'entreprise.

b. Une majorité appréciée dans le cadre d'une instance de négociation mixte

335.- Les difficultés rencontrées pour déterminer ou mesurer la capacité de représentation effective des syndicats, conjuguées avec l'apparition de nouveaux agents de négociation dans les entreprises dépourvues de représentation syndicale, ne sont pas sans incidence sur les récentes propositions faites en faveur du transfert de la négociation à une instance de négociation mixte au sein de l'entreprise. De façon certes exceptionnelle, sur l'initiative du législateur ou sous l'impulsion des partenaires sociaux[2], l'employeur a ainsi été

[1] P.-H ANTONMATTEI, article précité, p. 88, n° 7.
[2] L'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995, repris à titre expérimental par la loi du 12 novembre 1996, autorisait les accords de branche à organiser la négociation et la conclusion de conventions et d'accords collectifs de travail avec des représentants du personnel ou des salariés mandatés, pour une négociation déterminée, dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux. G. COIN, « Politique contractuelle : l'accord interprofessionnel du 31 octobre 1995 », *Dr. soc.* 1996, p. 3-10 ; P.-H ANTONMATTEI, « A propos du développement de la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 164-169.

autorisé à négocier soit avec des élus du personnel, soit avec un salarié mandaté par une organisation syndicale représentative[1].

336.- Parallèlement, les débats relatifs à la question de la représentation syndicale aussi bien au niveau français qu'à l'échelon européen ont multiplié les regards comparatistes[2]. Les pratiques instituées dans des pays voisins offrent ainsi de nouvelles perspectives de déclinaison du principe majoritaire et des titulaires du droit à la négociation. Les propositions émergentes en droit français, en faveur d'une instance de négociation mixte composée à la fois d'une représentation élue et d'une représentation désignée, s'inspirent largement du système italien[3]. La conclusion de l'accord serait subordonnée à un vote majoritaire des membres de cette instance. La solution se rapproche de celle instituée en Italie où pour pallier les insuffisances du concept de représentativité dans l'entreprise les partenaires sociaux et le législateur ont institué au sein de l'entreprise une représentation syndicale unifiée (RSU) [4]. Celle-ci se compose pour 1/3 de délégués des organisations syndicales représentatives et pour 2/3 d'élus par le personnel à partir d'une liste syndicale, tout syndicat signataire d'une convention de catégorie (de branche) ou parrainé par 10% des salariés pouvant présenter une liste. Les sièges sont répartis proportionnellement aux votes, sachant que pour pouvoir siéger, il faut avoir obtenu au moins 5% des voix. La mise en place d'une telle institution permet de combiner au niveau de l'entreprise une représentation fondée sur une majorité syndicale et élective, sans compter qu'elle règle une partie des difficultés suscitées par la délicate détermination « *de frontières entre les fonctions de consultation, auxquelles sont limités les comités d'entreprises et celles de négociation, en principe réservées aux organisations syndicales majoritaires* »[5].

---

[1] Les lois n° 98-461 du 13 juin 1998 et n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relatives à la réduction du temps de travail ont généralisé le recours à des salariés mandatés et, pour la seconde, à défaut de salariés mandatés aux délégués du personnel en l'absence de délégués syndicaux. Le mouvement a d'ailleurs été poursuivi par la loi du 4 mai 2004. G. BORENFREUND, « La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », précité ; B. TEYSSIÉ « Négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés », *D.* 2004, chron. p. 2383-2391.

[2] M.-L. MORIN, article précité, p. 1080. - « La représentativité syndicale », Chronique internationale de l'IRES, 2000, numéro spécial, n° 66.

[3] P.-H ANTONMATTEI, « Négociation collective : brève contribution au débat sur la réforme », précité p. 90, n°14 ; A. ARSEGUEL, article précité, p. 426 ; M.-L. MORIN, article précité, p. 1085. Le système Italien a certains points communs relativement forts avec le droit français. Il se caractérise par un pluralisme marqué, une représentation proche de la représentation par affiliation, même s'il privilégie la capacité d'engagement du syndicat dans la négociation.

[4] V° à ce sujet M. L. MORIN, article précité, p. 1085, n° 14 ; A. ARSEGUEL, article précité, p. 425.

[5] A. ARSEGUEL, article précité, p. 426.

337.- La substitution d'une instance de négociation mixte au système actuel assure un juste équilibre entre la représentation désignée et élue tout en permettant au principe majoritaire de recevoir une application effective. La validité des accords se trouve, en effet, soumise à un vote majoritaire de la dite instance. Une variation de ce modèle paraît, de surcroît, envisageable en fonction des spécificités propres aux petites entreprises. Il a ainsi été proposé d'adapter la composition de cette instance, dans les entreprises dépourvues de comité d'entreprise et de délégués syndicaux, au moyen de délégués du personnel et/ou de salariés mandatés par les organisations de salariés représentatives[1]. La solution contraste avec le principe majoritaire actuellement retenu. Elle présente pourtant des avantages non négligeables aussi bien dans sa capacité à garantir la légitimité des accords collectifs qu'à simplifier les règles de conclusion. Elle substituerait au modèle actuel ou à celui proposé d'une majorité relative, supplétive de l'absence de majorité absolue, une règle de conclusion unique. Les partenaires sociaux ne semblent pas pour l'instant orientés vers une telle solution. Une telle position devant cependant être nuancée puisque le Centre des jeunes dirigeants a proposé la fusion dans une instance unique des délégués du personnel et des délégués syndicaux pour les entreprises de 100 à 500 salariés[2]. Dans le même ordre d'idées, la CFDT pourrait ne pas être récalcitrante à une telle réforme. Cette dernière propose de réserver la négociation à un négociateur désigné par le syndicat (délégué syndical, ou à défaut délégué du personnel ou un élu présenté sur liste syndicale) et ensuite habilité, par les salariés à l'issue d'un vote de représentativité[3].

338.- Les alternatives à une majorité de conclusion absolue, difficilement applicable en pratique, ne manquent pas. Elles ne restent, à notre sens, concevables qu'en dehors de tout recours à une majorité référendaire dont l'utilisation doit demeurer d'application exceptionnelle en raison du discrédit qu'elle jette ainsi sur les majorités défavorables à l'accord.

---

[1] P.-H. ANTONMATTEI, article précité, p. 91

[2] V. à ce sujet A. ARSEGUEL, article précité, p. 426. La proposition du CNJ se rapproche quelque peu de celle faite de manière, beaucoup plus radicale par la commission de VIRVILLE. Celle-ci propose d'instituer, par voie d'accord collectif dans les entreprises de 50 à 250 salariés, des conseils d'entreprise qui tiendraient le rôle actuellement tenu par les délégués du personnel, le comité d'entreprise et les délégués syndicaux. Cf. proposition n° 24, *Liaisons sociales*, 16 janvier 2004, n° 3/2004, V. Pour une appréciation critique de cette proposition V. G. BORENFREUND, article précité, p. 617.

[3] V. site Internet www. cfdt.fr, rubrique négociation collective.

B. La réfutation d'une majorité référendaire

339.- Une autre alternative à la signature syndicale majoritaire absolue ou d'ailleurs relative, consiste à soumettre l'entrée en vigueur de la convention collective à sa ratification par la majorité des salariés. Le recours au référendum constitue déjà un mode alternatif d'adoption de l'accord collectif, réservé à son origine à des domaines très particuliers[1]. Plus récemment, la réforme de la négociation collective a conforté les extensions auxquelles il avait déjà donné lieu, afin de suppléer à l'absence de majorité d'engagement ainsi que pour valider les accords négociés par des salariés mandatés. Fondé sur une démocratie directe, il mesure l'adhésion des salariés à l'accord et indirectement aux syndicats signataires. La technique du référendum ne cesse de se développer pour répondre à l'insuffisance de légitimité des accords conventionnels (1), alors qu'elle devrait rester d'application limitée en raison de sa coexistence peu compatible avec le droit de la négociation collective lorsque celui-ci est utilisé à titre décisionnel (2).

1°) L'essor du recours au référendum

340.- Le recours au référendum présente des avantages incontestés en ce qu'il constitue un instrument de mesure direct et collectif de l'assentiment des salariés à l'accord conventionnel. Il semble *a priori* se substituer efficacement à l'absence de majorité d'engagement et la loi du 4 mai 2004 l'a d'ailleurs institutionnalisé afin de ratifier les accords n'ayant pu obtenir la majorité d'assentiment nécessaire à leur validité.

341.- En amont des négociations, la pratique du référendum constitue pour les syndicats un outil d'information utile leur permettant d'orienter les négociations en fonction du vote exprimé par les salariés au projet conventionnel. Il sert alors à « *asseoir la légitimité d'une règle collective* »[2], sans que son résultat influe sur la validité de l'acte susceptible d'être passé. En aval des négociations, le recours à la technique référendaire se transforme en

---

[1] Il en est ainsi en matière de participation et d'intéressement (C. trav., art. L. 441-1 et L. 442-10), de mise en place des horaires individualisés en l'absence de représentation du personnel (C. trav., art. L. 212-4-1), et d'institution d'un régime de retraite et prévoyance complémentaire (CSS., art. L. 731-1).

[2] J. GRIMALDI D'ESDRA, « Nature et régime juridiques du référendum en droit social », *Dr. soc* 1994, p. 397.

un instrument de ratification de l'accord dont l'application se trouve écartée, s'il n'obtient pas la majorité des suffrages exprimés.

342.- Initialement réservé à des domaines très limités, le recours au référendum semble être devenu à la mode, laissant croire « *qu'un référendum mania* » s'est emparé des entreprises[1], mais il faudrait aussi ajouter du législateur, des organisations de salariés, du comité d'entreprise, c'est-à-dire en quelque sorte de tous les acteurs sociaux. Il devient alors nécessaire de répertorier les types de référendum selon leur usage à titre consultatif, d'arbitrage, décisionnel ou encore, selon qu'ils répondent à des hypothèses légales ou extralégales[2]. Le référendum se décline aussi différemment selon qu'il intervienne à l'occasion de négociation collective en matière d'emploi[3], de révision des conventions et des accords collectifs de travail[4], de la mise en place d'accord de réduction du temps de travail[5] et désormais, plus généralement, pour valider tous les accords négociés avec les salariés mandatés[6] ou ceux conclus en l'absence d'une majorité d'engagement, lorsque celle-ci a été retenue comme condition de validité des accords d'entreprise au niveau la branche, dans le cadre de la réforme de la négociation collective.

343.- La technique du référendum permet en effet de contrôler l'expression faite par les représentants des salariés des intérêts de la collectivité lors des négociations. Elle renforce la légitimité de l'accord chaque fois que la capacité réelle d'engagement du syndicat semble être prise en défaut. Le référendum garantit la participation effective des salariés à la détermination de la norme collective. Pour autant, le recours à celui-ci doit demeurer exceptionnel. Il ne devrait pas pouvoir se substituer au droit d'opposition ou conserver un rôle subsidiaire à la majorité d'engagement. Employé à titre consultatif, le recours à la majorité référendaire permet d'impliquer les salariés dans le processus de négociation. En revanche, son utilisation à titre décisionnel semble peu compatible avec la négociation collective.

---

[1] B. GAURIAU, « Le référendum, un préalable nécessaire ? », *Dr. soc.* 1998, p. 338.
[2] F. PETIT, La notion de représentation dans les relations collectives du travail, Préf. P. RODIÈRE, LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 291, 2000, n° 411 et s.
[3] B. GAURIAU, précité.
[4] N. COLIN, « Conventions et les accords collectifs de droit social à l'épreuve du temps », L'harmatan 2000, spéc. p. 67-73.
[5] B. GAURIAU, « Le référendum et les accords AUBRY II », *Dr. soc.* 2000, p. 311-317.
[6] C. trav., art. L. 132-26, III. Curieusement, les accords conclus avec un salarié mandaté restent soumis, comme sous l'empire des lois relatives à la réduction de travail, à leur approbation par la majorité des salariés alors que ceux signés par des représentés élus doivent être approuvés par une commission partiaire de branche. V. G. BORENFREUND, article précité ; B. TEYSSIÉ, article précité.

2°) L'inopportunité du recours au référendum

344.- L'approbation de l'accord par référendum fait l'objet de critiques en ce qu'elle permet à une majorité de salariés de discréditer les syndicats majoritaires ayant refusé de s'engager et remet en cause le caractère minoritaire des organisations signataires[1]. Au lieu de renforcer « *les garanties d'adhésion des travailleurs à l'accord* », le dédoublement de l'idée de majorité forcerait au moyen de règles subsidiaires l'adhésion « *au nom de l'intérêt supérieur de l'entreprise* »[2]. Le référendum remet ainsi en question la capacité des syndicats à négocier au sein de l'entreprise[3], en offrant le droit au salarié « *d'accorder ou de retirer ponctuellement sa confiance à ses représentants* »[4]. Les salariés n'interviennent plus alors pour participer à la négociation mais pour trancher implicitement les différends syndicaux ainsi révélés entre les signataires minoritaires et les non-signataires majoritaires[5]. Le recours à la technique référendaire paralyse finalement la marge de manœuvre des délégués syndicaux, en amont des négociations et risque de les discréditer, en aval de celles-ci[6].

345.- En présence d'un vote du personnel défavorable à l'accord, celui-ci disparaît lorsque sa validité dépend de son approbation par la majorité du personnel et à défaut, il semble difficilement applicable[7]. Comme en matière d'opposition, la disparition de l'accord risque de créer une sorte de vide juridique en l'absence de reprise des négociations. Dans le cas contraire, l'accord renégocié doit être soumis à nouveau au vote des salariés, à moins de recueillir cette fois-ci la signature des majoritaires si la majorité des salariés a conforté leur position. La négociation de l'accord risque de plus d'être forcément retardée par le souci des syndicats de s'enquérir au préalable et régulièrement de l'avis des salariés pour s'assurer de l'absence de désaveu ultérieur. La généralisation d'une telle technique finirait, à terme, par subir les effets de l'abstentionnisme et provoquer un désintérêt progressif des salariés[8].

---

[1] G. BORENFREUND, article précité, *Mélanges dédiés au président M. DESPAX*, p. 433.
[2] *Ibidem*.
[3] J. SAVATIER, « Les transformations de la fonction représentative des syndicats », *Mélanges G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 190.
[4] G. BORENFREUND, « La représentation des salariés et l'idée de représentation », *Dr. soc.* 1991, p. 694.
[5] Sous réserve des hypothèses où l'accord minoritaire l'est en considération de l'absence de toute majorité syndicale dans l'entreprise et non d'un refus d'adhésion des majoritaires à l'accord.
[6] J.-E. RAY, « Droit du travail, droit vivant », 13ème éd., Liaisons 2004, p. 397.
[7] L'article L. 132-26, III du Code du travail prévoit ainsi que, faute d'approbation, l'accord négocié par le salarié mandaté est réputé non écrit.
[8] M. DEL SOL, L'interlocuteur de l'employeur, thèse Rennes 1994, p. 409.

346.- La démocratie référendaire apparaît de surcroît relative et occulte toute notion de délibération pour s'apparenter à « *un enregistrement passif des volontés* »[1]. Elle oblige les salariés à prendre connaissance d'un accord souvent complexe, moyennant un certain délai de réflexion. L'accord risque d'être apprécié par le salarié en considération de son seul intérêt et non de celui de l'ensemble du personnel et des doutes surgissent inévitablement sur sa qualité ou l'information dont il dispose pour décider[2]. Pour certains auteurs, le référendum heurte ainsi l'idée selon laquelle « *le véritable titulaire du droit à la négociation collective n'est autre que la collectivité des salariés dans un intérêt collectif* » [3], en accordant ainsi un droit individuel propre à chaque salarié, fut-il exercé collectivement.

347.- L'extension d'un tel procédé, comme mode de validation des accords, transforme singulièrement notre conception du rôle des salariés dans les relations collectives en leur permettant directement de décider de l'effet normatif de l'accord. L'initiative laissée à la collectivité des salariés dans le vote de l'accord pourrait même amener à la considérer comme une partie à l'accord, voire à lui reconnaître la qualité de personnalité juridique[4]. S'il semble impossible en l'état actuel du droit d'attribuer la personnalité morale à la collectivité des salariés[5], il ne convient pas de chercher à définir la nature juridique du référendum dans l'existence d'un contrat entre l'employeur et la collectivité des salariés qui ne saurait être assimilée à une partie à l'accord[6]. Quel que soit le mode de ratification retenu, le législateur n'entend pas modifier les effets juridiques de l'acte. Celui ne perd pas, par l'effet du référendum, sa qualité d'accord collectif et s'applique indistinctement à tous les salariés, même à ceux ayant désapprouvés l'accord.

348.- Nous ne pouvons donc que nous rallier à la position exprimée par le Professeur Bernard GAURIAU : « *à la question d'un référendum à titre consultatif la réponse est oui : le personnel peut adhérer à un projet d'accord d'entreprise. Mais à la question d'un référendum décisionnel : la réponse est non : le personnel ne saurait devenir partie à un accord collectif d'entreprise* »[7].

---

[1] B. GAURIAU, « Le référendum, un préalable nécessaire », précité, p. 339.
[2] B. GAURIAU, article précité, p. 340.
[3] B. GAURIAU, article précité, p. 346.
[4] J. BARTHÉLÉMY, « Collectivité du personnel et notion d'entreprise », *D.* 2000 chr. p. 279.- J. GRIMALDI D'ESDRA, article précité, p. 403.
[5] F. PETIT, précité, n° 426, p. 512.
[6] B. GAURIAU, article précité, p. 345.
[7] B. GAURIAU, article précité, p. 340. En ce sens également A. ARSEGUEL, article précité, p. 418.

Toute compensation d'une absence de majorité absolue par le recours à une majorité référendaire doit être condamnée et toute recherche d'une adhésion de salariés à l'accord doit être recherchée à titre consultatif en amont et non en aval des négociations, sans être susceptible de remettre en cause la capacité d'engagement ou le rejet de l'accord des organisations de salariés majoritaires. Autant dire que la majorité nécessaire à la légitimité comme à l'autorité des accords conventionnels ne peut être efficacement recherchée qu'au travers d'une majorité tempérée ou exprimée dans le cadre d'une instance de négociation mixte.

Conclusion du Chapitre

349.- Normatif, le droit du travail est aussi un droit réaliste qui se doit de répondre de manière très concrète aux aspirations et aux besoins exprimés par le monde du travail. Il ne saurait par conséquent se satisfaire du maintien d'une majorité d'opposition, fut-elle revendiquée par les partenaires sociaux, dont on peut douter de la capacité, comme de la suffisance, à renforcer la légitimité des accords conventionnels. L'incompatibilité avérée de l'opposition à la négociation collective aurait dû en proscrire la généralisation, parallèlement à la possibilité dont disposent les partenaires sociaux de recourir à une majorité d'engagement. Les risques de sclérose de la négociation liés à l'exigence d'une majorité absolue auraient dû encourager à se prononcer en faveur d'une majorité relative ou tempérée, voire à se tourner du côté du droit comparé pour parvenir à la mise en place de règles durables, en instituant notamment une instance mixte de négociation dans le cadre de l'entreprise. La mise en place d'une telle instance semble beaucoup plus pérenne que le recours à une majorité relative dont la détermination du seuil soulève assurément quelques difficultés. Le recours à un tel procédé concilie, de surcroît, habilement l'équilibre entre la représentation élue et désignée, tout en assurant au principe majoritaire une application effective.

350.- La substitution d'une telle instance à la majorité d'opposition est seule à même de garantir la légitimité et l'autorité nécessaire à l'application de dispositions conventionnelles désormais susceptibles de déroger aux niveaux de négociations supérieurs. Il n'est d'ailleurs pas certain que le renforcement ainsi opéré de la signature syndicale et de la représentativité réelle des signataires dispensent, à terme, de toute réforme de la notion de représentativité. A cet égard, des solutions aussi radicales que la suppression de la représentativité par affiliation, même limitées au pouvoir d'engagement des syndicats, ne s'avèrent pas opportunes. Une révision régulière, si ce n'est un élargissement, des confédérations reconnues les plus représentatives au plan national apparaît indispensable dans un premier temps. Il s'agit de ne pas mettre à l'écart, des avantages liés à la représentativité présumée, des organisations de salariés dont l'influence, tout comme l'audience, relèvent d'une représentativité qui ne devrait plus être à prouver.

351.- De même, une réforme de la prérogative concédée aux ascendants en matière de mariage apparaît indispensable. Leur proximité avec les futurs époux les rend certes les plus qualifiés pour apprécier la situation et l'existence d'un éventuel empêchement. Ils ne devraient pourtant plus faire obstacle au mariage en toute impunité. Aussi, une harmonisation de leur prérogative avec le principe de valeur constitutionnelle contenu à l'article 1382 du Code civil selon lequel « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* » est-elle souhaitable. Le recours aux dispositions de l'article 1382 du Code civil et la suppression corrélative des dispositions de l'article 179 du Code civil pourraient suffire à la sanction des oppositions fondées sur un motif fallacieux et à une responsabilisation des ascendants dans l'usage de leur droit d'opposition.

352.- L'exercice de l'opposition ne se conçoit effectivement que dans de justes limites dont il importe de veiller au respect, que ce soit par un meilleur encadrement de ses titulaires ou par un renouvellement de leur rôle, chaque fois que celui-ci n'est plus en adéquation avec la finalité de l'opposition ou des intérêts qu'elle protège.

Conclusion du Titre

353.- Les titulaires de l'opposition se distinguent principalement par leur position de tiers vis-à-vis de la situation juridique dont ils entendent se défendre. La qualité de tiers ne saurait pour autant nullement suffire, à elle seule, à permettre l'accès au droit d'opposition. Pour s'opposer, il faut au moins pouvoir justifier d'un intérêt et, le plus souvent, il convient d'être spécialement habilité à cet effet. La notion de tiers s'apprécie de manière graduée et permet de contenir l'opposition dans de justes limites. Le tiers habilité peut ainsi être sélectionné en raison de son titre, de ses qualités intrinsèques ou s'identifier tout simplement à une partie putative, dont la prérogative le fait basculer de l'état de tiers à celui de partie. Désigné, l'opposant doit encore être dûment informé afin d'être à même de sauvegarder ses intérêts. Il se voit d'ailleurs astreint à un véritable devoir d'information lorsque celle-ci se réalise par le biais de mesures de publicité. Il lui appartient alors de faire preuve d'une vigilance de tous les instants puisque la publicité fait courir les délais laissés pour s'opposer et l'écoulement du temps conforte les droits du destinataire de l'opposition, au détriment de ceux de l'opposant.

354.- En principe, la qualité de l'opposant s'avère en adéquation avec la légitimité de l'intérêt préservé par sa prérogative. Aussi, devient-elle contestable chaque fois qu'elle se révèle incompatible avec l'objectif de l'opposition. La suppression de la prérogative des ascendants au mariage a ainsi été maintes fois suggérée. Sa participation à la conservation de l'ordre public matrimonial justifierait de la réserver au seul Ministère public. Pourtant, la défense de l'intérêt général inhérente à l'opposition à mariage ne constitue pas, en soi, un empêchement dirimant au maintien de la prérogative des ascendants. En réalité, leur qualité à s'opposer est moins en cause que l'immunité de responsabilité dont ils bénéficient lors de son exercice. Dès lors, une simple responsabilisation de ces derniers suffirait à corriger les excès dont l'opposition a pu faire l'objet et serait conforme avec l'exigence constitutionnelle, contenue à l'article 1382 du Code civil. En droit de la famille, l'incompatibilité de la qualité d'ascendants avec l'opposition n'est qu'apparente, alors qu'elle est évidente en ce qui concerne les organisations de salariés. La qualité de syndicats majoritaire requise aux fins d'opposition repose sur une majorité inversée, difficilement accessible dans les petites entreprises et contraire à la négociation collective. Révolution manquée, la loi du 4 mai 2004, à défaut de consacrer exclusivement une majorité d'engagement, la fait coexister avec une

majorité d'opposition qui doit évoluer, si ce n'est disparaître sans délai. La légitimité des accords conventionnels impose de se prononcer en faveur d'une règle de conclusion conforme à la finalité de la négociation collective et effective, quelle que soit son cadre d'application. La coexistence d'une majorité d'engagement relative, accessoirement à une majorité absolue, semble constituer un bon compromis, tout comme la proposition faite d'instituer une instance mixte de négociation. Le principe majoritaire semble donc amené à connaître de nouvelles évolutions en droit français sans, pour autant, nécessairement dispenser d'une réforme de la notion de représentativité, fusse à l'occasion de réflexions menées, à cet effet, dans le cadre communautaire[1].

[1] La validité d'un accord européen a été soumise à la vérification d'une « *représentativité cumulée suffisante* » des signataires au regard du contenu de l'accord en cause TPICE, 17 juin 1998, (CGPME), *Dr. soc.* 1999, p. 53, note M.-A. MOREAU.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

355.- L'homogénéité de l'opposition ressort de sa participation à la protection de l'intérêt de son titulaire dont la sauvegarde concourt assurément à la défense d'un intérêt plus large, que celui-ci puisse être qualifié de fondamental ou de général. La diversité des intérêts protégés par l'opposition, comme de ses titulaires, témoigne de son adaptabilité et explique son expansion au sein des différentes branches du droit. Le développement de l'opposition et la légitimité de l'intérêt défendu ne doivent pourtant pas masquer l'encadrement dont elle fait l'objet en amont de son exercice, aussi bien par la détermination de la menace que par celle de ses titulaires. Le droit d'opposition n'a point de place en dehors des situations limitativement énumérées par la loi, mais aussi entre les mains de personnes n'ayant pas dûment été habilitées à l'exercer. Certes, la titularité de l'opposition apparaît plus fluide lorsqu'elle prend la forme d'une tierce opposition ou d'un recours contre un décret autorisant un changement de nom. En apparence, tout tiers a alors la possibilité de l'invoquer. Néanmoins, les restrictions apportées par la jurisprudence à la qualité de tiers à l'instance, comme le préjudice à démontrer par l'opposant à un changement de nom en présence d'une homonymie, circonscrivent dans les faits les possibilités d'opposition.

356.- Les mesures d'informations existantes en amont de l'opposition conditionnent, par ailleurs, largement son exercice. La réalisation de l'information par voie de notification apparaît d'une efficacité incomparable à celle réalisée par voie de publicité, sous réserve d'être faite en temps suffisamment utile, notamment en ce qui concerne l'action de substitution. Les dysfonctionnements constatés dans le recours à l'opposition tiennent pourtant moins à l'absence d'information de ses titulaires qu'à l'inadaptation de leur droit d'opposition. La responsabilisation des ascendants lors de l'opposition à mariage semble, de ce point de vue, indispensable. De même, la substitution d'une majorité de conclusion effective à la majorité d'opposition s'impose en matière de la négociation collective. Le droit du travail se doit offrir une solution pérenne, aux questions délicates soulevées par la représentativité syndicale et la légitimité des accords conventionnels, qui pourrait voir le jour dans l'institution d'une instance mixte de négociation. Instrument de protection, le droit d'opposition se présente comme un facteur de transition tant par la régulation des relations juridiques qu'il opère dans la durée que par sa propension à renouveler ces mêmes relations dans le domaine de la négociation collective.

SECONDE PARTIE

L'OPPOSITION, FACTEUR DE TRANSITION

357.- Instrument de protection des intérêts légitimes de son titulaire, l'opposition se présente aussi et surtout comme un facteur de transition. En s'accomplissant, celle-ci marque le passage d'une situation juridique fragilisée à une situation juridique stabilisée. Elle révèle un mouvement destiné à prendre en compte deux nécessités différentes[1]. L'opposition agit ainsi dans un premier temps sur la menace dont il convient de neutraliser les effets, afin d'assurer ensuite le retour à une certaine « normalité ». Celle-ci présente de ce fait un caractère conservatoire et un caractère transitoire.

358.- Pour préserver les intérêts de son auteur ou ceux qu'il représente, l'opposition s'exprime sous la forme d'un acte unilatéral. Celle-ci consiste ainsi en une manifestation de volonté ayant pour objet de produire des effets de droit à l'égard de son destinataire, indépendamment du consentement de celui-ci[2]. De la sorte, l'acte d'opposition opère tel une mesure d'empêchement, une défense adressée à autrui afin d'enrayer la menace ou ses effets. La réalisation de l'opposition manifeste, de ce point de vue, la volonté de son titulaire d'assurer la conservation de ses intérêts. La poursuite d'un tel but permet de la rattacher à la catégorie des actes conservatoires. Comme ces derniers, l'opposition tend à éviter la perte d'un bien, à assurer la sauvegarde d'un droit contre un péril qui menace.

---

[1] Sur la distinction de la transition et du transitoire V. L. MERLAND, ouvrage précité, p. 174.

[2] J. MARTIN DE LA MOUTTE, L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil, Thèse Toulouse 1949, p. 53 ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, L'acte unilatéral dans les rapports contractuels, Préface A. LYON-CAEN, LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 254, 1996, p. 97.

Néanmoins, il ne suffit pas de constater qu'ils partagent le même objectif pour faire de l'opposition une espèce d'acte conservatoire. Les difficultés rencontrées pour saisir ce dernier ont, certes, amené certains auteurs à estimer qu'il s'appréhende essentiellement par sa finalité savaltrice[1]. Pour autant, s'il convient de reconnaître que la notion trouve son unité dans sa finalité, l'acte conservatoire n'en reste pas moins identifiable par certains traits de caractère qui ne peuvent être ignorés. Il apparaît donc nécessaire de confronter l'opposition à ces caractères afin de vérifier sa nature conservatoire.

359.- A cet égard, la conservation des intérêts de l'opposant se réalise principalement par la neutralisation de tout ou partie des effets de l'acte préjudiciable aux intérêts de son titulaire. Le plus souvent une simple suspension des effets de l'acte, à l'égard l'opposant, suffit à cet effet. Pour autant, lorsque la sauvegarde des intérêts en cause le requiert l'opposition peut être amenée à produire un effet extinctif et à empêcher la formation de l'acte juridique projeté. Son accomplissement assure ainsi la conservation des intérêts de son titulaire. Cependant, l'opposition appelle parfois des mesures de dénouement, indépendantes de ses effets propres. Il en est ainsi chaque fois qu'il convient de permettre à son destinataire de se défendre d'une opposition irrégulière ou que l'effet conservatoire perdure jusqu'à la réalisation du droit sauvegardé.

L'opposition répond ainsi de manière proportionnée à la menace pesant sur les intérêts de son titulaire et ce faisant revêt un caractère transitoire A l'inverse de la transition, le transitoire traduit moins un mouvement qu'un trait de caractère propre à l'opposition qui témoigne en quelque sorte de son caractère éphémère. La disparition de l'opposition va ainsi de pair avec la stabilisation des situations juridiques qu'elle opère.

Facteur de transition, le droit d'opposition favorise le retour à une certaine normalité en agissant tel un moyen de défense conservatoire (titre I), mais aussi transitoire (titre II).

[1] R. PERROT, *RTD. civ.* 1979, p. 421, obs. sous Cass. 2ème civ. 25 oct. 1978 ; G. CUNIBERTI, précité, p. 7.

TITRE I

UN MOYEN DE DÉFENSE CONSERVATOIRE

360.- Qualifier l'opposition d'acte conservatoire suppose de lui reconnaître les principaux caractères attribués à celui-ci. A cet égard, nombre de critères avancés pour saisir le conservatoire ont été réfutés tels que son caractère urgent ou encore de faible gravité[1]. Le conservatoire se distinguerait en réalité par son caractère nécessaire, préventif, patrimonial[2], voire par son aspect provisoire[3]. Le caractère nécessaire de l'acte conservatoire semble faire l'objet d'un certain consensus et a déjà été évoqué en ce qui concerne l'opposition[4]. En revanche, le caractère strictement patrimonial de l'acte conservatoire ne semble plus s'affirmer avec autant de vigueur, eu égard aux nombreuses interactions existantes entre les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux[5]. Il ne constitue pas, à notre sens, un obstacle dirimant à la qualification de l'opposition comme un acte conservatoire, même dans les situations où elle n'intervient pas pour sauvegarder un intérêt strictement patrimonial.

---

[1] La notion d'urgence lui serait tout au plus « *contingente* ». Cf. Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 82 et spéc. p. 91. Sur le rejet de l'urgence comme fondement du caractère conservatoire voir également L. MERLAND, ouvrage précité, p. 92-94.

[2] Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 95 et s.

[3] L. MERLAND, ouvrage précité, n° 107.

[4] Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 97 ; J. CARBONNIER, ouvrage précité, n° 106 ; G. CORNU, Vocabulaire juridique, précité, V. Conservatoire ; F. LEDUC, ouvrage précité, p. 55. Sur le caractère nécessaire de l'opposition cf. *supra* § 130.

[5] A. SÉRIAUX, Rép. civ. Dalloz, 1997, V. Patrimoine, n°17 à 35. Ce dernier distingue ainsi « *les biens patrimoniaux à dimension extrapatrimoniale* » et « *les biens extrapatrimoniaux à dimension patrimoniale* ». La tendance actuelle à évaluer les droits attachés à la personne les amène d'ailleurs à basculer dans la catégorie des droits extrapatrimoniaux, témoignant ainsi « *d'une sorte de jonction entre la personne et le patrimoine* ». V. P CATALA, « La transformation du patrimoine en droit civil moderne », *RTD civ.* 1966, p. 209. D'ailleurs, pour MM. MAZEAUD, il n'y a pas de raison d'exclure du patrimoine d'une personne les droits non pécuniaires dont elle est titulaire. H., L., J. MAZEAUD, F. CHABAS, Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit, t. 1, 1er vol., 11ème éd. Par F. CHABAS, Montchrestien 1996, n° 292.

361.- Certains auteurs se montrent d'ailleurs indifférents au caractère patrimonial de l'acte conservatoire[1]. A ce sujet, le cantonnement de l'acte conservatoire à la défense d'intérêts patrimoniaux tiendrait moins à la distinction faite entre les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux, ou à la classification tripartite des actes juridiques, qu'à l'impossibilité de toute conservation des droits extrapatrimoniaux. Ces derniers ne pourraient se prêter à une intervention conservatoire faute d'être menacés d'une quelconque disparition, autre que celle liée au décès de leur titulaire[2]. La lésion portée à un droit extrapatrimonial lui donnerait seulement la possibilité de se manifester sans qu'il soit susceptible de disparaître. Pour autant, il ne semble pas qu'il faille limiter le champ de l'acte conservatoire à la disparition matérielle d'un droit. L'atteinte portée à un droit de la personnalité se traduit d'ailleurs par une disparition de celui-ci, fut-elle éphémère, qui peut justifier le recours à l'acte conservatoire pour faire cesser la situation illicite[3]. L'indifférence de l'opposition à l'aspect rigoureusement patrimonial des intérêts dont elle assure la préservation ne saurait la reléguer au rang de simple mesure de protection ou de conservation. Elle invite, au contraire à une conception élargie de l'acte conservatoire où son objet se détache d'une stricte patrimonialité pour se recentrer sur sa finalité : la préservation des intérêts de son titulaire.

362.- Pour parvenir à sa finalité, l'opposition agit comme une défense et se manifeste ainsi sous la forme d'un acte unilatéral. Celle-ci requiert donc un minimum de formalisme afin d'être portée à la connaissance de son destinataire et de lui permettre de contester toute opposition irrégulière ou mal fondée. Le formalisme entourant l'opposition est, de ce point de vue, susceptible de prendre des formes variées, dont la rigueur dépend de l'intensité de ses effets et dont les assouplissements traduisent la volonté de favoriser la conservation des intérêts de l'opposant.

L'analyse du caractère conservatoire de l'opposition ressort à cet égard tout aussi bien de ses caractères fondamentaux (chapitre I) que de son caractère formaliste (chapitre II).

---

[1] J.-P. MIRBEAU –GAUVIN, « Réflexions sur les mesures conservatoires », *D.* 1989, chron., p. 39, n° 3 (ce dernier intègre dans les mesures conservatoires aussi bien l'apposition des scellés que la protection des intérêts de la famille ou des droits de la personnalité) ; L. MERLAND, ouvrage précité, p. 131. L'auteur intègre parmi les actes conservatoires les mesures de détention provisoire.

[2] Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 104 et s.

[3] Le titulaire d'un droit à l'intimité de la vie privée se voit, en effet, dépossédé de son intimité ou de sa vie privée lorsqu'elle a été violée. Celle-ci disparaît temporairement, mais nécessairement en devenant publique. Son droit ne subsiste plus que virtuellement et non matériellement, aussi perd-t-il provisoirement toute utilité pour son titulaire.

CHAPITRE I

LES CARACTÈRES FONDAMENTAUX

363.- L'objectif de conservation poursuivi par l'acte conservatoire a amené à le situer par rapport au temps dans la mesure où la sauvegarde d'un droit ou d'un bien semble définitivement compromise une fois le dommage réalisé. Pour conserver, il conviendrait d'agir préventivement, c'est-à-dire avant la réalisation de la menace, ce qui implique un pouvoir d'anticipation. L'acte conservatoire va d'ailleurs souvent de pair avec une certaine célérité à agir afin de parvenir à conjurer le péril à temps. Cette considération a longtemps laissé croire qu'il s'identifiait à un acte urgent, même s'il convient de reconnaître, aujourd'hui, que la notion d'urgence ne peut lui servir de fondement et lui est tout au plus contingente[1]. L'aspect préventif de l'acte conservatoire l'obligerait à se manifester en amont dans le temps, sans nécessairement lui conférer un caractère urgent.

364.- Pour empêcher l'accomplissement d'un acte juridique préjudiciable à son titulaire ou en neutraliser les effets, l'opposition devrait donc toujours s'accomplir avant la réalisation de la menace. Certaines mesures d'information sont d'ailleurs destinées à avertir l'opposant de l'existence d'une situation dommageable à ses intérêts afin de lui permettre de les conserver en temps utile. Son intervention ne saurait cependant se résumer à une simple action en amont du risque à écarter. Le caractère préventif de l'acte conservatoire ne doit pas être entendu strictement et toute possibilité d'action conservatoire ne se trouve pas compromise du seul fait de la réalisation de la menace. La conservation des prérogatives juridiques n'est parfois envisageable qu'une fois la menace réalisée, sans pour autant se réduire à une mesure de réparation. La fonction conservatoire de l'opposition se suffit aussi bien d'une neutralisation directe de la menace que de ses effets.

---

[1] V. P. JESTAZ, « L'urgence et les principes classiques du droit civil », thèse Paris, *LGDJ* 1968, n° 19. Sur la réfutation du caractère urgent de l'acte conservatoire V. Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 95 et L. MERLAND, ouvrage précité, p. 92-94.

365.- Envisagé dans ses rapports avec le temps, l'acte conservatoire a également été qualifié de provisoire. Ce critère a pu être réfuté au motif que l'acte conservatoire emporte quelquefois des conséquences définitives au fond ou ne correspond pas toujours à une mesure d'attente d'un acte définitif. L'examen des effets tantôt provisoires, tantôt définitifs de l'opposition conforte l'assertion. Elle prend la forme du provisoire chaque fois qu'elle neutralise les effets préjudiciables d'un acte juridique, alors qu'elle relève du définitif lorsque la protection des intérêts de son auteur la contraint à empêcher l'accomplissement d'un acte juridique. Conservatoire et provisoire se recoupent ainsi sans pour autant se confondre. Dans le cadre d'une « Recherche sur le provisoire en droit privé », Madame Laure Merland a pourtant mis en évidence le caractère provisoire de l'acte conservatoire. Elle distingue ainsi les actes conservatoires aux effets provisoires, des actes dont les effets définitifs en font des actes de conservation. La distinction proposée suppose de dissocier conservation et conservatoire alors que les deux notions poursuivent la même finalité et que les effets, définitifs ou provisoires, de l'acte sont justifiés par la nature des droits à conserver. Une telle césure entre conservatoire et conservation n'apparaît pas opportune. Les actes conservatoires provisoires sont susceptibles de produire *in fine* des effets définitifs, sans compter que les effets de l'acte constituent simplement une réponse proportionnelle à l'intensité de la menace. L'aptitude de l'opposition à atteindre son objectif de conservation indépendamment de son moment d'intervention dans le temps tempère le caractère préventif reconnu à l'acte conservatoire (section I), tout comme elle contribue à la réfutation de son caractère provisoire (section II).

Section I

L'altération du caractère préventif de l'acte conservatoire

366.- La notion de conservation, inhérente à l'opposition comme à l'acte conservatoire, entretient des liens certains avec celle de prévention. Envisagé sous un angle juridique, le terme de conservation désigne « *l'opération juridique ou (et) matérielle destinée à assurer la sauvegarde d'un droit, d'une chose, d'un patrimoine, ...* »[1]. Conserver équivaut à préserver, à sauvegarder ou encore à empêcher ou éviter la survenance d'une situation préjudiciable.

367.- Les termes employés ne suscitent aucun doute quant au moment d'intervention de l'acte conservatoire. Il se démarque par sa capacité à écarter la menace avant qu'elle ne fasse sentir ses premiers effets : « *conserver, c'est préserver, c'est agir préventivement contre une menace qui, par essence, appartient encore au domaine du possible, peut-être du probable, voire du certain, mais pas de l'accompli* »[2]. Une fois le risque réalisé, le droit ne laisserait place qu'à des mesures de réparation ou de sanction. Il conviendrait par conséquent de nier tout caractère conservatoire à l'opposition si elle se manifeste alors que la menace connaît un début de réalisation. Il ne semble pourtant pas logique de lui réfuter une telle qualification sur ce fondement. Le critère préventif accordé à l'acte conservatoire est en réalité susceptible de revêtir une autre acception, dans laquelle la prévention consiste aussi bien à empêcher la menace qu'à en neutraliser les conséquences.

368.- L'opposition peut être qualifiée de préventive indépendamment du moment et de la nature de son intervention. La finalité poursuivie par l'acte conservatoire ne lui commande pas de se situer systématiquement en amont de la menace. L'enfermement du caractère préventif de l'acte conservatoire dans un sens purement chronologique ne satisfait donc pas (paragraphe I) et doit laisser place à une appréciation de la prévention fondée sur les effets poursuivis par l'acte (paragraphe II).

---

[1] G. CORNU, ouvrage précité, V. Conservation. Les exemples cités à titre d'illustration de la notion concernent d'ailleurs l'opposition (ainsi pour conserver ses droits un créancier peut former une opposition à partage, à un jugement, une tierce opposition ou solliciter des mesures conservatoires).
[2] Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 43.

§ I. La réfutation de l'aspect exclusivement chronologique de la prévention

369.- Les termes de conservation et de prévention sont parfois entendus comme synonymes, le premier renvoyant aux actions réalisées afin de sauvegarder un bien ou un droit, et le second à un ensemble de mesures destinées « *à empêcher, ou au moins à limiter, la réalisation d'un risque, la production d'un dommage, (...), en s'efforçant d'en supprimer les causes et les moyens* »[1]. La notion de conservation recoupe celle de prévention. L'action conservatoire ne peut, en effet, être menée à bien que si l'on parvient à préserver un droit de toute altération, ce qui suppose la neutralisation de la menace pesant sur celui-ci. Aussi est-il admis qu'il faut agir préventivement pour conserver. De ce fait, l'avènement du risque éteindrait toute possibilité de conservation au profit de mesures de réparation destinées à compenser le dommage en résultant. L'opposition témoigne, au contraire, de l'existence d'une place pour l'acte conservatoire, même après la réalisation de la menace, sous réserve de la réversibilité de ses effets. Ce faisant, elle souligne les limites liées à une définition strictement temporelle du caractère préventif de l'acte conservatoire. La notion de prévention se voit réduite à un critère chronologique dont on peut douter de la pertinence (A) et qui ne saurait être un élément de distinction à part entière entre mesure conservatoire et mesure de réparation (B).

A. Les limites de l'aspect chronologique de la prévention

370.- Appréhendé comme un acte au caractère préventif, l'acte conservatoire dépendrait d'un critère purement chronologique lui interdisant de recevoir la moindre application, une fois le risque survenu. Il interviendrait nécessairement avant l'accomplissement de la menace dont il se doit d'empêcher tout commencement d'exécution pour parvenir à sa finalité. L'acte ou la mesure survenant *a posteriori* ne pourrait que réparer le dommage, non le prévenir, et par-là même être qualifié d'acte conservatoire[2].

---

[1] G. CORNU, ouvrage précité, V. Prévention.
[2] Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 43, n° 58 et s. ; P.-A. PAGEAUD, « Un aspect de la sécurité juridique : l'acte conservatoire comme acte nécessaire », Th. Poitiers 1941, p. 104, n° 206.

371.- L'intérêt principal du recours à l'acte conservatoire réside, certes, dans sa capacité à neutraliser la menace avant qu'elle ne produise ses premiers effets. L'antériorité de l'acte au risque préjudiciable détermine de surcroît son efficacité. Il faut reconnaître, en ce sens, que l'exercice de l'opposition se conçoit le plus souvent avant que la menace ne fasse ressentir ses premiers effets. A défaut, la conservation des droits de l'opposant se trouve compromise, sans qu'il puisse toujours prétendre à la réparation du préjudice issu de sa défaillance à préserver ses droits. Ainsi, faute de s'opposer au paiement du prix de vente du fonds de commerce entre les mains du vendeur, le créancier compromet ses chances de recouvrement, en laissant la possibilité à son débiteur de dilapider les sommes issues de la cession. Le préjudice subi de ce fait ne justifie pas la moindre réparation. L'acte de disposition du débiteur est *a priori* licite et l'altération portée au droit de gage général du créancier résulte en partie de sa négligence à conserver son droit de créance.

372.- Pour autant, il serait erroné de conclure qu'aucune conservation n'est possible une fois le risque réalisé. L'intervention de l'acte conservatoire en amont de la menace suppose, d'une part, que son auteur ait la faculté de l'anticiper, c'est-à-dire qu'il en ait été informé ou puisse s'en informer, et s'avère, d'autre part, souvent liée à l'irréversibilité de ses effets. L'opposition au paiement, en cas de perte ou de vol de la carte bancaire, conserve un caractère préventif même si elle survient parfois après que les premiers débits aient été effectués. Il en est ainsi lorsque son titulaire ne s'aperçoit pas immédiatement de la disparition de ses moyens de paiement. Elle n'en perd pas moins son caractère préventif puisqu'elle préserve son auteur de tout autre débit, dans le présent comme dans l'avenir.

373.- Autrement dit, une action conservatoire reste possible malgré la réalisation de la menace dès qu'elle ne peut être anticipée et présente un caractère manifestement réversible. De ce fait, l'assertion selon laquelle la réalisation de la menace ne laisse la place qu'à des mesures de réparation ou de sanction doit être nuancée, d'autant plus que les frontières entre ces notions et celles de prévention sont le plus souvent relatives.

B. Les limites de la distinction chronologique entre prévention, réparation et sanction

374.- Le caractère préventif reconnu à l'acte conservatoire conduit à le distinguer assez strictement des mesures curatives ou répressives, à cause de son aspect chronologique. La réalisation de la menace marquerait l'apparition d'une situation dommageable appelant uniquement à des mesures de réparation, voire de sanction, à l'exclusion de toute mesure conservatoire. Le risque cède la place à un préjudice qui, à défaut de pouvoir être écarté, donne lieu à une compensation ou plutôt à une indemnisation, afin de replacer son destinataire dans la situation où il serait si le dommage n'avait pas eu lieu. Le cas échéant, des mesures répressives suivent sa réalisation lorsque son accomplissement révèle la transgression de la règle de droit. Le qualificatif de sanction renvoie à l'idée de réparation précédemment abordée mais aussi, à celle de punition voire de répression dont s'accompagne l'inobservation d'une norme juridique. Les moyens répressifs réparent un trouble causé dans l'ordre juridique. C'est dans ce sens que l'on oppose mesures préventives et répressives, même si le terme de sanction fait, de son côté, l'objet d'autres acceptions[1]. Les frontières entre les notions de prévention, de réparation et de sanction sont en réalité très relatives. Aussi leur distinction ne saurait-elle dépendre de leur moment d'intervention dans le temps, c'est-à-dire avant la réalisation de la menace pour la première et après celle-ci, pour les secondes.

375.- L'assimilation de certaines mesures de réparation à des instruments de conservation, notamment pour les réparations d'entretien, au motif qu'elles conservent en évitant une dégradation totale ou plus grande du bien, tempère déjà la césure opérée entre conservation et réparation[2]. Elle contribue à mettre en exergue l'idée selon laquelle la conservation reste possible, sans perdre son aspect préventif, une fois le risque survenu. Toute faculté de conservation ne s'avère pas vaine, même après la réalisation du dommage. Aussi la conservation n'est-elle pas fonction d'un critère temporel mais du but ou des effets recherchés. A cet égard, le Professeur J. RAVANAS distingue nettement ce qu'il qualifie de sanction de l'atteinte à un droit de la personnalité de sa réparation. La sanction de l'atteinte à un droit de la personnalité n'a pas pour fin « *de réprimer une faute, ni de réparer un*

---

[1] P. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. p. 197-204.
[2] Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 44, n° 59 ; C. PONS BRUNETTI, « L'obligation de conservation en droit civil français », Th. Paris 1992, p. 122, n° 130.

dommage mais de faire cesser l'atteinte envisagée en tant que telle »[1]. Le terme de sanction ici employé pour désigner la cessation de l'illicite rejoint assurément la notion de conservation, en l'absence certes de réparation ou de répression de la faute. Faire cesser l'illicite, en empêchant la continuité de la menace dans le temps, oblige à reconnaître que la menace présente un caractère réversible et que la conservation des intérêts de son titulaire reste possible au moins pour l'avenir. La destruction de documents ou la réalisation de saisies, pour empêcher l'atteinte de se renouveler ou de se pérenniser, participe à la sauvegarde des intérêts de son titulaire et notamment, de son droit au respect de sa vie privée[2]. De telles mesures font obstacle à la réalisation de la menace ou en réduisent les effets. Elles évitent que les éléments de la vie privée ne deviennent publics ou font cesser la continuité de l'atteinte, de telle sorte que celui dont le droit a été méconnu puisse en bénéficier pour le présent, comme pour l'avenir.

376.- Admettre que la réparation comporte parfois un aspect préventif ou que la sanction joue un rôle dissuasif, voire conservatoire, amène également à concéder que la conservation puisse s'accompagner d'un aspect curatif ou répressif. Le droit pénal illustre particulièrement bien les interactions existantes entre les fonctions de répression et de prévention. La sanction pénale, au-delà de son effet répressif immédiat, joue un rôle comminatoire évident qui lui confère des vertus préventives. Il n'est pas impossible de concevoir que la conservation comporte un aspect de réparation, voire de sanction, qui détache la sanction d'une violation déjà accomplie de la règle juridique.

377.- L'opposition à mariage révèle un tel cas de figure. Elle se voit souvent qualifiée de sanction préventive parce qu'elle contrecarre l'inobservation d'une prescription légale. La règle de droit n'a pas encore été méconnue dans les faits par les prétendants au mariage mais un faisceau d'indices traduit l'imminence de sa violation. Il en est ainsi des futurs époux qui accomplissent les formalités nécessaires à la célébration, alors que l'un d'entre eux est encore tenu par les liens d'une union non dissoute ou sollicite le mariage uniquement dans le but d'acquérir la nationalité française. L'opposant, en faisant défense à l'officier de l'état civil de célébrer l'union litigieuse, prévient la violation des dispositions de l'article 147 du Code civil

[1] J. RAVANAS, *J.-Cl. Notarial répertoire*, 1999, Vie privée, Fasc. 20, n° 60.
[2] L'article 9 du Code civil servirait à cet égard de fondement à la cessation de l'illicite et l'article 1382 de fondement à la réparation du dommage causé par la faute. *Ibidem.*

interdisant la bigamie ou celle de l'article 146 du même code[1]. Son acte est assurément préventif. Le contrôle de validité qu'il opère sur le mariage intervient avant l'accomplissement de celui-ci. La norme juridique n'a pas encore été transgressée, aussi ne peut-il y avoir répression, mais seulement prévention d'une violation probable, voire certaine, de la règle de droit. La notion de sanction transparaît en filigrane derrière l'exercice préventif de l'opposition en ce qu'elle paralyse la formation d'un acte illicite. La répression attachée à son exercice s'avère pourtant secondaire. Il ne s'agit pas d'annuler une union célébrée au mépris des dispositions légales mais de préserver l'institution représentée par le mariage de toute dénaturation, afin de permettre sa réalisation dans le respect des conditions légales. Il apparaît d'ailleurs difficilement concevable de sanctionner ou de réprimer une personne sans pouvoir lui reprocher un acte répréhensible accompli. Certains auteurs qualifient donc l'opposition au mariage de « sanction préventive » ou de « mesure de coercition de nature préventive »[2]. Elle s'apparente à un « *effet réflexe du droit objectif* » parce qu'elle assure la sanction des règles juridiques « *en dehors de tout contentieux par le mécanisme interne des institutions* », en obligeant l'officier de l'état civil à refuser toute célébration, sous réserve des suites accordées ultérieurement à l'opposition[3].

378.- L'exemple de l'opposition à mariage révèle la relativité des frontières existantes entre les notions de conservation et sanction. Celui relatif aux réparations d'entretien témoigne de son côté de la relativité des frontières existantes entre les mesures de réparation et conservation. La conservation n'est donc pas exclusive de la sanction, tout comme la réparation ne l'est pas de la conservation. Les liens avérés entre ces deux notions obligent à conclure à l'impossibilité de les distinguer nettement au regard de leur moment d'intervention dans le temps. Par conséquent, le caractère préventif attaché à l'acte conservatoire ne doit pas être considéré uniquement au regard d'un critère temporel mais plutôt, au regard des effets recherchés.

---

[1] Le recours à l'opposition peut également servir à prévenir un empêchement non explicitement mentionné par le Code civil, mais étant considéré comme allant de soi, telle que la différence de sexe entre les deux époux. Le Tribunal de grande instance de Bordeaux a ainsi annulé le mariage homosexuel célébré par le maire de Bègles, en rappelant notamment que « *dès son origine, le Code civil n'énonce pas la différence de sexe comme condition du mariage. Cette différence allait de soi pour les rédacteurs du Code civil, Portalis définissait dans les travaux préparatoires le mariage comme étant la société de l'homme et la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce…* ». Celui-ci s'est également appuyé sur les nombreuses dispositions du Code civil faisant référence à l'homme et à la femme. TGI Bordeaux, 27 juill. 2004, précité.

[2] Sur la qualification de sanction V. M. PLANIOL et G. RIPERT, « Traité pratique de droit civil français, La famille, T. 2, par A. ROUAST, *LGDJ*, 2ème éd. 1952, p. 138, n° 163. A. LAMBOLEY, article précité, n° 9. Sur la qualification de moyen de coercition. V. F. TERRÉ, Introduction générale au droit, Précis DALLOZ, 6ème éd., 2003, n° 609, P. JESTAZ, article précité, p. 199.

[3] P. ROUBIER, « *Droits subjectifs et situations juridiques* », Dalloz 1963, p. 132 et sp. p. 135.

§ II. L'appréhension de la notion prévention au regard de ses effets

379.- Si l'acte conservatoire s'accomplit fréquemment en amont dans le temps, il ne convient pas d'exclure son existence postérieurement à la survenance de la menace. A cet égard, le droit administratif le définit comme celui qui « *empêche l'atteinte ou enraye ses conséquences* »[1]. Peu d'éléments sont avancés sur les modalités d'intervention de l'acte conservatoire dont le rôle consiste à neutraliser les effets d'une menace apparemment réalisée. Il semble, tout au plus, permis de penser qu'elle ait pu avoir des répercussions sur les droits d'autrui et éventuellement, lui porter préjudice. La survenance de la menace n'apparaît pas faire obstacle à l'acte conservatoire dont la mission consiste à « *éviter que les intérêts en cause ne soient définitivement compromis par une dégradation irréversible de la situation* »[2]. Une telle acception a l'avantage de l'autoriser à prendre ses distances par rapport à un critère purement chronologique, dont la pertinence peut être discutée. Celle-ci centre son caractère préventif sur ses effets (A) ; la distinction entre mesures de prévention, de réparation ou de sanction se satisfaisant également d'un tel critère (B).

A. La notion de prévention dépendante des effets de l'acte

380.- Il n'est pas indispensable que l'acte conservatoire précède la réalisation de la menace s'il possède les moyens d'en évincer les conséquences[3]. Dans la majorité des situations, il répond à un risque prévisible dont il anticipe l'accomplissement afin de l'écarter avant toute manifestation de celui-ci. Toute menace prévisible apparaît donc réversible lorsque le droit concède la faculté de s'en défendre au moyen d'un acte conservatoire. Comme le sous-entend le caractère imprévisible de la force majeure, la prévision de l'événement doit en principe permettre à celui qui en est l'objet de prendre toutes les précautions nécessaires afin d'empêcher le dommage de se réaliser ou de résister à ses

---

[1] M. R. TERCINET, « L'acte conservatoire en droit administratif », *LGDJ*, 1979, p. 11.
[2] J. CHEVALIER, sous T.A. Amiens, 25 avril 1975, ROUHETTE et autres, AJDA, 1975, p. 460 cité par M.-R. TERCINET, thèse précité, p. 71.
[3] Le licenciement pour motif économique illustre assez bien l'importance des effets produits par l'acte pour cerner la notion de prévention. Si le plan de sauvegarde de l'emploi intervient certes en amont des licenciements, il consiste aussi bien à écarter la menace qu'à en diminuer les effets en limitant les licenciements, en réduisant leur nombre ou en facilitant le reclassement des personnes dont le licenciement ne peut être évité. C. trav., art. L. 321-4.

effets[1]. Inversement, l'imprévisibilité de la menace la rend souvent irrésistible dans la mesure où il paraît difficile de surmonter ce que l'on n'a pu prévoir. L'imprévisibilité de la menace s'entend *a priori* de façon beaucoup plus compréhensive pour l'acte conservatoire que pour la force majeure, en raison du caractère exonératoire de la seconde, le premier ne jouant qu'un rôle conservatoire. L'absence de prévision de la menace empêche de l'éviter, sans la rendre insurmontable, dès que l'on peut en neutraliser ses effets. L'opposition met en exergue l'importance de l'action conservatoire après la manifestation d'une menace dont les effets s'avèrent réversibles.

381.- La remarque concerne un nombre limité de prérogatives, principalement des droits ou des actions de nature défensive tels que les droits de la personnalité ou les voies de recours, comme l'opposition ou la tierce opposition. Leur examen démontre que la prévention attachée à l'acte conservatoire doit également s'envisager au regard de la finalité poursuivie. La conservation d'un bien ou d'un droit se réalise aussi bien par la mise à l'écart de la menace que de ses effets, s'ils présentent un caractère réversible. Les voies de recours que constituent l'opposition à jugement rendu par défaut et la tierce opposition illustrent assez bien ce cas de figure. Certes, les actions en justice ne sont pas toujours considérées comme ayant un caractère conservatoire, même si certaines d'entre elles ne recherchent pas la réalisation d'un droit et ont un objet conservatoire[2]. L'introduction de la demande en justice ou l'exercice d'une voie de recours présentent cependant un caractère conservatoire, en ce qu'elles préservent l'action ou le droit de contestation[3]. Les voies de recours telles que l'opposition à un jugement rendu par défaut ou la tierce opposition auraient de ce point de vue un caractère conservatoire limité à l'introduction du recours. Le caractère ou non suspensif de la voie de recours importe peu, dans la mesure où celle-ci permet « *d'éviter une modification irréversible de la situation juridique de celui qui les exerce* »[4]. Il faut reconnaître que l'exercice de l'opposition ou de la tierce opposition suffit à conserver les droits de son titulaire. Celles-ci rendent le débat contradictoire à l'égard de leur auteur, quelle que soit la décision finale prononcée par la juridiction statuant ensuite sur les prétentions de l'opposant. En effet, ces voies de recours tendent à assurer le respect des droits de la défense dans des situations où il a été méconnu. Or, il est parfois concédé au droit à la défense un caractère conservatoire. Aussi, son rétablissement vis-à-vis de l'opposant se satisfait-il de

[1] F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, ouvrage précité, n° 582 et n° 798.
[2] Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 65.
[3] Cl. BRENNER, précité, p. 61 et s.
[4] Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 65, n° 99.

l'introduction du recours, sous réserve de sa recevabilité. L'opposition ou la tierce opposition doivent par conséquent être qualifiées de conservatoires. Elles permettent effectivement le respect d'un droit à la défense, avant la réalisation de la situation préjudiciable ou en dépit de sa réalisation, chaque fois qu'il n'est pas possible de l'anticiper et que celle-ci présente un caractère réversible. La localisation dans le temps de l'acte conservatoire n'influe donc pas sur sa capacité à prévenir le dommage qui dépend surtout de son aptitude à effacer le déséquilibre réalisé pour le présent comme pour l'avenir.

382.- La tierce opposition est parfois citée pour illustrer la notion de conservation alors qu'elle survient la plupart du temps après la réalisation du dommage[1]. Au regard d'un critère strictement temporel de la notion de prévention, seule la voie de l'intervention mérite la qualification d'acte conservatoire. Elle offre, en effet, la possibilité au tiers de prendre part à l'instance afin d'éviter qu'une décision contraire à ses intérêts ne soit rendue[2]. La tierce opposition n'a lieu, au contraire, qu'à l'issue de l'instance parce que le jugement porte atteinte au tiers ou risque de lui préjudicier. L'imminence de la lésion, voire la lésion subie par le tiers du fait du jugement, l'autorise à défendre ses droits par le biais de la tierce opposition, sans ôter à l'introduction de son action son caractère conservatoire. Il s'agit pour celui-ci de faire rétracter ou réformer les points du jugement qui lui font grief. Son initiative tend directement à écarter les effets de la décision préjudiciable dans la mesure où ses conséquences sont réversibles. A défaut de pouvoir se protéger efficacement des effets de la décision en s'abritant derrière la relativité de la chose jugée, la protection du tiers passe par la remise en cause de tout ou partie du jugement à son égard ou à celui de l'ensemble des intéressés si la décision est indivisible[3].

---

[1] V. Conservation, G. CORNU, précité. L'auteur précise ainsi que pour la conservation de ses droits un créancier peut faire tierce opposition à un jugement.

[2] L'intervention du tiers peut également procéder de sa mise en cause par l'une des parties afin de lui étendre l'autorité de la chose jugée et de l'empêcher d'attaquer le jugement par la voie de la tierce opposition. J. VINCENT et S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 1155.

[3] N. FRICERO, article précité, n° 172 et spéc. n° 176.

383.- De même, comme il l'a été précédemment souligné, l'opposition du titulaire d'un chéquier ou d'une carte de paiement en cas de perte ou de vol des moyens de paiement a parfois lieu après la réalisation de la menace. En dépit des débits effectués, leur titulaire entend, grâce à son opposition, se préserver de tout retrait pour le présent comme pour l'avenir en faisant obstacle au règlement des formules de chèque ou en mettant fin à toute possibilité de paiement avec sa carte de paiement. Le titulaire des moyens de paiement n'a plus la possibilité de se prémunir contre la menace s'il ne s'oppose pas dès leur disparition, mais seulement au moment où il la constate. Son action n'en reste pas moins préventive et conservatoire dans la mesure où elle tend à neutraliser les effets de la menace. La réversibilité des conséquences produites par la menace tient, en l'espèce, à son échelonnement dans le temps. La même remarque vaut pour l'opposition au traitement de données à caractère personnel utilisées à des fins de prospection[1]. L'opposition s'avère dotée d'un caractère préventif quel que soit le moment de son intervention. Il s'agit pour la personne concernée de préserver son droit à la tranquillité en faisant obstacle, soit au recensement de telles données, soit à leur utilisation à partir d'un moment laissé à sa libre appréciation.

384.- La notion de prévention, inhérente à l'acte conservatoire, paraît pouvoir se détacher de toute action préalable à la menace pour agir, le cas échéant, sur ses effets. Il s'agit de recentrer les caractères qualifiant de l'acte conservatoire, non plus seulement en fonction du temps mais également en fonction des effets produits ou du but poursuivi, ce qui permet de le dissocier des mesures réparatrices ou répressives.

B. La distinction entre prévention et réparation dépendante des effets de l'acte

385.- Les techniques de protection offertes par le droit se scindent en deux catégories distinctes. Les mesures préventives servent à empêcher la réalisation d'un dommage, alors que les mesures répressives ou réparatrices visent à sanctionner l'inobservation de la règle de droit ou à indemniser une personne de son préjudice en la replaçant, si possible, dans la situation initiale. La capacité de l'acte conservatoire à écarter la menace ou les effets issus de sa réalisation le distingue des mesures répressives ou réparatrices qui ne peuvent remédier, même rétroactivement, au déséquilibre momentanément réalisé.

[1] Article 38, L. n° 2004-801 du 6 août 2004 : *JO* du 7.

386.- Le critère de distinction entre conservation et réparation réside dans leur aptitude ou non à faire disparaître le dommage, cette qualité étant seulement conférée à l'acte conservatoire en raison de son caractère préventif. Cela suppose que la menace ne se soit pas réalisée au moment où il intervient ou qu'à défaut, il efface le déséquilibre crée en faisant obstacle à sa continuité ou à son renouvellement[1]. L'acte conservatoire ne parviendra à faire disparaître le déséquilibre crée que si la menace persiste à produire des effets dans le temps et présente un caractère réversible. Il agit, à cet effet, sur la source du préjudice, non sur sa matière[2]. Il peut être qualifié de préventif après la réalisation de la situation dommageable s'il cherche à l'écarter, sans se soucier du préjudice en résultant et de son éventuelle réparation.

387.- Les voies de recours telles que l'opposition à un jugement rendu par défaut ou la tierce opposition constituent, à ce titre, des actes conservatoires à part entière. Le défaillant à l'instance a, en principe, connaissance de l'existence d'un jugement rendu par défaut à son encontre seulement après sa notification. Il dispose alors d'un délai d'un mois pour former opposition afin de faire valoir ses moyens de défense et d'obtenir, si possible, la rétractation de la décision par défaut[3]. L'opposition pourrait *a priori* être assimilée à une voie de réparation. L'atteinte au principe du contradictoire a déjà été réalisée et le recours conservatoire nécessite un intérêt à agir, matérialisé par le grief causé par la décision rendue au défaillant. Ces éléments ne suffisent pourtant pas à ôter à l'action de l'opposant tout caractère conservatoire. L'opposition est mise à sa disposition pour lui permettre d'exercer son droit à la défense, voire pour écarter la décision préjudiciable. Elle s'attache à restaurer le principe du contradictoire. Aussi l'opposition critique moins le premier jugement qu'elle ne lui reproche son caractère erroné, faute pour le défaillant d'avoir pu être entendu[4].

---

[1] Ainsi, l'opposition concédée implicitement par la jurisprudence au salarié licencié irrégulièrement, pour faire échec à la garantie d'emploi prévue par l'article L. 122-12 du Code du travail lors d'un transfert d'entreprise, ne lui permet pas d'obtenir la réparation de son préjudice. Faute d'avoir pu obtenir l'exécution de son contrat aux conditions antérieures le salarié, une fois l'illicéité de la situation constatée, a la possibilité d'accepter le transfert de son contrat aux conditions antérieures ou de le refuser s'il n'y va plus de son intérêt, notamment parce que l'exécution n'apparaît plus satisfactoire. L'option qui lui est offerte dans les modalités de conservation de son droit à l'emploi passe par un choix entre une exécution en nature ou par équivalent. Elle ne compense pas le préjudice subi du fait de la perte irrégulièrement de l'emploi entre le moment où celle-ci est prononcée et celui où elle est « sanctionnée », aussi l'auteur du licenciement illégal doit-il réparer le préjudice en résultant. Cf. G. PIGNARRE, « Licenciements privés d'effets en cas de transfert d'entreprise : la revanche du droit des contrats. Réflexions suscitées par l'arrêt Maldonado », *D.* 2003 chron. p. 14-20. Cass. soc. 20 mars 2002.

[2] Sur la distinction entre la réparation et la suppression de la situation illicite à raison de l'action de la première sur la matière du préjudice et de l'action de la seconde sur sa source V. M-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *« Essai sur la notion de réparation* », Préf. P. HÉBRAUD, LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 135, 1974, p. 212 et s.

[3] NCPC, art. 571 à 578.

[4] J. BARRÈRE, « La rétractation du juge civil », *Mélanges HÉBRAUD*, Dalloz, 1981, p. 1.

L'opposition permet au juge de se prononcer en pleine connaissance de cause et, le cas échéant, de rétracter sa position initiale au vu des éléments fournis par l'opposant. Son action demeure conservatoire jusqu'à la forclusion du délai laissé à la formation de l'opposition, au motif que durant ce laps de temps, l'atteinte portée à son droit à la défense demeure réversible. Il s'applique à conserver et non à réparer. C'est aussi pour cela que son intervention suspend la décision rendue par défaut, sauf en cas d'exécution provisoire, afin qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit sur le litige par le tribunal initialement saisi de celui-ci[1]. Le défaillant entend seulement faire valoir ses moyens de défense en demandant au tribunal un examen nouveau et intégral de l'affaire au fond. L'opposition efface la menace, non en anéantissant le jugement initial, mais en soumettant à nouveau l'entier litige à l'appréciation des juges afin de voir rétracter, le cas échéant, le jugement primitif. Le principe du contradictoire rétabli, l'opposant a pu effectivement conserver son droit à la défense, en étant replacé dans la situation initiale, voire conserver ses intérêts lésés par le jugement primitif si celui-ci est rétracté. La conservation des prérogatives du défaillant s'accompagne parfois de mesure de réparation, en cas de rétractation du jugement primitif, notamment en vue de revenir sur les actes d'exécution réalisés ou d'indemniser le défaillant du préjudice subi à la suite d'une exécution précipitée et intempestive du jugement rétracté[2].

388.- Des arguments similaires peuvent être avancés à propos de la tierce opposition[3]. Cette voie de recours extraordinaire permet à une personne qui n'a été ni partie, ni représentée à l'instance, de demander au juge de modifier une décision afin d'empêcher qu'elle ne lui fasse grief. La tierce opposition est souvent envisagée comme une mesure de réparation dans la mesure où elle survient après le prononcé du jugement[4]. Il reste cependant possible de distinguer des degrés dans la prévention, laissant au tiers le choix d'intervenir à l'instance ou de s'opposer ultérieurement au jugement, s'il n'en a pas eu connaissance avant d'en subir les premiers effets ou s'il a légitimement cru pouvoir les éviter en s'abritant derrière l'effet relatif de la chose jugée. Une fois de plus, le moment de l'intervention ne détermine pas la nature de l'action. En s'opposant, le tiers s'efforce de faire respecter son droit à la défense, faute d'être intervenu au procès ou d'y avoir été correctement représenté. Il n'entend pas agir sur le préjudice lui-même, mais sur sa source en obtenant la suppression de la situation dommageable. Il tente de la faire disparaître, en détruisant l'opposabilité de la

[1] Outre le fait que l'effet suspensif est propre aux voies de recours ordinaires.
[2] Cass. req., 3 fév. 1863 : *DP* 1863, I, p. 163 ; Cass. soc., 23 mai 1957 : *Bull. civ*. V, n° 577.
[3] NCPC, art 582 à 592.
[4] J. VINCENT et S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 1485.

décision judiciaire à son égard, sans directement chercher à obtenir la réparation ou la sanction du préjudice qu'elle crée. La notion de sanction resurgit néanmoins derrière la tierce opposition lorsqu'elle est ouverte à des tiers dont la représentation a été trahie, notamment en cas de fraude du représentant[1]. Dans l'hypothèse où l'action introduite par le tiers aboutit, l'atteinte portée à ses droits est esquivée grâce à la rétractation ou à la réformation du jugement. L'auteur de la tierce opposition se désintéresse de la compensation liée à la menace ou au préjudice représenté par le jugement. Sa demande tend directement à les neutraliser en raison de leur réversibilité.

389.- La distinction entre conservation et réparation s'avère également indépendante du moment d'intervention de l'acte lorsque l'opposition cherche à neutraliser les débits effectués après la perte ou le vol des moyens de paiement. En présence d'un vol ou d'une utilisation frauduleuse d'un chéquier, cette dernière répond directement à des agissements illicites. L'opposition reste cependant détachable de l'idée de sanction ou de réparation : elle ne se soucie pas de punir le vol, la fraude ou d'obtenir la restitution des sommes indûment prélevées[2]. L'opposition a pour unique finalité de préserver l'actif patrimonial de son titulaire en faisant obstacle à la réalisation des effets préjudiciables issus de la disparition de ses moyens de paiement. Le droit d'opposition tend à mettre un terme à leur utilisation sans rechercher à réprimer l'utilisateur frauduleux. Le fait est retenu dans sa seule matérialité indépendamment de sa qualification juridique. L'opposition se charge seulement de faire disparaître la menace et se trouve étrangère à toute intention de répression[3].

390.- L'opposition peut être qualifiée d'acte conservatoire dans la mesure où le caractère préventif auquel elle répond constitue un élément caractéristique de l'acte conservatoire, qu'il convient d'appréhender au travers de ses effets et non d'un seul critère chronologique. L'acte conservatoire et, *a fortiori*, le droit d'opposition ne permettent pas de réparer le préjudice ou de le sanctionner. Ils sont motivés par la volonté de sauvegarder. Aussi la menace ne doit-elle pas être intervenue et, à défaut, doit-elle être réversible. L'acte conservatoire entretient des liens avec la notion de sanction sans se confondre avec elle, dans

---

[1] Cf. *supra* § 184.

[2] Le titulaire d'une carte de paiement dispose à cet effet d'une action en contestation lui permettant d'obtenir la restitution des sommes prélevées, en cas de paiement frauduleux à distance et sans utilisation physique de la carte. C. mon. et financier, art. L. 132-4.- Sur les possibilités de réparation pour le porteur d'un chèque faux ou falsifié dont le paiement a été réalisé cf. M. CABRILLAC, article précité, n° 435 et s.

[3] Pour un parallèle avec les mesures préventives en droit administratif. Cf. M. -R. TERCINET, thèse précitée, p. 11 et s.

les situations où il intervient malgré un début de réalisation de la menace. Les rapports au temps de celui-ci, loin de s'exprimer sous le seul aspect préventif de l'acte, ont parfois conduit à l'assimiler au provisoire.

Section II

L'acte conservatoire indifféremment provisoire

391.- Les rapports au temps de l'acte conservatoire se sont traduits par sa qualification d'acte préventif, comme nous l'avons précédemment évoqué, et par celle d'acte provisoire. L'emploi de ce terme mérite quelques éclaircissements, tant le provisoire est susceptible d'acceptions variées. Il s'utilise surtout en procédure civile pour désigner ce qui peut être modifié par une décision de justice en raison de la survenance d'un fait nouveau ou encore, dans un sens particulier, afin de renvoyer aux mesures ordonnées pour le cours de l'instance[1]. Pour saisir la notion de provisoire au regard de l'acte conservatoire, il convient de se référer à sa conception la plus large. Le provisoire renvoie alors au temporaire et constitue une mesure d'attente du définitif. L'acte conservatoire serait, à ce titre, provisoire dans la mesure où ses effets n'ont ni vocation à durer, ni à atteindre le fond du droit en raison même de la durée de vie limitée de l'acte[2].

392.- Le caractère provisoire de l'acte conservatoire, quelle que soit l'acception retenue de celui-ci, a pourtant été remis en cause par le Professeur Claude BRENNER. L'acte conservatoire ne peut être qualifié comme tel, à défaut d'être toujours temporaire, révisable ou de prendre la forme d'une mesure ordonnée par un juge non lié au principal[3]. L'examen de l'opposition corrobore une telle assertion, ses effets étant tantôt provisoires, tantôt définitifs selon l'intensité de la menace à laquelle elle répond. Les recherches menées par Madame Laure MERLAND sur le provisoire en droit privé l'ont cependant conduite à formuler une autre proposition où le provisoire absorbe entièrement le conservatoire. L'auteur établit ainsi une dichotomie entre les actes conservatoires dont les effets sont nécessairement provisoires et les actes de conservation aux effets définitifs. De ce point de vue, l'opposition ne pourrait plus être systématiquement qualifiée d'acte conservatoire et il conviendrait de l'envisager comme un acte de conservation chaque fois qu'elle produit des effets définitifs.

---

[1] G. CORNU, ouvrage précité, V. Provisoire.
[2] En ce sens A. PAGEAUD, thèse précitée, n° 220.- M.-R. TERCINET, thèse précitée, p. 145 et s.
[3] Voir à ce sujet les arguments avancés par le Professeur Claude BRENNER, ouvrage précité, p. 84.

393.- L'analyse de l'opposition conforte néanmoins l'idée selon laquelle il est impossible de qualifier l'acte conservatoire au moyen d'un critère temporel. Elle s'avère, par conséquent, en concordance avec l'opinion qui dément à l'acte conservatoire un caractère exclusivement provisoire (paragraphe I) ; toute tentative de dissociation entre le conservatoire et la conservation, fondée sur l'effet ou non provisoire de l'acte, apparaissant inopportune (paragraphe II).

§ I. La réfutation du caractère provisoire de l'acte

394.- La difficulté parfois rencontrée pour détacher l'acte conservatoire du provisoire tient en partie au caractère accessoire du premier. En droit administratif, l'acte conservatoire vient toujours se greffer sur une décision à venir de l'administration ou du juge dont il se doit de garantir l'efficacité[1]. Le plus souvent, le conservatoire s'assimile à une mesure provisoire car il dure le temps nécessaire au prononcé de la décision définitive et organise l'attente de celle-ci. Hormis les cas où il ne préserve pas instantanément les droits de son titulaire, il obéit à des considérations similaires en droit civil. L'opposition à partage ou au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce réalise ainsi des conséquences essentiellement provisoires. Elle fait temporairement obstacle au paiement entre les mains de l'héritier ou du débiteur, dans l'attente de l'ouverture d'une procédure de distribution des deniers. A l'inverse, le droit d'opposition des organisations de salariés majoritaires à une convention ou un accord collectif de travail anéantit définitivement le texte signé par un ou plusieurs syndicats minoritaires : l'acte est réputé non écrit[2]. Aussi, si l'acte conservatoire et le provisoire ont parfois été assimilés, en considération de leur faculté respective à réserver l'avenir, ils ne sauraient pour autant se confondre. La conservation ne passe pas exclusivement par des actes provisoires, tout comme le provisoire ne témoigne pas toujours d'un souci de conservation[3].

395.- Le caractère provisoire de l'acte conservatoire a donc été contesté quelle que soit l'interprétation que l'on en retienne. Provisoire, l'acte conservatoire ne le serait pas à défaut de pouvoir être considéré comme un acte révisable, temporaire ou dépourvu d'autorité de la chose jugée au principal. L'acte conservatoire ne s'identifie pas au provisoire, à défaut de pouvoir être révisé, lorsqu'il ne prend pas la forme d'une décision de justice ou réalise ses

---

[1] M.-R. TERCINET, thèse précitée, p. 16.
[2] C. trav., art. L. 132-2-2.
[3] L. LORVELLEC, « Remarques sur le provisoire en droit privé, *Etudes dédiées à A. WEIL*, Dalloz, 1983, p. 26, note 74.

effets en un seul trait de temps[1]. La réfutation d'un tel qualificatif à l'acte conservatoire tient également à ses conséquences juridiques. L'acte conservatoire se détache du provisoire faute de prendre les traits d'un acte temporaire (B), mais aussi en raison de l'assimilation excessive faite entre le caractère provisoire d'une décision dépourvue d'autorité au principal et celui de l'acte conservatoire, au motif qu'il ne produit aucun retentissement au fond (A).

A. La relativité du lien entre le provisoire et l'absence de retentissement au fond de l'acte

396.- Le provisoire se voit souvent doté d'une connotation procédurale parce qu'il renvoie aux mesures prises pour le cours de l'instance ou aux décisions dépourvues de l'autorité de la chose jugée au principal[2]. C'est d'ailleurs dans ce dernier sens que l'on rapproche souvent le conservatoire du provisoire dans la mesure où celui-ci ne cause pas de préjudice au fond. Cependant, comme l'a souligné le Professeur Claude BRENNER, l'assimilation ne vaut que pour les mesures conservatoires prononcées par un juge non saisi du principal et devient critiquable lorsqu'on la généralise à l'ensemble des actes conservatoires[3].

397.- Qualifier l'acte conservatoire de provisoire au motif qu'il ne crée pas de préjudice au fond revient à ôter toute considération temporelle au provisoire. Un acte est en principe dit provisoire lorsqu'il est susceptible d'être remis en cause : il ne perdure donc pas nécessairement dans le temps et s'oppose au définitif. Le provisoire est détourné de son sens lorsqu'il sert à qualifier l'acte conservatoire au motif qu'il n'affecte pas le fond du droit. Une chose est d'attribuer un caractère provisoire à une décision susceptible d'être remise en cause par le juge du principal et par conséquent non définitive, une autre est de l'étendre à tous les actes conservatoires sous prétexte qu'ils ne compromettent pas le fond du droit. Le provisoire ne saurait être détaché de toute référence au temps parce qu'il se présente, au contraire, comme un droit dérogatoire au définitif et comme un droit d'attente du définitif.

---

[1] Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 85.
[2] R. PERROT définit ainsi la décision provisoire comme celle qui *« peut toujours être révisée, modifiée, rétractée par l'effet d'une autre décision […]. Et finalement, le provisoire exprime moins une parenthèse dans la durée qu'une réserve potentielle sur l'avenir* ». « Du provisoire au définitif », *Mélanges offerts à P. DRAI*, Dalloz, 2000, p. 447 et s.
[3] Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 86.

Il y a donc un abus de langage à arguer de l'absence de modification au fond de l'acte conservatoire pour lui conférer un caractère provisoire.

398.- Le rattachement de l'acte conservatoire au provisoire tient également à la considération selon laquelle il affecterait seulement la situation en fait et non le fond du droit[1]. Il ne modifierait que provisoirement l'état des choses existant ou les prérogatives d'un individu sur son bien, notamment en apportant des restrictions à son pouvoir de disposition. L'opposition au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce illustre parfaitement ce cas de figure puisqu'elle neutralise momentanément le pouvoir de disposition du débiteur sur une partie de son patrimoine, en l'empêchant de percevoir le prix de cession immobilisé entre les mains du notaire. Il ne faut pas en déduire que l'acte conservatoire ne produit aucun effet juridique. Au contraire, sa finalité conservatoire l'oblige parfois à influer sur les rapports de droits existants. Certes, il ne saurait altérer la situation juridique de son titulaire qu'il a pour mission de préserver[2]. Cependant, la protection des prérogatives de son auteur lui impose d'avoir des effets qui dépassent quelquefois une simple modification de la situation en fait, ne serait-ce que parce que la conjuration de la menace nécessite *« d'agir juridiquement »*[3]. Ainsi, la mise à l'écart du principe du contradictoire oblige parfois l'opposant à user de voies de recours, pour conserver ses intérêts, dont les conséquences dépassent une simple modification de la situation en fait. L'introduction d'une voie de recours à titre conservatoire, comme l'opposition à un jugement par défaut, permet au défaillant de faire valoir ses moyens de défense et peut conduire à modifier la situation en fait et en droit si le juge revient sur le jugement initial. Si l'acte conservatoire ne cause pas de préjudice à son titulaire, il ne saurait être sans incidence sur les rapports de droit et doté, de ce point de vue, d'un caractère provisoire.

399.- La réfutation du caractère provisoire de l'acte conservatoire ressort surtout de la confusion faite entre le provisoire et l'absence de retentissement au fond de l'acte. L'acte conservatoire pourrait alors être qualifié de provisoire au regard de l'acception la plus large de ce terme, qui renvoie au temporaire. Les effets définitifs issus de l'exercice de l'acte conservatoire témoignent indirectement de la relativité de son caractère temporaire.

---

[1] A. PAGEAUD, thèse précitée, p. 106 et s.
[2] Cl. BRENNER, *ibidem*.
[3] Cl. BRENNER, ouvrage précité, n° 72 et n° 150 et s.

B. La relativité du caractère temporaire de l'acte

400.- L'assimilation du provisoire à une mesure temporaire, même si les deux notions ne sont pas réellement synonymes, résulte de sa durée de vie limitée puisqu'il disparaît avec l'avènement de l'acte définitif[1]. L'acte conservatoire serait provisoire au motif qu'il ne produit jamais de conséquences définitives. Ses effets apparaissent relatifs dans le temps. Il est facile de le faire cesser sans formalités compliquées. Une fois le danger écarté, le droit commun reprend son emprise[2]. L'acte conservatoire dure seulement le temps nécessaire à la disparition de la menace ou à la survenance de la mesure définitive au fond.

401.- Là encore, l'analogie entre conservatoire et provisoire doit d'être nuancée. Le caractère temporaire prêté à l'acte conservatoire résulte de la mise à l'écart des actes conservatoires à exécution instantanée, seuls ceux à exécution continue étant susceptibles d'être qualifiés de temporaires[3]. Il semble alors erroné d'accorder à l'acte conservatoire un caractère temporaire, s'il concerne seulement certaines espèces à l'exclusion du genre. L'acte conservatoire ne saurait être provisoire chaque fois qu'il emporte des effets définitifs ou se réalise en un seul trait de temps. Il ne se situe plus dans une perspective d'attente du définitif propre au provisoire. L'interruption de prescription est l'exemple cité par excellence pour réfuter toute assimilation de l'acte conservatoire au provisoire. Elle préserve les droits de son auteur sans constituer *« le préalable d'un acte ou d'une décision à intervenir sur le fond du droit conservé »*[4]. La même remarque sied parfaitement au droit d'opposition à une convention ou un accord collectif signé par une organisation syndicale minoritaire. Dans ces situations, l'opposition ne s'analyse pas comme un droit d'attente du définitif et assure immédiatement et définitivement la conservation des droits de son titulaire.

402.- La disparition de la menace et le retour à l'application des règles de droit commun qui en découle ne suffit pas à considérer le conservatoire comme provisoire. L'anéantissement de la menace épuise les effets de l'opposition et laisse intacts les droits de son auteur, sans forcément laisser de traces de l'acte conservatoire. On ne saurait en déduire son caractère provisoire puisque l'extinction de la menace l'aura amené, au contraire, à

---

[1] Ainsi L. MERLAND distingue le provisoire du temporaire, ouvrage précité, p. 299. R. PERROT, article précité, p. 447.
[2] A. PAGEAUD, thèse précitée, p. 109.
[3] M.-R. TERCINET, thèse précitée, p. 147.
[4] Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 87.

réaliser des effets définitifs à l'égard de son destinataire. La réalisation de l'acte conservatoire peut conduire à une application renouvelée des règles de droit commun et ce, en dépit de ses effets parfois temporaires, parce qu'il retentit sur les rapports juridiques existants. Ainsi, le créancier du vendeur d'un fonds de commerce, qui préserve son droit de gage en s'opposant, sera le plus souvent désintéressé lors d'une procédure de distribution par contribution des deniers qui n'aurait pas nécessairement eu lieu en l'absence d'opposition. De même, l'anéantissement de l'accord minoritaire frappé par l'opposition des majoritaires devrait rénover en pratique, si ce n'est en principe, l'application des règles de droit commun. La signature syndicale majoritaire doit se substituer à la signature minoritaire et impose aux partenaires sociaux de parvenir à un compromis, sous peine de voir l'opposition réitérée en présence d'un nouvel accord minoritaire ou la négociation collective freinée face à la situation de *statu quo* issu du désaccord[1]. Chaque fois qu'un ou plusieurs syndicats possèdent la qualité de majoritaire au sein de l'entreprise, ils détiennent un droit de contrôle sur la validité de l'accord de part leur droit à le ratifier ou à l'anéantir. A défaut de pouvoir être les « seuls » signataires de conventions et d'accords collectifs, un tel droit risquant de scléroser la négociation collective, notamment dans les entreprises où les syndicats ne peuvent réunir la majorité requise, ils ont la possibilité d'opposer avec une force particulière leur droit à être les signataires privilégiés des conventions collectives aux autres acteurs sociaux. La même remarque vaut pour l'acte interruptif de prescription. Il conserve les droits de son auteur en renouvelant l'application des règles de droit commun. A compter de son accomplissement, le délai écoulé ne compte plus, de sorte que si la prescription recommence, un nouveau délai démarre sans considération de celui précédemment écoulé.

403.- Enfin, la relativité du caractère temporaire de l'acte conservatoire transparaît assez bien dans l'opposition à l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire. En présence d'une opposition, l'héritier doit payer dans l'ordre et de la manière réglée par le juge, à moins que les créanciers ne s'entendent à l'amiable à cet effet[2]. Cependant, si un seul créancier forme opposition, l'héritier a la possibilité de le désintéresser directement. L'acte conservatoire épuise ses effets en un seul trait de temps et il ne peut être qualifié de temporaire, à défaut de s'inscrire dans une situation d'attente. A l'inverse, en présence de plusieurs créanciers opposants, l'acte conservatoire prend un caractère temporaire. Il interdit à l'héritier bénéficiaire de procéder au paiement des créanciers et immobilise entre ses mains

[1] V. notamment P.-H. ANTONMATTEI, article précité, *LPA*, 14 mai 2004, n° 97, p. 12.
[2] M. PLANIOL et G. RIPERT, ouvrage précité, t. V, n° 441 ; M. GORÉ, article précité, n° 144.

l'actif successoral disponible dans l'attente d'un règlement amiable entre les créanciers ou de l'ouverture d'une procédure de distribution des derniers. Le *statu quo* provoqué par l'opposition ne cesse qu'au terme de la répartition des deniers qui assure la conservation définitive et utile du droit de créance des opposants. L'opposition prend alors les traits d'un acte temporaire et organise l'attente de la mesure définitive, c'est-à-dire de la répartition de l'actif successoral.

404.- La réfutation du caractère provisoire de l'acte conservatoire tient aussi bien à son accomplissement en un seul trait de temps qu'à sa capacité à produire des conséquences juridiques définitives retentissantes sur les rapports de droit. Finalement, l'acte conservatoire et le provisoire se rejoignent lorsque le premier a une durée limitée dans le temps et se séparent si le conservatoire prend les allures d'une mesure définitive. Pour certains auteurs, il ne faudrait pas en déduire l'absence de caractère provisoire du conservatoire mais plutôt, celle du défaut de caractère conservatoire des actes aux effets juridiques définitifs. L'opposition serait conservatoire lorsqu'elle emporte des effets provisoires et correspondrait à un acte de conservation chaque fois que ses effets relèvent du définitif. La distinction proposée entre conservatoire et conservation, issue des effets ou non provisoires de l'acte, nous paraît cependant devoir être réfutée.

§ II. La réfutation de la distinction entre conservatoire et conservation, issue du provisoire

405.- Le caractère provisoire du conservatoire a été mis en avant par Madame Laure MERLAND qui écarte du conservatoire tous les actes aux effets définitifs, ces derniers s'identifiant à des actes de conservation. La distinction avancée a le mérite de renouveler la notion de l'acte conservatoire au regard de ses effets, sans pour autant convaincre de l'intérêt de la distinction proposée entre conservatoire et conservation au regard des effets provisoires ou non de l'acte. Il convient donc d'en exposer le principe (A) avant d'évoquer ses limites (B).

A. Le principe de la distinction entre conservatoire et conservation

406.- La séparation opérée entre les actes conservatoires et ceux de conservation part du constat, établi par une partie de la doctrine, selon lequel l'acte conservatoire et le provisoire ont un large champ d'application en commun sans se recouper totalement. Ce constat résulte du regroupement des actes conservatoires sous la notion de conservation, sans départir ceux dont les effets sont définitifs de ceux aux effets provisoires. Pour Madame Laure MERLAND, il conviendrait au contraire de différencier les actes conservatoires selon leurs effets définitifs ou provisoires. Seuls les seconds relèveraient de la catégorie des actes conservatoires, alors que les premiers correspondraient à des actes ou des mesures de conservation. Le conservatoire se détacherait de la notion de conservation pour être intégralement absorbé par le provisoire, dont il constituerait l'une des manifestations[1].

407.- La distinction proposée en induit une seconde relative aux droits sauvegardés. Les actes de conservation protégeraient l'existence de droits définitifs contre une disparition ou un amenuisement, alors que les actes conservatoires préserveraient l'exécution de droits éventuels à l'existence encore incertaine[2]. L'interruption de prescription relèverait, à ce titre, des actes de conservation et non, des actes conservatoires. Comme pour cette dernière, certaines oppositions, telles celles relatives aux moyens de paiement ou aux accords collectifs minoritaires, devraient alors être regardées comme des actes de conservation. Il serait même possible de ne voir dans l'opposition qu'un acte de conservation dans la mesure où un droit éventuel ne suffit généralement pas pour l'exercer. Une créance certaine en son principe est ainsi exigée pour former opposition au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce ou au partage. Aussi, l'existence d'un droit éventuel doit-elle être considérée comme un minimum pour exercer l'acte conservatoire, sans empêcher les titulaires d'une créance certaine en son principe, voire d'une créance certaine, liquide et exigible de recourir à celui-ci. A défaut, le champ d'application réservé à l'acte conservatoire se voit considérablement restreint, outre qu'il est possible de douter de l'opportunité de la distinction réalisée entre conservatoire et conservation.

---

[1] Sur les autres fonctions du provisoire voir L. MERLAND, ouvrage précité.
[2] L. MERLAND, ouvrag précité, n°107 et s.

B. Les limites de la distinction entre conservatoire et conservation

408.- La distinction suggérée entre conservatoire et conservation apparaît, sous certains de ses aspects, relative. L'utilité de la dichotomie établie n'apparaît guère opportune dans la mesure où elle ne débouche pas sur une différence de régime ou de finalité des actes en question. Il aurait été tout aussi possible de qualifier les actes « dits de conservation » d'actes conservatoires aux effets définitifs.

409.- Il est assez discutable, de surcroît, de lier l'effet définitif ou provisoire de l'acte à la nature du droit à conserver. C'est, en réalité, l'effet contraignant produit par l'acte conservatoire à l'égard de son destinataire qui amène à se montrer plus ou moins rigoureux sur la nature du droit requis pour accomplir tel ou tel acte conservatoire. Comme il l'a été précisé précédemment, l'acte conservatoire provisoire ne protège pas seulement l'exécution de droits éventuels, c'est-à-dire de droits dont l'existence est incertaine ou « *n'est pas définitivement avérée* »[1], mais également de ceux reposant, par exemple, sur une créance certaine en son principe. Les oppositions à partage ou au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce requièrent une créance certaine en son principe, malgré l'admission de quelques tempéraments plus ou moins contestés[2]. Certes, le titulaire d'un droit en formation, c'est-à-dire d'un droit éventuel ou conditionnel, a la possibilité de recourir à l'acte conservatoire pour le préserver. Cependant, de tels créanciers ne sont pas toujours autorisés à se prévaloir de n'importe quel acte conservatoire pour protéger leur droit de créance. L'avenir incertain de leur prérogative leur interdit de recourir à des actes conservatoires aux effets particulièrement contraignants à l'égard du débiteur.

410.- Ainsi, les actes conservatoires qui se traduisent par une mesure d'indisponibilité *a fortiori* temporaire, comme les oppositions précitées, sont en principe refusés aux créanciers titulaires de droits en formation. La contrainte particulière créée par l'indisponibilité pour son destinataire, alors qu'il n'est pas encore dans les liens de l'obligation et ne le sera peut être pas, justifie que le créancier s'appuie sur un droit dont la réalisation se situe à brève échéance[3]. Restreindre le rôle de l'acte conservatoire à la protection des droits éventuels revient à l'enfermer dans un champ d'application relativement

[1] Cl. BRENNER, ouvrage précité, p.261.
[2] Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 251, note 125.
[3] V° à ce sujet les développements de Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 251 et 252.

réduit. Ce sont par conséquent les effets plus ou moins rigoureux produits par l'acte conservatoire qui l'amènent à se montrer plus exigeant sur la nature des droits à conserver. Il ne faut donc pas lier l'acte conservatoire à la protection de l'exécution de droits éventuels. L'exigence d'un droit en formation constitue un minimum pour l'exercer, sans toujours être suffisant.

411.- La distinction entre conservatoire et conservation apparaît indépendante de celle relative à la nature des droits à protéger. Dès lors, elle ne servirait plus qu'à dissocier les actes selon leur effet provisoire ou définitif. Or, l'effet provisoire ou définitif de l'acte à finalité conservatrice tient plus à l'intensité de la menace qu'à la nature du droit à protéger. L'acte conservatoire répond effectivement de manière toujours proportionnée à la menace pesant sur les droits de son titulaire[1].

412.- L'opportunité de la distinction proposée au vu de la consécration parfois définitive des effets provisoires du conservatoire, le transformant *a posteriori* en une mesure de conservation, apparaît discutable. L'utilité avérée de l'acte conservatoire amène, dans certains cas, le Droit à conférer à ses effets provisoires un caractère définitif[2]. Un des exemples cités pour illustrer cette « *définitivisation* » du conservatoire concerne le contrat éventuel devenu définitif : « *rétrospectivement, le contrat qui protégeait son exécution était donc lui aussi définitif, parfait* »[3]. La consécration définitive des effets provisoires de l'acte conservatoire marquerait ainsi sa transformation en acte de conservation. La distinction faite entre l'acte conservatoire et l'acte de conservation, au regard de l'effet provisoire du premier et de l'effet définitif du second, apparaît dès lors très relative. Il en est de même lorsque l'acte conservatoire devient définitif de fait. Ainsi, les parties satisfaites par la décision provisoire rendue par le juge des référés renoncent quelquefois à l'obtention d'une mesure définitive au fond, conférant à la mesure conservatoire un caractère définitif comparable à celui de la conservation[4].

---

[1] Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 125 et s.
[2] L. MERLAND, ouvrage précité, p. 418.
[3] L. MERLAND, précité, p. 419.
[4] L. MERLAND, ouvrage précité, p. 422.

413.- Les effets définitifs ou provisoires de l'acte conservatoire influent plus sur la manière dont le conservatoire se manifeste qu'ils ne créent deux catégories d'actes juridiques différents. Le conservatoire et la conservation poursuivent la même finalité et relèvent tous deux d'un régime qualifié de dérogatoire. Les deux notions s'avèrent interdépendantes et il ne convient pas de les dissocier, à moins de faire de l'acte de conservation une catégorie juridique véritablement distincte de l'acte conservatoire, autrement que par la nature définitive de ses effets. Le caractère provisoire ou définitif des effets de l'acte tient moins à une dualité de nature profonde qu'à l'obligation faite au conservatoire de répondre de manière proportionnée à l'intensité de la menace à écarter. Dès lors, le caractère provisoire ou définitif de l'opposition apparaît indifférent. Seule compte sa capacité à prévenir la réalisation de la menace ou à empêcher la continuité des effets, dès qu'elle n'est pas irréversible.

Conclusion du Chapitre

414.- Indépendamment de son caractère strictement préventif ou provisoire, l'opposition se présente comme un acte conservatoire en raison de la nécessité de relativiser le caractère temporel accordé à ce dernier. Certes, l'aspect préventif de l'acte conservatoire lui impose d'intervenir le plus souvent en amont de la réalisation de la menace. Ce principe se retrouve d'ailleurs lors de l'exercice de l'opposition. Pourtant, celle-ci met en exergue les faiblesses du critère strictement chronologique accordé à la notion de prévention dans la mesure où la conservation peut intervenir, en dépit de la réalisation de la menace, chaque fois que celle-ci apparaît réversible. L'opposition agit alors directement sur la source du préjudice et non sur le préjudice lui-même, se détachant ainsi des mesures de sanction ou de réparation. Le caractère préventif accordé au conservatoire doit, en réalité, être interprété à l'aune de ses effets et non, de son moment d'intervention dans le temps. Sa relativité ressort également de la réfutation de son caractère provisoire et l'examen de l'opposition conforte à cet égard les positions d'une partie de la doctrine[1].

415.- Le conservatoire se distingue, dans un premier temps, du provisoire à défaut de pouvoir être révisé notamment lorsqu'il ne s'exprime pas sous la forme d'un acte juridictionnel. Il ne saurait l'être, dans un second temps, en raison de son absence de retentissement sur le fond du droit, l'assimilation du conservatoire au provisoire résultant de ce point de vue d'un abus de langage. Le provisoire s'éloigne, dans un dernier temps, du conservatoire à défaut de pouvoir être systématiquement envisagé comme une mesure d'attente du définitif. L'examen de l'opposition conforte de telles assertions à défaut pour celle-ci d'être toujours révisable, sans retentissement sur le fond du droit ou encore à cause de ses effets parfois définitifs. La démonstration pourrait être en partie faussée dans la mesure où il conviendrait, en réalité, d'établir une césure entre les actes conservatoires aux effets provisoires et les actes de conservation aux effets définitifs. En dépit des mérites de la distinction proposée, le conservatoire ne semble pas pouvoir être entièrement absorbé par le provisoire et la séparation faite entre le conservatoire et la conservation s'avère relative, dès que l'on constate que le conservatoire aux effets provisoires se transforme parfois en acte de conservation aux effets définitifs. Provisoire, le conservatoire peut l'être, mais ce caractère loin de lui être spécifique ne lui serait que contingent.

[1] Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 82 et s.

Les effets définitifs produits par l'acte conservatoire ne sauraient lui ôter sa nature pour le rattacher à la notion de conservation. Conservation et conservatoire se confondent. L'opposition met en relief la difficulté, mais aussi la relativité, qu'il y a à enserrer le conservatoire dans une acception temporelle. Il faut, tout au plus, lui reconnaître un caractère préventif, sous réserve d'interpréter la notion de prévention au regard de ses effets. L'opposition conforte l'opinion selon laquelle le conservatoire s'appréhende essentiellement par sa fonction téléologique, celle-ci ayant des incidences évidentes sur son caractère nécessaire et préventif. La nature conservatoire de l'opposition influe également sur ses modalités de manifestation et en fait un acte éminemment formaliste.

CHAPITRE II

LE CARACTÈRE FORMALISTE

416.- Le caractère conservatoire de l'opposition influe sur le formalisme dont elle s'entoure lors de son accomplissement. L'allégement des formalités d'émission de l'opposition apparaît, de ce point de vue, nécessaire afin de ne pas entraver la conservation des intérêts de son titulaire. Celle-ci ne saurait pour autant se dispenser d'un minimum de formalisme, indispensable à la protection de son destinataire, ce d'autant plus qu'elle prend la forme d'un acte juridique unilatéral.

417.- A cet égard, le formalisme de l'opposition peut être qualifié de « *direct* » par opposition au « *formalisme atténué* », dans le sens où le respect des modalités imposées par la loi conditionne sa validité. L'opposition constitue un acte juridique formaliste dont les irrégularités formelles se sanctionnent par la nullité. Si la doctrine reconnaît de manière unanime qu'elle se réalise généralement par acte extrajudiciaire, le législateur a prévu de nombreux tempéraments à ce principe. Les formes de l'opposition témoignent de leur diversité et révèlent une corrélation certaine entre un renforcement de son formalisme et la rigueur de ses effets.

418.- Quelles que soient ses formes, l'efficacité de l'opposition se voit, de surcroît, subordonnée à sa notification. Elle se présente comme un « *acte réceptice* » dont l'existence implique sa destination à une ou plusieurs personnes déterminées[1]. Sa notification apparaît indispensable à son efficacité puisqu'elle porte atteinte aux droits d'autrui, indépendamment de toute acceptation de celui-ci. Aussi, l'opposition doit-elle être portée à sa connaissance[2]. L'acte d'opposition comporte à cet effet un certain nombre d'énonciations dont la motivation

---

[1] J. MARTIN DE LA MOUTTE, ouvrage précité, p. 175 et s.

[2] J. MARTIN DE LA MOUTTE distingue à cet égard les actes réceptices qui délivrent une information ou contiennent un ordre juridique, par exemple les oppositions, de ceux dont le but principal n'est plus d'ordonner ou d'informer, mais de porter directement atteinte aux droits d'autrui. Or, l'opposition poursuit indistinctement la réalisation de ces deux résultats. L'ordre qu'elle contient porte en effet directement atteinte aux droits de son destinataire. ouvrage précité, p. 131.

constitue une garantie formelle, essentielle à l'information du destinataire de l'acte et à un éventuel contrôle ultérieur du juge.

La célérité requise pour agir à titre conservatoire n'empêche pas l'opposition de s'entourer d'un minimum de garanties, liées aux formes sous lesquelles elle se manifeste (section I) ainsi qu'aux mentions contenues dans l'acte d'opposition (section II).

Section I

Les formes de l'opposition

419.- La consécration du principe de l'autonomie de la volonté par le Code civil a trouvé son juste corollaire dans celui du consensualisme, rendant ainsi tout recours au formalisme exceptionnel et d'interprétation étroite. L'acte juridique solennel a donc longtemps été associé à celui d'acte authentique, écartant d'une telle qualification les actes se suffisant de la rédaction d'un simple écrit. Les inconvénients d'un système fondé essentiellement sur le principe du consensualisme ont contribué à laisser une place grandissante au formalisme et à la simplification des formes solennelles[1]. L'acte solennel se décline aujourd'hui dans des formes variées, au sein desquelles l'acte authentique ou l'établissement d'un simple écrit constituent des solennités à part entière lorsqu'ils conditionnent la validité de l'acte juridique. Généralement envisagé comme une exception par rapport au principe du consensualisme, le formalisme devient en quelque sorte le principe en matière d'acte unilatéral[2]. L'opposition revêt ainsi le plus souvent la forme d'un acte solennel (paragraphe I) et devrait en principe se trouver disqualifiée chaque fois qu'elle s'avère dénuée de tout formalisme (paragraphe II).

§ I. Les formes solennelles

420.- Quelle que soit la forme solennelle prise par l'opposition, celle-ci obéit à une exigence de notification propre aux actes unilatéraux réceptifs. Le non-respect des formes imposées par la loi se sanctionne par la nullité de l'acte, fût-elle relative ou absolue, sous réserve des cas où l'inexistence pourrait se substituer à la nullité, en raison des liens étroits qui paraissent unir la forme de l'opposition à sa qualification. Les conditions de formes requises pour la formation de l'opposition résultent tantôt de la notification d'un acte extrajudiciaire (A), tantôt de la constitution d'un écrit comportant des mentions particulières (B).

---

[1] M.-A. GUERRIERO, L'acte juridique solennel, Préf. J. VIDAL, LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 137, 1975, p. 349-350.
[2] J. MARTIN DE LA MOUTTE, ouvrage précité, p. 167.

A. L'intervention d'un officier public nécessaire à la forme signifiée de l'opposition

421.- L'atteinte portée par l'opposition aux prérogatives d'autrui justifie qu'elle prenne le plus souvent la forme d'un acte extrajudiciaire (1) dont l'omission ou le remplacement par tout autre procédé formel se sanctionne par la nullité de l'opposition (2).

1°) L'exigence d'un acte extrajudiciaire

422.- Comme certains actes juridiques unilatéraux, l'opposition est portée à la connaissance de ses destinataires par voie de notification[1]. En principe, l'exigence de notification ne s'analyse pas comme une condition de forme de l'acte juridique, à moins que la loi ne lui confère un caractère impératif et ne détermine la manière dont elle doit être effectuée[2]. La solennité de l'acte se justifie par la gravité de l'atteinte qu'il porte aux droits de la personne ou à son patrimoine, comme par exemple en présence d'une opposition au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce ou d'un lot en copropriété. L'huissier dresse l'acte d'opposition en forme d'exploit sur déclaration du requérant et dans le respect des formes prévues par la loi.

423.- L'exploit comporte ainsi un certain nombre d'énonciations obligatoires[3], auxquelles s'ajoutent des mentions spécifiques à l'opposition prévues aux articles 66 et 176 du Code civil en matière de mariage relatives notamment à la qualité de l'opposant, aux motifs de son opposition. L'huissier signifie ensuite l'opposition au futur époux et à son futur conjoint, ainsi qu'à l'officier de l'état civil de la commune où le mariage doit être célébré. En l'absence de signification ou en présence d'une signification réalisée uniquement auprès de l'officier de l'état civil, l'opposition peut faire l'objet d'une mainlevée pure et simple. Le dispositif mis en place a une fonction dissuasive évidente, même si elle n'est pas toujours efficace, afin de prévenir les futurs époux d'oppositions vexatoires. L'huissier semble d'ailleurs en droit de refuser son ministère si celui qui s'adresse à lui n'a pas la qualité légale

---

[1] Depuis le décret du 28 août 1972 le terme de notification s'emploie pour désigner la formalité par laquelle on porte un acte à la connaissance d'une partie (NCPC, art. 651). Elle reçoit le qualificatif de signification lorsqu'elle est réalisée par un exploit d'huissier. J. VINCENT et S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 649.

[2] M.-A. GUERRIERO, ouvrage précité, p. 34. La notification relève du fond en ce qu'elle porte la manifestation de volonté de l'auteur de l'acte à la connaissance de son destinataire, mais aussi de la forme lorsque la loi en précise les modalités pour que l'acte juridique soit valable.

[3] NCPC, art. 648.

pour s'opposer ou s'appuie sur un motif non prévu par la loi[1]. L'opposition ne doit pas, en effet, devenir un moyen de retarder une union parfaitement licite, mais désapprouvée par les parents, comme cela était le cas sous l'Ancien Droit.

424.- L'opposition au paiement du prix de vente d'un fonds commerce ou d'un lot en copropriété s'effectue également au moyen d'un acte extrajudiciaire, contenant des mentions particulières notamment quant au chiffre et aux causes de la créance. Elle est signifiée au domicile élu par l'acquéreur dans la publication prévue à cet effet lors de la vente du fonds. En pratique, le domicile est souvent élu chez le notaire ou chez l'intermédiaire chargé de la vente, sous réserve que ces derniers aient leur domicile dans le ressort du tribunal de commerce du siège du fonds intéressé. A défaut, élection sera faite au siège du fonds. L'opposition, bien que reçue par le notaire, doit être faite à l'acquéreur et toute opposition signifiée à un autre lieu que le domicile élu est nulle. Les dispositions concernant l'opposition au paiement d'un lot en copropriété vont dans le même sens. L'article 20 de la loi du 10 juillet 1965 précise qu'elle s'effectue « *au domicile élu* » dans l'avis de mutation. Les parties à l'acte de vente doivent donc élire domicile auprès du tiers détenteur du prix de vente des lots qu'il s'agisse du notaire chargé de la vente s'il détient les fonds ou du séquestre auquel ils ont été remis[2]. A ce sujet, il a également été fait remarquer qu'en pratique, l'élection de domicile ne peut être faite que par celui qui donne l'avis de mutation au syndic, c'est-à-dire au domicile élu soit par le notaire, soit par l'avocat du demandeur ou du créancier poursuivant[3].

---

[1] En revanche, celui-ci n'étant pas juge de l'opposition il ne saurait apprécier la réalité du motif invoqué à son appui. M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, article précité, n°544.
[2] V. à ce sujet J. LAFOND, article précité, n° 46.
[3] M. BOSQUE, « Aspects pratiques pour les avocats de la mise en œuvre de l'opposition du syndicat des copropriétaires dans les ventes judiciaires », *Gaz. Pal*. 1996, 2, doct., p. 985. Voir également CA Paris, 10 oct. 2000 : *Gaz. Pal.* 2001, p. 15, note F-J. PANSIER.

2°) La sanction de l'inobservation de la forme extrajudiciaire

425.- La manifestation de l'opposition sous la forme d'un acte extrajudiciaire conditionne sa validité : toute opposition formée différemment doit être considérée comme nulle. Bien que certains auteurs proposent de sanctionner le non-respect des formes imparties à l'exercice de l'opposition par la théorie de l'inexistence, celle-ci se trouve inadaptée (a) et la nullité de l'acte constitue en réalité sa sanction par excellence (b).

a. L'inexistence de l'acte, sanction inadéquate

426.- Certains auteurs se montrent favorables à la sanction de l'inobservation du recours à un exploit par la théorie de l'inexistence, plutôt que par celle de la nullité, à propos des oppositions au paiement[1]. La théorie de l'inexistence a effectivement été élaborée pour priver d'effet des actes juridiques dépourvus d'un élément essentiel à leur formation et dont la sanction par la nullité n'était pas prévue par la loi. Réservée à des situations dans lesquelles la célébration ou le consentement au mariage faisait défaut, l'inexistence a ensuite été étendue par la doctrine aux actes juridiques procéduraux et à ceux dont la forme solennelle n'avait pas été observée. Les réticences de la doctrine moderne à son égard ont conduit à contester son application ou à la réserver aux actes informes, qui ne peuvent même pas créer une apparence d'acte. L'inexistence a ainsi été distinguée de la nullité, au sens où « *l'inexistence est un état, (un néant) puisque l'acte n'a pu se former. A l'inverse, la nullité est la sanction d'un état différent (une existence viciée)* »[2]. Il reste cependant délicat d'identifier l'acte inexistant puisque appelé à exister, ne serait-ce qu'en tant que fait matériel, il n'est pas dépourvu de tout effet et de toute apparence[3]. Toute la difficulté consiste à déterminer les situations dans lesquelles le non-respect des formes solennelles n'ôte pas à l'acte sa véritable apparence de celles où il ne lui laisse qu'une « apparence de réalité ». Madame GUERRIERO propose de résoudre la question en distinguant les hypothèses où la forme imposée par la loi est arbitraire, de celles où elle se voit étroitement liée à la conception que la loi se fait de l'acte. Elle considère ainsi que la sanction de la forme relève plutôt d'une question de qualification de l'acte que de la théorie de l'inexistence[4]. Ainsi, lorsque la forme solennelle est imposée par la loi de manière arbitraire, il apparaît que l'acte

---

[1] En ce sens, J. LAFOND, article précité, p. 199 et J. J. BOURDILLAT, article précité, *JCP N* 1998, p. 363.
[2] V. PELTIER, « Contribution à l'étude de la notion d'inexistence en droit privé », *RRJ* 2000-3, p. 944.
[3] L. SÉGUR, « L'inexistence en procédure civile », *JCP* 1968, I, 2129, n° 2.
[4] M.-A. GUERRIERO, ouvrage précité, p. 361 et s.

peut très bien se concevoir selon d'autres modalités que celles légalement exigées. Le caractère impératif des solennités tient alors à des considérations autres que la nature de l'acte et la sanction de l'inobservation de la forme relève de la nullité. En revanche, lorsque la forme de l'acte s'impose en raison de sa nature, son absence rend l'acte inexistant ou, plutôt, l'empêche de recevoir sa qualification légale. Cette conception concorde avec la définition de l'acte inexistant appréhendé comme « *l'acte qui ne répond pas à sa définition, à la conception que s'en est faite le législateur* » [1]. A cet égard, Madame PELTIER fait notamment procéder l'inexistence de l'acte de l'absence d'un de ses éléments constitutifs, tout en soulignant les difficultés rencontrées pour déterminer la notion d'éléments constitutifs[2].

427.- Appliqué à notre sujet, ces raisonnements conduisent à se demander si une opposition à mariage ou au paiement du prix de vente d'un fonds peut ou non se concevoir sous d'autres formes et si le recours à un acte extrajudiciaire s'analyse en un élément constitutif de celui-ci. En dépit des arguments avancés par certains auteurs, l'inexistence de l'opposition n'est pas évidente lorsqu'elle se réalise sous des formes différentes d'un exploit d'huissier[3]. Elle pourrait se satisfaire d'une lettre recommandée, voire d'un simple écrit, contenant les énonciations requises par la loi sans perdre sa qualification « d'opposition ». Elle existerait alors, mais serait frappée de nullité faute de respecter les prescriptions légales. L'exigence d'un acte extrajudicaire ne serait donc pas un élément constitutif de l'acte. Aussi le défaut de celui-ci n'affecterait pas l'existence de l'acte matériel comme acte juridique. En revanche, une telle exigence doit être perçue comme un élément de validité susceptible d'affecter l'acte dans sa validité en raison de son existence viciée.

428.- Les arguments avancés pour justifier du refus de dissocier le recours à un exploit d'huissier de la nature de l'acte tiennent, par ailleurs, à sa qualification d'acte de procédure. La manifestation de l'opposition sous la forme d'un exploit lui confère, en effet, la qualité d'un acte de procédure. A ce titre, la sanction de ses vices de forme relève en principe du régime des nullités de procédure, prévu par l'alinéa 2 de l'article 114 du Nouveau

---

[1] L. SÉGUR, article précité, n° 1.
[2] V. PELTIER, article précité, p. 942 et spéc. p. 974.
[3] V° A ce sujet pour les oppositions au paiement du prix de vente du fonds de commerce. J. LAFOND, article précité, p. 199 et J. J. BOURDILLAT, article précité, p. 363 ainsi que M. -A. GUERRIERO, ouvrage précité, p. 364.

code de procédure civile, et plus spécialement de la règle « *pas de nullité sans grief* »[1]. Toute personne qui se prévaut d'un vice de forme aux fins de nullité doit par conséquent rapporter la preuve du grief causé par cette irrégularité, fût-elle substantielle ou d'ordre public. Néanmoins, lorsqu'une forme a été utilisée à la place de celle légalement exigée, la doctrine considère qu'elle constitue un vice de fond, voire une fin de non-recevoir ou un cas d'inexistence[2]. La jurisprudence applique d'ailleurs, sans la citer, la théorie de l'inexistence lorsqu'elle considère comme dépourvu de toute efficacité l'acte qui ne prend pas la forme procédurale assignée par la loi[3].

429.- Les liens entre la nature de l'opposition et le recours à un acte extrajudiciaire doivent plutôt être recherchés dans la rigueur de ses effets, voire dans ses effets secondaires qui lui imposent de se concevoir seulement de manière solennelle. La relation entre la forme de l'acte et sa nature ressort plus nettement de la gravité de ses effets à l'égard de son destinataire, mais surtout des garanties qu'il lui appartient par exemple de présenter au regard du droit de surenchère dont s'assortit l'opposition lors de la cession du fonds ou du privilège qu'elle emporte, sans la moindre publicité, à l'occasion de la vente d'un lot en copropriété. Indépendamment des effets secondaires produits par l'opposition, le droit d'ingérence qu'elle reconnaît à son auteur sur le patrimoine d'autrui ou à l'égard de sa personne en matière de mariage justifie pleinement le recours à un exploit d'huissier.

430.- L'examen de l'opposition à mariage révèle de son côté un lien seulement apparent entre la nature de l'acte et la forme solennelle imposée à son exercice. La gravité de ses effets, tout comme l'intérêt général qu'elle protége, l'oblige à revêtir la forme d'un exploit offrant des garanties essentielles à sa connaissance effective par chacun des futurs époux et par l'officier de l'état civil. Le respect des conditions de formes imparties à l'exercice de l'opposition s'impose à tous et notamment au procureur de la République qui ne saurait se contenter de la signifier par simple lettre[4]. L'inobservation de la forme impartie à

---

[1] Le renvoi au régime des nullités décrit par les articles 112 et suivants du Nouveau Code de procédure civile est effectué par l'article 649 du même Code pour les actes d'huissier de justice.
[2] J. VINCENT et S. GUINCHARD, ouvrage précité, p. 559, n° 705. *Contra* G. WIEDERKEHR, « La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile », *D.* 1984, chron., p. 166
[3] P. JULIEN, *D.* 1983, IR, p. 139-140. Pour une illustration en matière de fonds de commerce cf. Cass. civ. 2ème. 12 mai 1986, précité. La question de la sanction éventuelle de l'absence de forme par l'inexistence n'est d'ailleurs pas propre aux actes de procédure mais aux actes solennels. Ainsi, selon le Professeur G. COUTURIER « quand l'acte implique la solennité, l'absence de forme se traduit par l'inexistence ou au moins par une nullité absolue puisque, sans la forme prescrite, l'acte n'a pas pu se former ». *in* « La finalité et les sanctions du formalisme », n° spécial, J. FLOUR, Le formalisme, *Defrénois*, 15-30 août, 2000, p. 892.
[4] CA Paris (14e ch. A), 23 avr. 2003 : *D.* 2003, p. 2716-2717 note de J. J. LEMOULAND.

son exercice semble lui ôter toute possibilité d'être qualifiée d'opposition pour ne la laisser substituer qu'à l'état de simple avis officieux. Le choix de la forme solennelle peut néanmoins trouver son fondement dans la nécessité d'éviter des oppositions abusives plutôt que dans la nature de l'acte. L'acte irrégulier peut d'ailleurs parfaitement atteindre l'objectif de l'acte requis[1].

431.- A cet égard, l'assertion selon laquelle l'officier de l'état civil n'aurait pas à tenir compte d'oppositions irrégulières connaît des tempéraments qui font douter d'une application possible de la théorie de l'inexistence. Certes, à défaut de concéder une telle prérogative à l'officier de l'état civil, l'objectif poursuivi par le législateur, en imposant aux parties le respect de formes solennelles, est dépourvu d'efficacité, si n'importe quel acte a la possibilité de produire des effets équivalents à un acte régulier[2]. Une telle remarque laisse penser que l'opposition pourrait être inexistante, si l'officier de l'état civil peut l'ignorer alors qu'il n'a pas à se faire juge de sa validité[3]. Une partie de la doctrine reconnaît, néanmoins, la possibilité à l'officier de l'état civil de ne pas célébrer le mariage, en dépit d'une opposition irrégulière, si les empêchements invoqués à son appui apparaissent sérieux[4]. L'acte d'opposition serait ainsi disqualifié en simple avis officieux. Il serait alors impossible de le tenir pour inexistant, c'est-à-dire comme ne créant pas même une apparence d'acte, s'il est autorisé à produire un résultat similaire à l'acte régulier. La recherche d'un critère pour appliquer la théorie de l'inexistence, fut-ce par un déplacement de la question en termes de qualification, montre ici ses limites.

432.- Pour considérer inexistante l'opposition irrégulière en la forme, il faudrait admettre que l'acte extrajudiciaire constitue sa seule manière d'être, quel que soit son domaine d'intervention, et que tout contrôle de sa régularité formelle par le juge est inutile. Or, si le recours à un exploit d'huissier se présente comme la forme privilégiée de l'opposition chaque fois qu'elle revêt une particulière gravité, sa manifestation sous d'autres

---

[1] G. WIEDERKEHR, article précité, p. 166. Il en est ainsi notamment lorsque l'officier de l'état civil ne procède pas à la célébration du mariage si les empêchements invoqués à l'appui de l'opposition irrégulière lui semblent fondés.

[2] V° F. TERRÉ et D. FENOUILLET, « *Les personnes, la famille, les incapacités* », Précis Dalloz, 7ème éd., 2003, n° 397.

[3] Contra H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, t. 1, 3e vol., La famille : Mariage. Filiation. Autorité parentale. Divorce et séparation de corps, 7e éd., 1995, par L. LEVENEUR, p. 143, n° 782. Selon lesquels il faudrait de ce fait reconnaître, au contraire, que l'officier de l'état civil est juge de l'opposition en la forme et qu'il peut refuser de surseoir au mariage en présence d'une opposition irrégulière.

[4] H. L. et J. MAZEAUD, ouvrage précité, n° 782 et F. TERRÉ et D. FENOUILLET, ouvrage précité, p. 319, n° 397.

formes légalement déterminées ne peut être niée et ne lui fait pas perdre sa qualification. L'extériorisation de l'opposition sous la forme d'un exploit trouve moins son fondement dans la nature de l'acte que dans sa gravité[1]. La procédure de mainlevée judiciaire, systématiquement mise en place par la loi pour invalider les oppositions irrégulières ou illicites, va en outre à l'encontre de l'application d'une théorie réfutant tout contrôle du juge. La jurisprudence n'a d'ailleurs jamais manifesté la moindre faveur à l'inexistence, en sanctionnant la violation de la forme légalement requise par la nullité[2].

b. La nullité de l'acte, sanction adéquate

433.- L'inobservation des formes solennelles est sanctionnée par la nullité de l'acte, peu importe que son auteur se soit opposé dans des formes autres que celles prévues par la loi ou que la forme légale ait seulement été entachée d'une irrégularité[3]. Les formes solennelles ne connaissent pas d'équivalent. Aussi leur auteur n'a-t-il pas la possibilité de substituer une autre forme à celle exigée par la loi. Aucune option ne lui est offerte et toute tentative de dérogation aux formes légales atteint l'acte juridique dans sa validité[4], sans avoir égard aux circonstances exceptionnelles ou à l'urgence qui ont pu inciter les parties à recourir à d'autres modalités que celles légalement demandées[5]. Le principe d'absence d'équipollent aux formes solennelles s'applique fermement en matière d'opposition. La jurisprudence considère comme nulles les oppositions notifiées autrement que par exploit, peu importe qu'elles se manifestent verbalement, par acte sous seing-privé ou par lettre recommandée avec accusé de réception[6].

---

[1] Même s'il faut bien convenir avec X. LAGARDE que « *nous savons ce qu'est un acte grave tant que personne ne nous demande de le définir* ». L'auteur sans prétendre en donner une définition, la déduit des actes incontestablement graves et solennels que sont le mariage et la reconnaissance d'enfant naturel. L'acte grave serait donc « *celui qui engage la personne, modifie son état et lui impose un statut, en un mot celui qui altère le statut personnel* ». Les actes graves à caractère patrimonial seraient ainsi « *ceux qui sont dotés d'un effet indirectement statutaire et qui de ce fait ont une fonction instituante du statut personnel* ». X. LAGARDE, « Observations critiques sur le renaissance du formalisme », *JCP G* 1999, I, 170, p. 1771, n° 10 et s.

[2] Hormis certains arrêts rendus par des juridictions du fond qui ont appliqué indirectement ou directement la théorie de l'inexistence : Montpellier 30 mars 1953 : *Rev. Huissiers* 1953 ; TGI Perpignan, 23 fév. 176 (inédit), et Nîmes, 20 décembre 1951 (inédit) cités par J. LAFOND, article précité, p. 199, n°13. V. surtout Trib. civ. Seine (réf.), 19 juin 1957, *RTD. civ*. 1958, obs. P. HÉBRAUD et P. RAYNAUD.

[3] M.-A. GUERRIERO, ouvrage précité, p. 355.

[4] Sous réserve des situations où la loi laisse à l'auteur de l'acte juridique une possibilité d'option entre plusieurs formes qu'elle énumère limitativement et de celles où il dispose de plusieurs actes juridiques pour parvenir à un même résultat. Il a alors la possibilité d'utiliser un acte consensuel plutôt que solennel. M.-A. GUERRIERO, ouvrage précité, p. 104 et s.

[5] M.-A. GUERRIERO, ouvrage précité, p. 109.

[6] Pour un exemple en matière d'oppositions à mariage : CA Paris, 18 déc. 1868 : *DP* 1872, I, p. 345.

434.- Certains notaires ont pourtant toléré des atténuations à l'exigence d'un acte extrajudiciaire en se satisfaisant d'oppositions au paiement du prix de vente d'un fonds formées par simple lettre, malgré les critiques de la doctrine à ce sujet[1]. Les derniers arrêts rendus en ce domaine condamnent sans aucun doute une telle pratique. La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a ainsi affirmé qu'une opposition par lettre recommandée « *ne constitue pas l'acte extrajudiciaire prescrit par l'article 3, alinéa 7 de la loi du 17 mars 1909 (...) qu'elle se trouve par cela seul dénuée de tout effet sans qu'il y ait lieu de rechercher l'existence d'un préjudice* »[2]. Le Conseil d'Etat a adopté une position similaire en déclarant nul un avis à tiers détenteur, utilisé par l'administration aux fins d'opposition au paiement du prix de vente d'un fonds, cette dernière nécessitant un acte extrajudiciaire[3]. La jurisprudence considère que de telles oppositions sont nulles, le respect de la forme de l'acte se justifiant par la nécessité de lui conférer une date certaine et par la gravité de ses effets[4]. L'exigence d'un acte extra judiciaire doit être considérée comme une formalité substantielle et d'ordre public[5].

Le recours à un exploit d'huissier constitue la forme privilégiée, si ce n'est naturelle de l'opposition, sous réserve des situations où celle-ci se satisfait de formes simplifiées.

B. La constitution d'un écrit nécessaire à la forme simplifiée de l'opposition

435.- L'allégement des formes de l'opposition tient à l'atteinte plus relative qu'elle porte aux droits d'autrui, comme à la nécessité d'agir rapidement pour conserver les intérêts de son titulaire. Celle-ci se satisfait alors d'un simple écrit assorti de mentions légalement déterminées. Les énonciations contenues dans l'acte d'opposition concernent le fond. Néanmoins, leur exigence s'analyse comme une condition de forme dans la mesure où la

---

[1] J. LAFOND, « Les « oppositions » par lettre reçues par les notaires » : *JCP N* 1977, p. 197-204 ; J. HUGOT, Fonds de commerce. Oppositions sur le prix, *J.-Cl. Notarial Formulaire*, 1998, Fasc. 2090, p. 8, n° 28.

[2] Cass.2è civ., 12 mai 1986 : *Bull. civ. II*, n°77, *RTD civ.* 1986, p. 395, obs. J. DERRUPPÉ ; *JCP N* 1987, II, p. 4-7 note J. LAFOND.

[3] J.-J. BOURDILLAT, « Nullité de l'avis à tiers détenteur de l'article 3 de la loi du 17 mars 1909 », *JCP N* 1998, p. 361-363. TGI Thonon-les-Bains (JEX), 15 avr. 1997 : *JCP N* 1998, p. 361. – CE, 28 nov. 1997 : *JCP N* 1998, p. 177, J.-J. BOURDILLAT, « Nullité de l'avis à tiers détenteur de l'article 3 de la loi du 17 mars 1909 suite et fin ? »

[4] Pour des illustrations en matière de fonds de commerce V° CA Paris, 5 nov. 1957 : *D.* 1958, somm. p. 23 ; *Gaz. Pal.* 1957, II, p. 381 ; Cass. 2ème civ., 12 mai 1986 : précité ; Cass. com., 6 mai 2002 : *Bull. civ.* IV, n° 80 ; *D.* 2002 AJ, p. 2126 ; *RTD com.* 2002, p. 652, obs. B. SAINTOURENS. - En matière de copropriété L'opposition formée par lettre simple ou recommandée a été considérée comme nulle. Cass. 3ème civ., 18 déc. 1996 *: Bull. civ.* III, n° 420 ; *JCP N* 1997, II, 22859, note DJIGO ; CA Versailles, 29 fév. 1984 : D. 1985 IR, p. 425 obs. Cl. GIVERDON ; Rev. *Administrer* juin 1984, p. 35 comm. J. LOT.

[5] J. DERRUPPÉ, *Rép. Com. Dalloz*, V. Fonds de commerce, 1998, n° 638.

volonté de leur auteur ne peut se manifester que dans un écrit comportant de telles mentions[1]. Ces énonciations propres à l'opposition déterminent sa qualification et responsabilisent son titulaire dans l'exercice de son droit. Elles protégent également ses destinataires, tout en facilitant son contrôle par celui qui la reçoit ou par le juge appelé à statuer sur sa validité en cas de contestation[2]. L'opposition relative aux instruments de paiement (1) ainsi que l'opposition à un accord collectif minoritaire (2) se manifestent ainsi sous la forme d'un simple écrit.

1°) L'opposition relative aux instruments de paiement

436.- L'opposition au paiement d'un chèque ou d'une carte bancaire prend des formes peu contraignantes, en raison de la nécessité pour son titulaire d'agir sans délai pour se préserver de toute utilisation de ses instruments de paiement par autrui. Elle s'effectue, dans un premier temps, par tous moyens, sous réserve d'être confirmée immédiatement par écrit, quel que soit le support choisi à cet effet[3]. La confirmation écrite ne joue pas le même rôle selon qu'elle concerne une opposition au paiement d'un chèque ou d'une carte bancaire. Dans le premier cas, l'écrit conditionne la validité de l'opposition, alors que dans le second il semblerait n'être exigé qu'à titre probatoire.

437.- Une opposition verbale au règlement d'un chèque n'autorise pas le banquier à rejeter le paiement, tout au plus l'habilite t-elle à le différer le temps nécessaire à sa confirmation par écrit[4]. Le titulaire des moyens de paiement peut recourir, à cet effet, à l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception, d'un télégramme, d'un fax ou encore d'un courrier électronique, à condition que l'auteur du message puisse être identifiable. Le recours à un écrit tend à responsabiliser le titulaire des moyens de paiement et à le dissuader de pratiquer une opposition illicite.

---

[1] M.-A. GUERRIERO, ouvrage précité, p. 340.

[2] L'écrit n'est pas indispensable à la qualification de l'opposition qui se suffit dans un premier temps d'une manifestation verbale pour des impératifs de rapidité évidents, mais elle ne produit réellement ses effets que lorsqu'elle s'extériorise de manière écrite. La rédaction de l'opposition dans les formes requises par la loi conditionne non sa qualification mais sa validité.

[3] Jusqu'à la loi du 30 décembre 1991, l'opposition du tireur pouvait être faite par tous moyens. Elle se suffisait d'un simple appel téléphonique, même si une réitération écrite était préférable, en pratique, afin de faciliter la preuve de l'opposition. En vue de déjouer les oppositions illicites, grâce à un renforcement du contrôle réalisé sur les motifs de l'opposition, le législateur a ensuite formalisé son exercice.

[4] M. CABRILLAC, article précité, n° 408.

En l'absence de confirmation écrite, le banquier doit procéder au paiement du chèque.

438.- La réitération écrite de l'opposition au paiement d'un ordre donné par carte bancaire semble s'apprécier diversement. Les conditions générales du contrat carte bancaire prévoient dans un premier temps que l'opposition se réalise notamment par téléphone, minitel, télécopie ou déclaration écrite auprès de l'établissement émetteur pendant ses heures d'ouverture[1]. Elle peut également s'effectuer auprès d'un centre d'opposition ouvert sept jours sur sept et vingt quatre heures sur vingt quatre. Aucune distinction n'est faite entre les oppositions verbales et écrites formées auprès du guichet émetteur de la carte. L'exigence d'une confirmation écrite de l'opposition figure seulement dans l'article 10 du contrat carte bancaire. Il précise que toute opposition n'ayant pas fait l'objet d'une déclaration signée par le titulaire de la carte et/ou du compte doit être confirmée sans délai, par lettre recommandée au guichet tenant le compte sur lequel fonctionne la carte. Il est ajouté qu'en cas de contestation sur l'opposition, cette dernière est réputée effectuée à la date de réception de la dite lettre par l'émetteur. L'écrit semble donc jouer uniquement un rôle probatoire en cas de contestation relative à la date de l'opposition entre le banquier et l'opposant. Son absence n'empêche pas ce dernier de rapporter la preuve par tous moyens de la date de son opposition verbale et de transférer la responsabilité des paiements effectués ultérieurement sur le banquier, s'il n'en a pas tenu compte[2]. En effet, les stipulations selon lesquelles l'opposition est réputée effectuée à la date de la réception de la lettre par l'établissement émetteur n'édictent pas une présomption irréfragable[3]. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a pourtant estimé à deux reprises que la responsabilité de son titulaire restait engagée jusqu'à la réception dudit écrit, alors que certaines juridictions du fond se montraient plus libérales en admettant la validité d'une opposition téléphonique[4].

---

[1] L'opposition est, en effet, régie par l'article L. 132-2 du Code monétaire et financier ainsi que par les dispositions du Contrat CB, titulaire, dont l'article 10 concerne les modalités et le formalisme de l'opposition.

[2] L'opposition verbale semble suffire à neutraliser immédiatement les paiements puisqu'il est précisé dans les conditions générales du contrat bancaire au paragraphe 9-3 que « l'émetteur ne saurait être tenu pour responsable des conséquences d'une opposition par téléphone, minitel ou télécopie qui n'émanerait pas du titulaire de la carte et/ou du compte ». La limitation de la responsabilité de l'établissement émetteur quant aux effets accordés à une opposition verbale formulée illicitement par un tiers semble s'appliquer au cas où elle produit tous ses effets faute pour l'émetteur d'avoir pu déceler sa mise en œuvre par une personne autre que le titulaire de la carte ou du compte. Elle pourrait également concerner, vu la généralité de la formule utilisée, la situation où elle est rejetée faute d'émaner du titulaire de la carte ou du compte.

[3] F.-J. CREDOT, « Conditions et effets des oppositions en matière de cartes de paiement », *Petites Affiches*, 18 sept. 1986, n° 111-107

[4] Cass. Com. 26 mars 2002 : *RJDA* 2002, chron. p. 715-719, Y. TCHOTOURIAN ; Cass. com., 23 juin 1987 : *Bull. civ. IV*, n°154 ; *RTD com*. 1988, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGES ; CA Caen, 24 juin 1993 : *JCP E* 1993, I, panor. 1283.

L'obligation d'une confirmation écrite de l'opposition pour en tenir compte réduit l'intérêt d'un service téléphonique spécialisé permettant au titulaire de la carte de s'opposer à tout moment. Elle apparaît d'autant plus surprenante qu'en l'absence de sanction précise attachée à l'exigence d'un écrit par le législateur, celui-ci s'impose généralement à titre probatoire et non de validité[1]. Le mérite de la solution avancée par la Chambre commerciale réside dans l'harmonisation ainsi faite entre les oppositions en matière de chèque et celles par carte bancaire, tout comme dans l'effet dissuasif joué par l'écrit contre la formation d'oppositions illicites.

2°) L'opposition à un accord collectif minoritaire

439.- Les formes requises pour l'opposition à une convention ou à un accord collectif facilitent largement son exercice, celle-ci se satisfaisant d'un simple écrit. L'ingérence réalisée dans l'accord conclu par autrui s'avère très relative et n'appelle pas de recours à un exploit d'huissier dans la mesure où les syndicats majoritaires sont les titulaires légitimes du droit de conclure des accords conventionnels. La remarque est d'autant plus justifiée depuis que la loi du 4 mai 2004 fait de la signature syndicale majoritaire ou, à défaut, de l'absence d'opposition, une condition de validité de l'accord. Le non-respect des prescriptions légales semble cependant devoir être sanctionné par la nullité, l'écrit étant, en effet, indispensable à la notification et à la motivation de l'opposition parallèlement exigée. La notification de l'opposition apparaît être une condition de forme substantielle, à défaut de laquelle l'employeur et les organisations syndicales signataires ignoreraient le sort réservé à l'accord, sans pouvoir assurer la défense de leurs intérêts[2].

440.- L'opposition obéit à un formalisme allégé dans des situations où sa mise en œuvre ne peut attendre ou ne s'analyse pas comme un acte d'ingérence à l'égard d'autrui[3]. Elle n'en reste pas moins tenue de s'extérioriser sous une forme bien précise, à défaut de laquelle elle se voit privée de tout effet. La rédaction d'un écrit s'avère d'ailleurs indispensable à la notification de l'opposition à son destinataire. Admettre que l'opposition

---

[1] Y. TCHOCHOURIAN, article précité, n° 13 p. 719. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, « Les obligations », t. I, 9ème éd., *Armand Colin*, n° 309.

[2] J. BARTHÉLÉMY, « La procédure de veto de l'article L. 132-26 du Code du travail », *Bull. du travail*, août septembre 1990, p. 2.

[3] La forme simplifiée de l'opposition en droit du travail, conforte l'idée qu'elle porte une atteinte relative aux droits des syndicats minoritaires, car seuls les majoritaires sont en réalité titulaires du droit de négocier un accord qui prend ses distances par rapport au caractère plus favorable de la négociation collective.

se manifeste selon des formes non solennelles et indépendamment de toute notification lui fait perdre sa qualification. L'acte unilatéral ne peut valablement produire ses effets que s'il révèle l'intention de son auteur de produire des effets de droits et, plus particulièrement au sujet de l'opposition, celle de conserver ses droits.

§ II. L'opposition dénaturée en l'absence de solennités

441.- La liberté formelle parfois laissée à l'exercice de l'opposition interdit de la réduire à un acte solennel. En l'absence de dispositions légales relatives aux formes de l'opposition, il appartient à son auteur de choisir celle qu'il estime la plus appropriée. La forme de l'acte se confond alors avec l'extériorisation de celui-ci et ne libère son auteur de toute contrainte formelle qu'en apparence. Soucieuse de préserver les droits des titulaires de l'opposition et, à défaut, de toute précision légale relative à ses modalités d'exercice, la Cour de cassation en a ainsi privilégié une acception compréhensive en cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire (A) et en matière de partage (B).

A. L'opposition dénuée de tout formalisme en cas d'acceptation bénéficiaire

442.- Aucune définition légale de l'opposition à l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire n'étant donnée, la jurisprudence a admis qu'elle résulte de tout acte par lequel un créancier ou un légataire manifeste son intention d'être payé sur les deniers de la succession. Elle prend des formes très variées telle qu'une mesure d'exécution, une sommation de payer, un jugement condamnant l'héritier bénéficiaire à la demande du créancier[1]. L'absence de dispositions légales imposant une manière d'être déterminée à l'opposition ne signifie pas qu'elle se dispense de toute forme. L'extériorisation de la volonté en implique nécessairement une. De ce point de vue, la manifestation de la volonté qui caractérise l'acte juridique ressort de « *tout comportement qui permet de conclure à l'existence d'une certaine volonté* »[2]. Pour PLANIOL et RIPERT, la notion d'opposition « *est commandée par l'attitude du créancier qui sort du rang et met en avant son intention de recevoir le plus haut dividende compatible avec l'état de la succession* »[3]. La liberté laissée à

[1] Cass. req., 13 mars 1866 : *DP* 1866, I, p. 257 ; Cass. req. 25 juill. 1871 : *DP* 1871, I, p. 302 ; Cass. civ., 11 janv. 1882 :*DP* 1882, I, p. 364.
[2] A. RIEG, « Les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », Travaux de l'Association H. Capitant, T. 20, Journées Suisses 1968, Dalloz 1972, p. 43.
[3] PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil, T. IV, n° 440.

son auteur lui offre la possibilité de déclarer sa volonté selon la manière qui lui semble la plus appropriée que ce soit par des paroles, un écrit, ou même par toute autre attitude qui traduit la certitude de celle-ci. La volonté procède ainsi d'un ensemble de comportements exprès ou tacites. Aussi les actes précités suffisent-ils à valoir opposition au regard de la liberté totale laissée à son titulaire pour l'exprimer. L'opposition ressort même de manière tacite, faute d'être toujours réalisée par des moyens qui la portent directement à la connaissance de son destinataire. La manifestation de la volonté de s'opposer résulte d'actes qui, sans la faire connaître directement aux tiers, la font apparaître clairement[1]. Les rôles sont en quelque sorte inversés. L'opposant n'a pas à se faire connaître directement auprès du destinataire de l'opposition qui en prend connaissance par l'interprétation d'un acte intermédiaire et sur sa propre initiative.

443.- En revanche, il apparaît plus critiquable de la faire résulter de la seule qualité de créancier, sans que celui-ci n'ait accompli aucun acte ou geste manifestant son opposition. Certains arrêts ont admis que la simple connaissance personnelle par l'héritier bénéficiaire de l'existence de créanciers et de leur volonté d'être payé suffisait[2]. La volonté du créancier d'obtenir paiement a ainsi pu être déduite du paiement d'acomptes par l'héritier bénéficiaire[3]. Une telle acception a suscité la critique parce qu'elle transforme l'opposition en une règle de droit commun, contrairement aux prescriptions de l'article 808 du Code civil et à l'idée selon laquelle elle appelle une attitude positive de son auteur. L'acte unilatéral se caractérisant par une déclaration de volonté unique, celle-ci doit être portée à la connaissance de son destinataire de manière suffisamment claire. L'acte unilatéral ne produit d'effet qu'à partir de sa réception, à moins d'admettre que la volonté de son auteur n'a pas à être portée à la connaissance des tiers dès qu'elle peut être appréhendée par d'autres moyens, tels des documents révélant l'existence de créanciers[4]. Contrairement aux hypothèses évoquées précédemment, le créancier ne manifeste aucune volonté explicite ou implicite de s'opposer. Aucun acte d'opposition n'existe en l'absence de toute intention de son auteur de produire des effets de droit déterminés. Non seulement le prétendu opposant n'a pas voulu les

[1] J. MARTIN DE LA MOUTTE, ouvrage précité, n° 175.
[2] Cass. civ., 26 nov. 1890 : *D.P.* 1891, I, p. 345 ; *S.* 1891, I, p. 204. – Cass. req., 17 déc. 1894 : *D.P.* 1895, I, p. 193 note BOISTEL ; *S.* 1897, I, p. 329 – CA Rouen, 21 avril 1877 : *D.P.* 1879, II, p. 112.
[3] Cass. civ., 26 nov. 1890, précité ; Cass. req., 19 déc. 1871 : *DP* 1873, I, p. 256.
[4] M.-A. GUERRIERO, ouvrage précité, p. 34 ; J.-L. AUBERT, « *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat* », préface J. FLOUR, LGDJ, 1970, n° 177.

conséquences juridiques attachées à celle-ci, mais surtout il n'a émis aucune manifestation de volonté à cet effet[1].

444.- La solution présente l'avantage de remédier à l'absence de toute procédure collective concernant la liquidation d'une succession bénéficiaire. En faisant de l'opposition le principe, un embryon de procédure collective est substitué à un système anarchique de paiement, aux effets parfois désastreux. Certains auteurs se sont prononcés en faveur d'une conception encore plus extensive de l'opposition en considérant que la seule connaissance par l'héritier de la créance suffisait dans la mesure où la volonté du créancier d'être payé est évidente[2]. La solution repose sur le postulat selon lequel tout créancier a nécessairement le désir d'être payé sans avoir besoin de le confirmer. Il se trouve placé dans une situation où il reçoit une offre faite dans son intérêt exclusif, son silence valant acceptation[3]. Il semble pourtant difficile de justifier la qualité d'opposant par une théorie restée d'application isolée et dépourvue de toute explication juridique dans l'hypothèse où l'on considère que l'offre a été faite dans l'intérêt de son destinataire[4]. Il est de surcroît inexact de rattacher l'opposition à une quelconque acceptation. L'opposition ne répond jamais à une offre faite à son destinataire, fût-elle tacite, mais à une situation juridique susceptible de l'atteindre dans sa qualité de tiers et à laquelle il répond par un acte unilatéral n'exprimant aucune volonté de se lier, mais seulement l'intention de préserver ses intérêts en agissant de manière contraignante vis-à-vis d'autrui.

Tout au plus cette position libérale peut être rattachée à l'objectif poursuivi par l'opposition qui permet à son titulaire de se faire connaître auprès de l'héritier. Or, dès que l'héritier n'ignore pas l'existence de créanciers, toute manifestation de leur part devient inutile. La solution pourrait être fondée sur la notion d'équivalence comme en matière de publicité si l'on considère que l'information délivrée au moyen de l'opposition s'épuise dans la connaissance qu'en a l'héritier[5]. Pour cela, il faudrait pouvoir assimiler l'opposition à une mesure d'information. Or, elle ne remplit ce rôle qu'accessoirement. Son auteur n'entend pas seulement se faire connaître auprès de l'héritier, il fait avant tout obstacle à la liberté de

---

[1] V. à ce sujet J. MARTIN DE LA MOUTTE, thèse précitée, n° 17, p. 27 et R. ENCINAS DE MUNAGORRI, ouvrage précité, n° 53, p. 67 et s.

[2] H. L. J. MAZEAUD, « Leçons de droit civil », Successions. Libéralités, Montchrestien, t. IV, vol. 2, par L. et S. LEVENEUR, n° 1310, M. GRIMALDI, Droit civil. Successions, Paris, Litec, 5ème éd., n° 647.

[3] H., L. et J. MAZEAUD, ouvrage précité, n° 1310.

[4] Cass. req., 29 mars 1938 : *DP* 1939, I, p. 5. -A. RIEG, article précité, p. 58. Pour ce dernier, l'explication selon laquelle celui qui reçoit une offre faite dans son intérêt n'a aucune raison de la refuser repose sur une présomption trop générale pour être vraie et ne s'appuie pas sur une explication juridique sérieuse.

[5] S. CORNELOUP, ouvrage précité, p. 114.

paiement dont il dispose. Fonder l'opposition sur la connaissance de l'héritier revient en réalité à sanctionner celui-ci de la mauvaise foi qu'il aurait à payer les créanciers au fur et à mesure qu'ils se présentent en présence d'un actif successoral vraisemblablement insuffisant. L'assimilation du silence du créancier à une opposition, outre qu'elle est controversée, n'a pas réellement été consacrée par la jurisprudence. Celle-ci fait référence à la connaissance du créancier par l'héritier et à la volonté de celui-ci d'obtenir paiement. Le pas est cependant vite franchi pour assimiler la seule connaissance personnelle par l'héritier de la créance à une opposition. Dans les situations où l'inventaire révèle à l'héritier les dettes de la succession, une partie de la doctrine l'invite à en tenir compte dans toute répartition amiable par contribution[1].

445.- Il ne semble pas possible de détacher l'opposition de tout acte formel spécifiquement adressé à son destinataire à cet effet. La doctrine n'hésite d'ailleurs pas à souligner la déformation ainsi faite de l'opposition qui requiert, outre une initiative du créancier, « *un acte réceptice puisqu'elle procède d'une déclaration d'intention de sa part* »[2]. La généralisation de l'opposition participe à la protection des intérêts des créanciers qui ignorent le décès de leur débiteur et/ou l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, ce qui les empêche de prendre des mesures conservatoires[3].

B. L'opposition dénuée de tout formalisme en matière de partage

446.- Comme en matière d'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire, l'absence de précision légale sur les formes de l'opposition à partage a conduit à reconnaître que celle-ci n'est soumise à aucun formalisme. Selon la majorité de la doctrine, l'opposition devrait certes se manifester sous la forme d'un acte extrajudiciaire adressé aux héritiers ou au notaire liquidateur mandataire de ces derniers et c'est d'ailleurs ainsi que l'opposition se constitue le plus souvent[4].

---

[1] M. GORÉ, article précité, n° 142 ; X. MEYER, *J-Cl. Notarial Formulaires*, 1997, Bénéfice d'inventaire, fasc. 20, n° 76.
[2] V° en ce sens Cl. BRENNER, article précité, p. 1770. L'auteur note d'ailleurs à ce sujet que cette conception extensive de l'opposition aboutit en pratique à faire de l'héritier bénéficiaire un représentant des créanciers, alors qu'une telle qualité lui est en principe refusée au motif qu'il a la qualité de continuateur de la personne du défunt en dépit de la séparation des patrimoines.
[3] *Ibidem*.
[4] M. BEHAR-TOUCHAIS, article précité, n° 24 ; Ph. MALAURIE, Cours de droit civil Cujas, n° 838, p. 771 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, ouvrage précité, t. IV, n° 539, p. 754 ; F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 3ème éd., Dalloz, coll. Précis, 1997, n° 956.

La jurisprudence admet également qu'elle résulte de tout acte manifestant la volonté certaine du créancier d'intervenir au partage, sans toutefois aller jusqu'à assimiler la simple connaissance par les copartageants de l'existence d'un créancier personnel de l'un d'eux à une opposition.

447.- L'opposition peut ainsi résulter d'une lettre recommandée, d'une lettre simple, d'une demande en partage formée par le créancier, d'une demande d'apposition des scellés, d'une tierce opposition contre le jugement ordonnant le partage ou d'une saisie[1]. L'opposition n'a pas nécessairement à être signifiée, mais il faut au moins qu'elle ait été portée à la connaissance effective du débiteur et de tous les autres coïndivisaires[2]. La connaissance de l'opposition par les copartageants ne saurait être présumée et se déduire de l'accomplissement d'une formalité de publicité, telle que la transcription d'une saisie immobilière[3]. Elle doit être connue en fait de tous les coïndivisaires, quel que soit le mode d'information choisi. Le silence de l'article 882 du Code civil sur les formes de l'opposition l'autorise à s'extérioriser autrement que sous la forme d'un acte solennel. L'opposition se voit donc largement admise par la jurisprudence. Elle ne procède pas nécessairement d'un acte manifestant la volonté claire du créancier d'intervenir au partage, mais d'actes intermédiaires interprétés comme tels. Ainsi, la saisie de biens indivis ou un simple commandement de payer manifestent plus l'intention du créancier d'être payé sur les deniers de la succession revenant à son débiteur que de surveiller le bon déroulement du partage.

448.- Conçue comme un instrument de contrôle des opérations de partage destiné à prévenir toute fraude du débiteur, l'interprétation extensive donnée aux formes de l'opposition participe à sa transformation. Elle explique largement que la jurisprudence l'ait dotée d'un effet supplémentaire en admettant qu'elle rend la part de l'héritier copartageant indisponible. L'évolution de l'opposition apparaît, certes, résiduelle. Le droit de surveillance des créanciers se justifie par la nécessité de préserver leur droit de gage, qui serait fictif à défaut des extensions de formes et de fond admises par la jurisprudence.

---

[1] V. M. BEHAR-TOUCHAIS, article précité, n°25 et s. ; Cl. BRENNER, Rép. civ. Dalloz, précité, n° 256 et s.
[2] Cass. req., 2 juill. 1838 citée par M. BEHARS-TOUCHAIS, article précité, n° 30 ; Cass. req., 18 févr. 1862 : *DP* 1862, I, p. 224.
[3] CA Bourges, 27 août 1852 : *DP* 1854, II, p. 72.

Il n'en reste pas moins que le rapprochement des effets produits par l'opposition à partage avec ceux issus de l'opposition au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce justifierait, plus que jamais, qu'elle consiste en une notification faite par exploit judiciaire.

Les formes de l'opposition se renforcent ou s'assouplissent selon la rigueur de ses effets ou la nécessité d'assurer la conservation des droits de l'opposant. Les exigences relatives au contenu de l'acte participent, à ce titre, aux garanties essentielles à la défense de son destinataire.

Section II

Le formalisme des mentions

449.- Le formalisme de l'acte d'opposition ressort également des mentions qui doivent figurer de manière apparente dans ce dernier. L'exigence de forme veille à assurer la protection du destinataire de l'acte et à faciliter, le cas échéant, le contrôle du juge sur l'opposition. En effet, si l'opposition intervient en principe en dehors de toute procédure judiciaire, sous réserve des cas où elle prend la forme d'une voie de recours ou d'une voie de droit, elle s'inscrit souvent dans une logique procédurale en raison du conflit d'intérêts auquel elle met fin ou qu'elle crée pour parvenir à sa finalité conservatoire. L'acte d'opposition doit ainsi contenir des énonciations spécifiques (paragraphe I) et être motivé (paragraphe II).

§ I. Les énonciations spécifiques à l'opposition

450.- Lorsqu'elle prend la forme d'un acte extrajudiciaire, l'opposition comporte les énonciations obligatoires exigées pour tout exploit auxquelles s'ajoutent des mentions spécifiques à celle-ci[1]. Les articles 66 et 176 du Code civil prévoient ainsi que l'acte d'opposition énonce la qualité de l'opposant, les motifs de l'opposition, la reproduction du texte légal sur lequel celle-ci se fonde. L'acte doit également contenir élection de domicile dans le lieu de célébration du mariage. Celui-ci comporte, en outre, la signature de l'opposant[2]. L'ensemble de ces mentions est prescrit à peine de nullité de l'acte et de l'interdiction de l'officier ministériel qui l'aurait accompli[3].

---

[1] NCPC, art. 648.

[2] Cette formalité qui n'est pas requise pour les actes d'huissier témoigne de la volonté du législateur d'éviter que l'opposant n'agisse sous un nom d'emprunt. En le forçant à signer, elle l'oblige à révéler aux futurs époux son identité ou à subir des sanctions pénales s'il le fait sous un faux nom.

[3] C. civ., art. 176. La nullité devrait également s'étendre à la signature de l'opposant, peu importe que cette règle soit prescrite par l'article 66 et non par l'article 176 du Code civil. Elle constitue une formalité substantielle requise au même titre que les autres conditions légales et rien ne s'oppose à ce qu'elle soit traitée de manière identique à ces dernières. L'article 176 vise d'ailleurs « le tout à peine de nullité » incluant ainsi toutes les conditions de forme dont celles posées à l'article 176. En ce sens M. PLANIOL et G. RIPERT, ouvrage précité, n° 178.

451.- L'opposition au paiement du prix de vente d'un fonds commerce s'effectue également au moyen d'un acte extrajudiciaire contenant des mentions particulières. Il énonce à peine de nullité le chiffre et les causes de la créance et contient élection de domicile dans le ressort du tribunal du lieu de situation du fonds. La mention du montant et des causes de la créance donne ainsi la possibilité aux autres créanciers de vérifier si le prix de cession du fonds suffit à couvrir l'ensemble des sommes dues par le vendeur et, le cas échéant, de décider d'exercer leur droit de surenchère. Cette énonciation du montant et des causes de la créance s'effectue de manière très détaillée pour l'opposition au paiement du prix de vente d'un lot en copropriété au motif qu'elle emporte un privilège pour le recouvrement de certaines charges[1]. Celui qui la reçoit doit être en mesure de déterminer si la créance du syndic a un caractère privilégié et si elle doit être réglée avant les créanciers hypothécaires ou titulaires de privilèges immobiliers, ou au même rang. Aussi, lors de l'énonciation des causes de la créance, l'acte d'opposition doit indiquer son origine et procéder à une ventilation précise entre les différents chefs de créance, selon leur nature, du point de vue des garanties de paiement dont elles sont assorties[2].

452.- Le formalisme imposé à l'exercice de l'opposition relève d'un « *formalisme de contestation* » susceptible de recevoir, selon le Professeur X. Lagarde, une sanction différente de la nullité utilisée pour sanctionner tout vice de forme[3]. Le formalisme de contestation poursuit comme objectif la protection des droits de la défense du destinataire de l'acte. L'assertion s'applique parfaitement à l'opposition au regard de son caractère unilatéral et conservatoire qui lui permet de neutraliser l'acte préjudiciable ou les effets de celui-ci. Il s'inscrit donc dans un environnement procédural, source de contentieux, où la moindre irrégularité formelle peut se retourner contre l'auteur de l'acte, voire être invoquée à des fins purement dilatoires. Il conviendrait ainsi de soumettre la nullité du vice de forme à la preuve d'un grief en transposant purement et simplement la règle « pas de nullité sans grief » au domaine du droit civil[4]. Si un tel assouplissement de la sanction des irrégularités de forme de l'opposition ne semble pas applicable chaque fois qu'elle prend la forme d'un acte

---

[1] L'opposition doit énoncer le montant et les causes des créances du syndicat afférentes aux charges et aux travaux mentionnés aux articles 10 et 30 de la loi du 10 juillet 1965 de l'année courante, des deux dernières années échues et des deux années antérieures aux deux dernières années échues. Elle mentionne également le montant et les causes des créances de toute nature du syndicat garanties par une hypothèque légale et non comprises dans les créances privilégiées précitées, ainsi que de celles ne faisant l'objet d'aucune garantie spécifique. CA Paris, 10 oct. 2000 : *Gaz. Pal.* 7-8 février 2001, note F.-J PANSIER, p. 10 -15.
[2] CA Paris, 10 oct. 2000, précité.
[3] X. LAGARDE, article précité, p. 1775, n° 19.
[4] *Ibidem*.

extrajudiciaire, elle pourrait l'être dans toutes les autres situations. Le législateur a d'ailleurs tempéré de la sorte la sanction des irrégularités relatives à l'élection de domicile dans l'opposition au paiement du prix de vente d'un lot en copropriété. L'acte extrajudiciaire doit en effet contenir élection de domicile dans le ressort du tribunal du lieu de situation de l'immeuble. Depuis la loi du 10 juillet 1994, l'omission de cette mention n'entraîne la nullité de l'acte que si elle fait grief au vendeur. L'absence d'élection de domicile dans le ressort du tribunal du lieu de situation de l'immeuble était en effet courante lorsque le vendeur était domicilié dans le ressort d'un autre tribunal de grande instance que celui du lieu de situation de l'immeuble. L'huissier instrumentaire, celui du lieu d'habitation du débiteur, avait donc pour habitude d'inscrire élection de domicile dans son étude[1]. La sanction de cette omission par nullité de l'acte appelait donc à quelques tempéraments. Il n'en reste pas moins que si son absence n'emporte plus systématiquement la mainlevée de l'opposition, la sanction de toute irrégularité formelle reste rigoureuse pour le syndic. Le privilège spécial prévu à l'article 19-1 ne lui profite effectivement qu'en présence d'une opposition régulière.

453.- La transposition de la règle « pas de nullité sans grief » à des situations où l'opposition prend la forme d'un simple écrit paraît circonscrite à un champ d'application résiduel, la ou les mentions principales de l'acte consistant à faire état de sa motivation. Quelle que soit la forme imposée pour l'exercice de l'opposition, son destinataire doit être avisé des circonstances qui justifient le recours à l'acte conservatoire. La motivation de l'opposition constitue, en effet, une garantie minimale permettant de vérifier que son auteur agit conformément à ses droits, sans que l'obligation de motivation ne se transforme en un contrôle d'opportunité.

§ II. La motivation de l'opposition

454.- Sans aller jusqu'à lui réfuter tout domaine d'intervention, le droit privé se montre dans son ensemble assez hostile à toute exigence de motivation. Pour certains, elle répond à une volonté de transparence qui trouve sa raison d'être pour les choses publiques et non pour les choses privées, où elle prend la forme d'un acte d'immixtion[2]. Pour d'autres, elle s'apparente à une exigence que l'on pourrait qualifier de superflue. L'auteur d'un acte

---

[1] P. LEBATTEUX, article précité, p. 12.
[2] X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », *in La motivation*, travaux de l'Association Henri Capitant, Colloque Limoges 1998, *LGDJ* 2000, p. 74.

n'a pas à en exposer les motifs, il suffit qu'il se place dans l'exercice de son droit[1]. L'obligation de motivation concerne plus naturellement le droit administratif depuis que la loi du 11 juillet 1979 impose à l'administration de motiver les actes individuels susceptibles d'être préjudiciables[2]. Pour autant, elle se développe incontestablement en droit privé, même dans le domaine des contrats où le consensualisme en rend en principe difficile sa pénétration[3].

455.- En ce domaine, l'obligation de motivation va souvent de pair avec le caractère unilatéral de l'acte. La procédure civile ou le droit du travail en sont particulièrement révélateurs avec l'obligation de motiver les décisions de justice et celle de justifier le licenciement par une cause réelle et sérieuse. La motivation trouve en effet un champ d'application privilégié à l'égard des actes juridiques unilatéraux « *dont partie ou totalité des effets se font directement ressentir dans la personne ou dans le patrimoine d'un tiers* »[4]. Or, le caractère unilatéral de l'opposition lui permet de se former et de produire des conséquences juridiques, particulièrement contraignantes, indépendamment de tout consentement de son destinataire. A ce titre, l'acte d'opposition doit d'être motivé. Sa motivation tient également à des considérations proches de celles avancées en droit administratif où elle s'impose pour les décisions individuelles défavorables ou dérogeant aux règles générales.

456.- La motivation consiste à exposer les raisons, les motifs qui justifient une décision ou un agissement. Elle se suffit d'ailleurs de leur simple énonciation et se distingue en cela de leur existence, seule à même de légitimer la décision destinée à produire des effets de droit[5]. L'auteur de l'acte est ainsi contraint de faire état des raisons subjectives ou objectives à l'origine de celui-ci. Les premières renvoient à l'idée de mobile, de cause psychologique ou subjective par lesquels l'auteur de l'acte manifeste sa volonté interne. Les secondes incluent les éléments de fait et de droit à partir desquels l'acte a été pris et suffisent à la motivation de l'opposition. Il s'agit alors pour son auteur de justifier qu'il exerce son droit dans le cadre prévu par la loi.

---

[1] Notamment la doctrine dominante, voir à ce sujet R. ENCINAS DE MUNAGORRI, ouvrage précité, p. 343.
[2] La consécration de l'obligation de motivation résulte de la loi du 11 juillet 1979 complétée par une loi du 11 juillet 1986 qui énonce les actes soumis à telle exigence.
[3] X. LAGARDE, article précité, p. 73. - M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats, *Mélanges offerts à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 301-330.
[4] X. LAGARDE, article précité, p. 78.
[5] R. ENCINAS DE MUNAGORRI, ouvrage précité, p. 340.

L'obligation de motiver constitue donc une exigence de forme, emprunte d'éléments de fond par la référence faite aux motifs de l'acte, qui permet au juge d'exercer son contrôle sur l'acte. L'exposé des raisons objectives qui fondent l'opposition contribue au respect des droits de son destinataire (A) et facilite le contrôle du juge sur l'acte (B).

A. Le contenu de l'obligation de motivation

457.- Dans la mesure où l'opposant se voit reconnaître la possibilité d'imposer sa volonté à une autre personne, en dehors de tout consentement de celle-ci, il est tenu d'exposer les raisons objectives, c'est-à-dire les éléments de fait et de droit, qui légitiment son acte. La seule énonciation du motif légal nécessaire à l'exercice du droit d'opposition suffit à cet effet, sans qu'il faille s'intéresser aux motifs personnels qui l'ont poussé à agir. La nature conservatoire de l'opposition la rend indifférente aux mobiles de son auteur et l'existence d'une menace circonstanciée suffit à la justifier. Les conditions strictes imposées à l'exercice de l'opposition rendent en apparence toute exigence de motivation superfétatoire. La motivation est moins requise pour légitimer l'acte que pour s'assurer que son titulaire agit dans le cadre fixé par la loi. L'obligation de motivation diminue, en effet, le risque d'arbitraire lié à l'acte d'opposition en incitant son auteur à la réflexion. Elle permet également à son destinataire de mieux comprendre la décision qui lui fait grief et le cas échéant, de s'en défendre.

458.- L'exposé des raisons à l'origine du recours à l'acte conservatoire semble indispensable à la protection de son destinataire. Les motifs contenus dans l'acte d'opposition l'éclairent sur le comportement de l'opposant et constituent un préalable nécessaire à toute amorce de contestation, outre qu'ils lui permettent souvent de mieux accepter l'opposition. Il ne s'agit pas pour autant d'apprécier les raisons profondes de l'auteur de l'opposition ou encore l'opportunité de sa mise en œuvre[1]. L'exigence de motivation se réduit, en principe, à

[1] A l'exception de l'opposition conférée aux créanciers sociaux d'une société en cas d'absorption, de fusion ou de scission. Elle se forme directement par assignation devant le tribunal de commerce qui apprécie au vu des éléments de faits et de l'état patrimonial des sociétés en présence, s'il convient de rejeter la demande des opposants, de leur accorder des garanties ou le paiement de leur créance (art. 381 et 385 de la loi du 24 juillet 1966).

un contenu suffisamment satisfait par la simple mention du motif légal nécessaire à son exercice, son titulaire étant soumis à une obligation de motivation objective[1].

459.- Avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 2004, la question du contenu de la motivation avait suscité la controverse en droit du travail, afin de savoir si l'opposition à un accord dérogatoire devait exposer les raisons du désaccord avec les dispositions conventionnelles en cause. La Cour de cassation s'en était tenue à une conception purement objective et minimale de la motivation[2]. Le nouvel article L. 132-2-2-V du Code du travail énonce depuis que « *l'opposition est exprimée par écrit et motivée. Elle précise les points de désaccord* ». Les syndicats majoritaires semblent tenus d'une simple motivation objective, exclusive à toute référence aux motifs de l'acte d'opposition. Cette exigence apparaît conforme à l'opposition qui se présente comme un droit discrétionnaire. La possibilité d'assortir les droits discrétionnaires d'une obligation de motivation a d'ailleurs été soulignée, sans qu'elle s'accompagne pour autant d'un pouvoir d'appréciation du juge dans le contrôle des motifs de l'acte[3]. La remarque sied parfaitement au droit d'opposition. L'exigence de motivation revient pour son auteur à faire état du motif objectif qui justifie son acte et non de ses mobiles. Le législateur a assigné une finalité précise à l'opposition à laquelle son auteur ne peut échapper lors de sa mise en œuvre, chaque fois qu'il se situe dans le cadre légal pour agir, quels que soient ses mobiles. Les syndicats majoritaires, en tant que représentants légitimes des salariés, disposent ainsi de la possibilité de faire obstacle à la validité de l'accord uniquement pour des considérations d'opportunité. Aucun transfert de cette appréciation à une autre personne ou autorité ne semble possible, exception faite de la collectivité des salariés. Le juge ne semble admis qu'à contrôler l'existence et non la pertinence de la motivation, sous réserve d'un éventuel abus de droit[4].

---

[1] L'opposition à mariage doit ainsi énoncer le motif légal sur lequel elle repose. Il est de même de l'opposition écrite formée par le tireur au paiement du chèque qui doit mentionner le motif légal sur lequel elle repose à savoir la perte, le vol, l'utilisation frauduleuse ou la mise en redressement du porteur.

[2] La Cour de cassation avait ainsi estimé que la motivation de l'opposition à un accord dérogatoire se suffisait de la référence aux articles du Code du travail auxquels le texte dérogeait. La controverse provenait essentiellement du fait que l'ancien article L. 132-7 du Code du travail, contrairement à l'ancien article L. 132-26 du même code obligeait les opposants à exprimer les points de désaccord. A. LÉVY, note sous CA Paris, 22 sept. 1988 : *Dr. ouv.* 1998, p. 553.

[3] R. ENCINAS DE MUNAGORRI, ouvrage précité, p. 351.

[4] Cf. *supra* § 78.

460.- L'obligation de motivation permet également aux signataires de déterminer l'origine du désaccord et d'identifier rapidement les clauses de l'accord pouvant faire l'objet d'une éventuelle renégociation[1]. Elle peut également contribuer à faire ressortir une éventuelle divergence d'interprétation des dispositions de l'accord entre les signataires et les non-signataires. Néanmoins, la portée de l'obligation de motivation doit, à ce sujet, être relativisée. Les syndicats non-signataires de l'accord n'auront pas, en principe, manqué d'exprimer les raisons de leur désaccord lors de négociations. De plus, l'exposé des points de désaccord ne facilite de nouvelles négociations que si les acteurs sociaux en manifeste la volonté, en l'absence de toute obligation légale de renégocier un accord frappé d'opposition.

461.- L'étendue de la motivation imposée à l'exercice de l'opposition est source d'enjeux importants puisqu'elle en limite ou en étend les possibilités d'application. Le degré de motivation exigé en matière d'opposition à mariage a suscité quelques difficultés à ses débuts, afin de déterminer si le droit des ascendants pouvait reposer uniquement sur un motif légal ou s'il pouvait également s'appuyer sur des considérations d'ordre moral, familiales, personnelles ou religieuses. L'article 176 du Code civil oblige, en effet, les parents à indiquer « *les motifs de l'opposition* » et à reproduire le texte de loi sur lequel elle se fonde sans autre précision. La jurisprudence a toujours catégoriquement dénié aux titulaires de l'opposition le droit de fonder leur acte sur un motif autre que légal[2]. La solution se veut respectueuse de la finalité poursuivie par le législateur qui, en obligeant les titulaires de l'opposition et plus particulièrement les ascendants à motiver leur acte, a voulu mettre un terme à toute utilisation du droit d'opposition comme un instrument de contrôle familial du mariage. L'obligation de motivation apparaît surtout comme un moyen de décourager les actions dilatoires et incite son auteur à réfléchir sur la finalité de sa prérogative. Ce dernier en dispose dans un cas bien précis dont il doit rendre compte au moment de son exercice. Pourtant, une telle formalité ne décourage pas toujours les oppositions dilatoires.

---

[1] En ce sens J.-E. RAY, article précité.

[2] L'opposition doit s'appuyer sur un empêchement prohibitif ou dirimant et ne saurait tenir à des considérations d'ordre moral, familial, personne ou religieux. T. civ. Seine, 29 juin 1948 : *D.* 1948, p. 545 ; *Gaz. Pal.* 1948, II, p. 196 ; *RTD civ.* 1949, p. 73 ; T. civ. Dinan, 29 avr. 1952 : *D.* 1952, p. 446 confirmé par Rennes, 9 juill. 1952 ; TI Sarreguemines, 16 avr. 1959 : *D.* 1959, somm. p. 102 ; CA Paris, 4 juill. 1959 : *D.* 1960, p. 15 ; CA Paris, 6 juill. 1963 : *D.* 1964 somm. p. 37 ; TGI Paris, 13 déc. 1983 : *D.* 1984, p. 350, 1er esp. note M.-L. RASSAT ; *RTD civ.* 1985, p. 135 obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; CA Aix en Provence, 22 nov. 1993 : *RTD civ.* 1994, p. 325, obs. J. HAUSER.

La référence au motif autorisé par la loi reste abstraite et ne s'accompagne pas d'éléments de nature à établir sa sincérité, outre qu'elle n'exclut pas l'existence d'un éventuel abus. La motivation de l'opposition permet alors d'exercer un contrôle sur l'acte.

B. Le contrôle de la motivation

462.- L'énoncé des motifs justifiant le recours à l'opposition simplifie le contrôle du juge, voire des autorités reconnues compétentes à cet effet, en permettant d'écarter purement et simplement les oppositions dépourvues de motivation ou fondées sur un motif illicite. Dans les situations où elle satisfait à l'obligation de motivation, l'opposition est dotée d'une présomption de validité qu'il appartient au demandeur de renverser, en démontrant l'inexistence ou l'inexactitude des motifs invoqués à son appui. La motivation facilite le contrôle extrajudiciaire de l'opposition (1), sans nécessairement dispenser d'un contrôle contentieux de celle-ci (2).

1°) Le contrôle extrajudiciaire de la motivation

463.- L'indication du motif justifiant le recours à l'opposition évite la formation ou l'exécution d'actes illicites. La motivation de l'opposition responsabilise son titulaire lors de sa mise en œuvre et autorise son destinataire à écarter les oppositions fondées sur une autre cause que celle prévue par la loi, en dehors de tout recours contentieux. La faculté de ne pas tenir compte d'oppositions fondées sur un motif illicite concerne essentiellement le domaine bancaire[1].

464.- La loi du 30 décembre 1991, poursuivant l'objectif de lutter encore plus efficacement contre les oppositions illicites, a transféré l'examen précontentieux de l'opposition au chèque aux établissements bancaires[2]. Le banquier est depuis tenu de vérifier si le motif allégué par l'opposant relève de ceux autorisés par la loi, alors qu'auparavant il

---

[1] En matière de mariage, l'huissier chargé de signifier l'opposition a la possibilité de refuser son ministère chaque fois que l'opposant s'appuie sur une autre cause que celle prévue par la loi. Le rôle comminatoire de la motivation s'avère néanmoins très relatif. Les opposants fondent la plupart du temps leur acte sur un motif licite, mais inexistant dans les faits. Cf. *supra* § 289 et 462 et s.

[2] M. VASSEUR, « Le banquier est-il en droit de payer un chèque frappé d'opposition par le tireur pour un motif autre que ceux prévus par la loi » : *JCP G* 1992, 3598.

devait prendre l'opposition en considération quel que soit le motif invoqué à son appui[1]. Il lui appartient désormais d'écarter toute opposition fondée sur un motif illicite et d'adresser au tireur un courrier afin de lui indiquer les motifs de son rejet. A la suite d'une maladresse de rédaction des dispositions légales, certains auteurs se sont interrogés sur le point de savoir si le devoir de contrôle du banquier se limitait au constat d'un motif légal ou s'il se prolongeait à la vérification de sa teneur, notamment en sollicitant la remise d'un justificatif de nature à établir la vraisemblance du motif allégué[2]. La majorité de la doctrine se montrait favorable à un contrôle minimum en se prévalant du devoir de non-immixtion du banquier[3]. D'autres auteurs, estimaient au contraire inopportun de restreindre le rôle du banquier à son minimum, alors que les dispositions légales témoignaient du renforcement des contrôles *a priori*[4]. Les documents requis à l'appui de l'opposition, en cas de vol ou de mise en liquidation ou en redressement judiciaire, s'avèrent de surcroît faciles à fournir simultanément à la confirmation de l'opposition[5]. Amenée à se prononcer sur l'étendue du pouvoir du banquier, la Cour de cassation a estimé qu'il ne lui appartenait pas de contrôler la réalité des motifs de l'opposition[6]. De telles vérifications relèvent effectivement du contrôle du juge, seul apte à s'assurer de la sincérité des motifs invoqués. Celles-ci s'avèrent, par ailleurs, difficiles à pratiquer pour le tiré qui dispose souvent de peu de temps entre la connaissance de l'opposition et sa décision de refuser ou non le paiement du chèque[7].

---

[1] Cass. com. 22 janv. 1979 : *Banque* 1979, p. 110 ; Cass. com., 9 fév. 1981 : *Bull. civ*. IV n° 68 ; *D.* 1981, IR, p. 303 obs. M. CABRILLAC ; Cass. com. 27 oct. 1992 : *Bull. civ*. IV, n° 321. Le tiré engageait sa responsabilité civile s'il payait un chèque au mépris de l'opposition qu'elle repose ou non sur un des motifs autorisés par la loi.

[2] Dans sa rédaction initiale, l'article en cause oblige le banquier recevant une opposition illicite à informer le tireur du motif pour lequel il rejette son opposition et le sanctionne pénalement s'il ne respecte les prescriptions de l'alinéa 2 de l'article 32 du décret-loi de 1935. Ce dernier énumérant les cas d'opposition, sans imposer la moindre obligation au banquier, on a pu parfois en déduire la reconnaissance d'un contrôle particulier à sa charge dans la mesure où le tiré est sanctionné en cas d'admission d'une opposition infondée.

[3] M. VASSEUR, article précité, n° 5 ; H. BOUILHOL article précité, p. 679, Y. CHAPUT, « La loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement, *D.* 1992 chron. p. 107, M. JEANTIN, article précité, n° 104, p. 64 - Trib. com. Bordeaux, Ordonnance de référé, 14 avr. 1994 inédit et Bordeaux, 1è Chambre section C, 27 juill. 1994, inédit, cités par J.-L. GUILLOT, *Banque* nov. 1994, p. 99, n°553. *Contra* CA Bastia, 13 déc. 1993 : *Banque et droit* 2000, n° 73, obs. J.-L. GUILLOT cassé par Cass. com., 8 oct. 2002 : *D.* 2002 act. jurispr., p. 2940-2941, note V. AVENA-ROBARDET ; *JCP E* 2003, p. 222-224 note D. CHOLET.

[4] Le banquier qui reçoit une opposition est tenu de notifier à son auteur les sanctions encourues si elle s'avère illicite. Il s'agit d'offrir à l'opposant les moyens de se rétracter en lui faisant état des sanctions pénales auxquelles il s'expose.

[5] V. à ce sujet M. CABRILLAC qui évoque la possibilité de produire en cas de vol une déclaration faite à la police ou le récépissé d'une plainte ou encore un extrait de jugement en cas de redressement ou de liquidation judiciaire. article précité, n° 410 ; « Variations nouvelles sur des airs anciens ou les délits de retrait et de blocages de la provision après 1991 », *Mélanges J. LARGUIER*, PUG, 1993, p. 57 ; *adde* M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, commentaire du décret n° 92-456 du 22 mai 1992 *in RTD com.* 1992, p. 645 ; M. GAMDJI, « De l'opposition au paiement par chèque », *Banque et Droit*, juillet-août 1996, p. 20.

[6] Cass. com., 8 oct. 2002 : précité.

[7] D. CHOLET, note précitée, p. 223 ; V. AVENA-ROBARDET, note précitée, p. 2941.

465.- Il faut néanmoins remarquer que dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, au sujet de l'étendue du contrôle du tiré, l'opposition ne se fondait pas sur un des cas explicitement autorisé par la loi, mais sur l'extorsion de titre. Le banquier l'avait admis en raison de l'assimilation faite par la jurisprudence de l'extorsion de titre au vol[1]. Certains auteurs proposent donc de lui reconnaître une latitude dans l'appréciation du motif d'opposition, chaque fois qu'il correspond à un fait susceptible de rentrer dans le champ d'application d'un motif légal, sans reposer directement sur celui-ci[2]. Le tiré ne disposerait en revanche d'aucune marge de manœuvre en présence d'une opposition explicitement fondée sur un motif licite ou illicite. Cependant, dans les situations où l'opposition s'appuie sur des faits non qualifiés, le banquier devrait pouvoir rechercher s'ils s'assimilent à un cas d'opposition sous contrôle du juge[3]. Il convient de faire preuve sur ce terrain de la plus grande prudence. Le banquier n'est pas juge de l'opposition et tout transfert d'appréciation du motif d'opposition à ce dernier pourrait se révéler malencontreuse et source de disparités. Si le banquier doit tenir compte de toutes les oppositions fondées sur un motif légal ou sur un motif assimilé comme tel par la Cour de cassation, il ne semble pas autorisé à procéder à d'autres assimilations.

466.- Exception faite de la notion d'utilisation frauduleuse, les autres causes d'opposition n'apparaissent pas susceptibles d'extension. Le banquier ne saurait d'ailleurs être habilité à définir les faits susceptibles de relever de la notion d'utilisation frauduleuse. Il lui appartient de tenir compte de toute opposition invoquée à l'appui d'un tel motif, à charge pour le porteur d'en contester la qualification ou la véracité, devant le juge judiciaire, au regard des faits invoqués à cet effet.

---

[1] Cass. com., 26 juin 1979 : *Bull. civ.* IV, n° 215 ; *D.* 1980, IR p. 134 obs. M. CABRILLAC. Depuis que le législateur a introduit la notion d'utilisation frauduleuse en 1991, l'extorsion de titre devrait lui être rattachée plutôt qu'au vol dans la mesure où le vol et l'extorsion de titre correspondent à des incriminations pénales distinctes. V. D. CHOLET, « La définition de l'utilisation frauduleuse du chèque », *RD bancaire et financier* 2001, p. 178.
[2] D. CHOLET, article précité, p. 224.
[3] *Ibidem.*

2°) Le contrôle judiciaire de la motivation

467.- L'obligation de motivation de l'acte d'opposition pose nécessairement la question de l'abus de droit. Les hypothèses d'abus du droit d'opposition apparaissent assez limitées dans la mesure où le législateur détermine strictement les situations susceptibles de justifier le recours à celle-ci. L'encadrement en amont du droit d'opposition réduit en effet considérablement les hypothèses d'abus, voire conduit à les inclure dans la sanction du motif illicite. Le droit du travail explique parfaitement un tel phénomène. La notion d'abus de droit a connu des développements substantiels en ce domaine pour sanctionner la faute commise par l'employeur, lors de la résiliation du contrat de louage de services. L'obligation ensuite faite à ce dernier par les lois de 1973 et de 1975 de justifier le licenciement par une cause réelle et sérieuse a certes restreint le domaine de l'abus de droit[1]. La notion de cause réelle et sérieuse a effectivement conduit à absorber, en partie, la sanction des abus dans le contrôle des motifs de licenciement[2]. L'encadrement du droit d'opposition, par l'exigence de motivation, relègue l'abus de droit à un rôle résiduel, ou contraint à le sanctionner, au travers de la sanction infligée à l'opposition reposant sur un motif illicite.

468.- L'opposant qui fonde son acte sur un motif autre que celui prévu par la loi semble moins commettre un abus de droit qu'être privé de tout droit d'opposition. En effet, ce dernier ne connaît pas d'existence en dehors des situations visées par la loi. Autrement dit, chaque fois que l'opposition s'appuie sur un motif non prévu par la loi, il y aurait dépassement des limites externes du droit, c'est-à-dire défaut de droit et non, dépassement des limites internes et abus de droit. L'usage de l'opposition en dehors des situations visées par la loi pourrait être sanctionné sur le fondement du défaut de droit et obliger son auteur à réparation indépendamment de tout préjudice[3]. Il ne semble pas pour autant possible d'évincer si facilement la question de l'abus de droit. La sanction de l'opposition semble d'ailleurs être envisagée sur ce terrain chaque fois que l'opposant s'appuie sur un motif légal en réalité fallacieux. Si le critère de l'abus a pu à ses origines se réduire essentiellement à une faute consistant à exercer son droit dans l'intention de nuire à autrui ou en le détournant de sa

[1] Sauf peut-être en ce qui concerne la rupture pendant la période d'essai ou en matière de licenciement pour motif économique. V. Ch. RADÉ, ouvrage précité, n° 373.
[2] La remarque concerne essentiellement l'article L. 122-14-4 du Code du travail et encore pas toujours. Les juges du fond visent parfois l'article 1382 du Code civil pour sanctionner des comportements étrangers aux motifs de l'acte. *Ibidem*.
[3] L. CADIET et P. LE TOURNEAU, *Rép. civ. Dalloz*, 2002, V. Abus de droit, n° 19.

fonction sociale[1], il comprend aujourd'hui des situations beaucoup plus larges. L'examen de la jurisprudence révèle aussi que l'abus consiste à exercer son droit avec une légèreté blâmable ou encore en l'absence de motif légitime. Or, dire que l'opposition repose sur un motif non prévu par la loi sous-entend nécessairement que son auteur agit en l'absence de motif légitime et commet un abus de droit.

469.- A ce sujet, il convient de souligner que la question de l'abus de droit se pose de manière relativement restreinte en ce qui concerne l'opposition à un jugement rendu par défaut ou à une injonction de payer. L'opposition à un jugement rendu par défaut, dans la mesure où elle tend directement à rétablir le principe du contradictoire à l'égard du défaillant, ne peut faire l'objet d'un abus que de manière exceptionnelle. La rareté des décisions sanctionnant l'abus de l'opposition est révélatrice, outre qu'aucune sanction de celui-ci n'est prévue par le Nouveau Code de procédure civile, alors qu'il en va différemment pour l'appel ou les voies de recours extraordinaires[2]. L'opposition doit néanmoins être motivée et contenir les moyens du défaillant afin d'éviter la formation de recours dilatoires aux fins de retarder l'exécution de la décision[3]. La motivation s'avère d'ailleurs insuffisante chaque fois que l'opposant prétend que la demande n'est ni justifiée, ni fondée ou encore que les sommes ne sont pas dues[4]. A défaut de toute amende ou dommages et intérêts sanctionnant celui qui s'oppose de manière abusive ou dilatoire, il convient de lui faire supporter l'intégralité de la charge des dépens[5]. Seul le débiteur s'opposant à une ordonnance portant injonction de payer n'a pas à motiver son opposition, qui présente un caractère discrétionnaire[6]. Cette faveur s'explique par le fait qu'il n'a été jusqu'à présent ni entendu, ni appelé. Aussi, est-il apparu nécessaire de lui ouvrir le plus largement cette voie de droit afin de lui permettre de fournir ses explications[7]. Le faible taux d'opposition suivant la notification d'une ordonnance portant

---

[1] V. à ce sujet G. RIPERT, « Abus ou relativité des droits », *Rev. crit. législ. et jur.*, 1929, p. 33 et L. JOSSERAND, « De l'esprit des droits et de leur relativité », Dalloz 1939, n° 292.

[2] L. CADIET et P. LE TOURNEAU, article précité, n° 161.

[3] L'obligation de motivation a pendant longtemps été considérée comme une obligation substantielle sanctionnée à ce titre par la nullité, avant que la jurisprudence par référence aux dispositions du Nouveau code de procédure civile n'y voit un simple vice de forme soumis à la règle pas de nullité sans grief. CA Aix, 5 juill. 1984 : *Gaz. Pal.* 1985, I, p. 399, note C. DUREUIL ; *RTD civ.* 1985, p. 619 obs. R. PERROT.

[4] Cass. req., 30 janv. 1939 : *Gaz. Pal.* 1939, I, p. 537. – Cass. civ., 9 mars 1920 : *D. P.* 1924, I, p. 92. Cass. 2ème civ., 4 juin 1957 : *JCP* 1957 éd. A, IV, 1317.

[5] Y. DESDEVISES, *J-Cl. Procédure civile*, Jugements par défaut. Effets, Fasc. n° 538, n° 57 Certes, l'article 696 du Nouveau Code de procédure civile prévoit que la partie qui succombe supporte la charge des dépens. Elle n'en constitue pas moins une forme de sanction possible de l'opposition abusive. En principe, le juge n'usera pas dans ce cas de la faculté de mettre tout ou partie des dépens à charge d'une autre partie, par décision spéciale et motivée.

[6] D. MAS*, Rép. com. Dalloz*, 2003, V. Injonction de payer, n° 126.

[7] R . PERROT, obs. : *RTD civ.* 1987, p. 411, note sous Cass. 2ème civ, 14 janvier 1987 : *Bull. civ* II, n° 10.

injonction de payer laisse à penser que l'opposition fait l'objet de peu d'abus dans ce domaine[1]. En revanche, la jurisprudence sanctionne largement toute tierce opposition abusive ou dilatoire et les juges du fond disposent d'un pouvoir d'appréciation souverain à cet effet. Le tiers à l'origine d'un recours abusif ou dilatoire peut être condamné au versement d'une amende civile et à des dommages et intérêts[2]. Le préjudice subi par le défendeur suffit à la condamnation du tiers au versement de dommages et intérêts, peu importe que celui-ci se soit désisté de l'instance ou qu'il n'ait commis aucune faute[3].

470.- Les conditions de fond imparties à l'exercice de l'opposition réduisent en pratique les risques d'abus. Cependant, la motivation exigée pour l'opposition à mariage consistant à faire référence au motif légal et à reproduire le texte de loi sur lequel elle repose n'est nullement contraignante. Rien n'empêche l'opposant et plus particulièrement les ascendants d'avancer à l'appui de leur acte un motif mensonger lié à un état de démence du futur époux ou à un vice du consentement pour retarder une union qu'ils désapprouvent[4]. Certaines décisions n'hésitent pas à rappeler « *qu'en raison de l'atteinte grave portée au principe de la liberté du mariage entre personnes majeures, il doit être établi de manière certaine l'existence d'un empêchement* ». Le juge judiciaire s'appuie parfois sur l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour souligner que le droit au mariage ne reçoit d'exception qu' « *en présence de motifs sérieux et légitimes* »[5]. Ce rappel n'est pas anodin à l'heure où les rares oppositions exercées se fondent sur des arguments fallacieux et se forment dans un contexte familial généralement conflictuel[6].

---

[1] Seulement 5% des ordonnances portant injonction de payer avaient donné lieu à une opposition en 1988. Infostat, n° 32, avr. 1993 cité par J. VINCENT et S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 933.
[2] NCPC, art. 581.
[3] Cass. 2ème civ., 8 nov. 1976 : *Gaz. Pal.* 1977, I, panor., p. 14 ; Cass. 1re civ, 6 juill. 1977 : *Bull. civ.* I, n° 316.
[4] Le transexualisme a pu être invoqué par les opposants, en dépit du fait qu'il n'empêche pas le mariage à condition que le futur conjoint transexuel ait obtenu le changement de son sexe à l'état civil. Le juge saisi de la mainlevée doit surseoir à statuer jusqu'à la décision rendue sur la tierce opposition intentée à l'encontre du jugement ayant acceptée la rectification de l'état civil. CA Paris, 17 fév. 1984 : *D.* 1985, p. 350 note M.-L. RASSAT ; *RTD civ.* 1985, p. 135, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.
[5] CAVersailles, 5 juin 1990 : *JCP G* 1991, II, 21759 note F. LAROCHE-GISSEROT ; *D.* 1991, p. 268, note J. Hauser ; *RTD civ.* 1991, p. 297 obs. J. HAUSER.- CA Limoges, 19 déc. 1996 : *Dr. de la famille* 1997, n° 95, note H. LÉCUYER.
[6] CA Limoges, 19 déc. 1996 : précité ; CA Rennes, 25 oct. 1999 : *Dr. de la famille* 2000, n° 75, note H. LÉCUYER.

L'action dilatoire des ascendants se trouve d'ailleurs favorisée par l'immunité de responsabilité dont ils bénéficient, l'article 179 du Code civil excluant expressément leur responsabilité en présence d'une opposition illicite[1]. A l'exception des ascendants, les titulaires du droit d'opposition qui auront agi de manière fautive ou à des fins vexatoires sont tenus d'indemniser les futurs époux en application de la théorie de l'abus de droit[2]. Or, une opposition manifestement fondée sur un motif fallacieux révèle que l'opposant n'avait pas le droit de s'opposer. Il pourrait être donc condamné sur le fondement du défaut de droit, indépendamment de tout préjudice, même s'il faut reconnaître qu'une opposition non fondée entraîne nécessairement un dommage, fut-il moral pour les futurs époux. L'abus de droit d'opposition procéderait de situations où l'un des parents après avoir consenti au mariage de son enfant mineur rétracte son consentement et forme opposition au mariage[3].

471.- L'exigence de motivation joue un rôle plus ou moins étendu dans la sanction des oppositions illicites ou abusives selon le droit d'opposition en présence. Le caractère discrétionnaire, mais non arbitraire, de l'opposition des syndicats majoritaires réduit quelque peu son intérêt, dans la mesure où l'opposition n'est susceptible d'aucun contrôle de sa pertinence, sous réserve d'un éventuel abus de droit. L'acte d'opposition des syndicats majoritaires est soumis à une obligation de motivation objective dont le juge ne semble pas pouvoir apprécier la pertinence. Les syndicats représentatifs, majoritaires en raison de leur qualité, sont effectivement les mieux placés pour apprécier de la conformité de l'accord à l'intérêt collectif[4]. Cependant, le juge semble autoriser à sanctionner un éventuel abus de droit dans les situations où la motivation de l'opposition n'apparaît manifestement pas sérieuse[5]. Il en est de même dans celles où les syndicats opposants témoignent sans ambiguïté, notamment lors des négociations ou par des déclarations dans la presse, de leur intention de signer l'accord pour ensuite se rétracter et s'opposer. L'accomplissement de l'opposition révélerait le comportement manifestement déloyal des syndicats et l'abus du droit d'opposition.

---

[1] V. cependant la décision du Tribunal de grande instance de Bobigny réformée sur ce point par la Cour d'appel de Paris ayant condamné les parents au versement de 1 euro à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice moral causé par leur opposition en réalité fondée sur un motif non avéré dans les faits. CA Paris, 29 avr. 2003 : *D.* 2003 som. comm., p. 1938.

[2] CA Paris, 28 juin 1872 : *DP* 1873, II, p. 55 ; CA Colmar, 8 juill. 1970 : *JCP* 1971, II, 16604, note J. A. - En ce sens M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, article précité, n° 588.

[3] T. civ. Fougères, 21 nov. 1962 : précité.

[4] Cf. *supra* § 69.

[5] Le Tribunal de grande instance de Belley a ainsi été amené à préciser qu'il ne lui appartenait pas d'apprécier la pertinence de l'opposition « dès lors qu'elle n'est pas totalement fantaisiste ». TGI Belley, 20 juin 1988, *Dr. ouvrier*, p. 141-144, note R. PASCRÉ.

472.- La délimitation stricte des conditions d'application du droit d'opposition circonscrit les possibilités pour ses titulaires d'en user à d'autres fins que celles prévues par la loi. De surcroît, le destinataire d'une opposition fondée sur un motif irrégulier cherche souvent à en obtenir la mainlevée rapidement, indépendamment de toute sanction liée à l'abus de droit. La question de l'abus d'opposition apparaît donc assez résiduelle, que cette dernière prenne la forme d'un droit subjectif ou d'une action en justice. Encore qu'en dehors des cas où la loi n'impose pas une obligation de motivation explicite, les énonciations contenues dans l'acte d'opposition permettent un contrôle similaire à celui issu de la motivation. Ainsi, le fait pour l'opposition au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce d'avoir été faite sans titre et sans cause s'analyse en un abus[1]. Les risques d'abus sont également réduits chaque fois que la recevabilité de l'opposition est soumise à l'appréciation d'une autorité compétente ainsi en matière d'opposition au décret autorisant un changement de nom, à l'enregistrement d'une marque ou à une opération fusion. Dans toutes ces situations, l'opposant est, en effet, obligé de présenter ses moyens et d'exposer les éléments de fait et de droit qui fondent son acte.

473.- Le formalisme lié au contenu de l'opposition, qu'il se manifeste sous la forme de mentions que doit contenir l'acte ou d'une exigence de motivation, consiste toujours pour son auteur à justifier qu'il agit bien dans le cadre légal. Le non-respect des mentions obligatoires ou de la motivation constitue, de ce fait, une irrégularité de nature à entraîner la nullité de l'opposition dans la mesure où elles participent directement à la protection de son destinataire.

---

[1] G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial, LGDJ, t. 1, 17ème éd., 1998, par M. GERMAIN et L. VOGUEL, n° 624, p. 465. « *Au cas d'abus d'opposition, c'est-à-dire si l'opposition a été faite sans titre ou sans cause, ou si elle est nulle en la forme, le vendeur peut se pouvoir en référé devant le président du tribunal de grande instance pour obtenir l'autorisation de toucher le prix* ». La remarque doit être prise avec circonspection dans la mesure où l'opposition nulle en la forme ne traduit pas nécessairement un abus à moins d'avoir été exercée avec une légèreté blâmable. L'emploi du terme « abus » doit également être relativisé. Les auteurs évoquent plus les recours ouverts au vendeur en présence d'une opposition illicite ou irrégulière que la sanction propre de l'abus, supposant une intention malveillante ou tout du moins une légèreté blâmable dans l'exercice de l'opposition. Elle conduit en principe à une sanction indépendante de celle attachée à la validité de l'acte et oblige à apprécier non pas l'acte en lui-même mais sa finalité ou le comportement de son auteur.

Conclusion du Chapitre

474.- Suite logique du caractère unilatéral mais aussi conservatoire de l'opposition, dans la mesure où celle-ci répond à une menace, le formalisme qui l'entoure ne saurait être excessif afin de ne pas entraver son exercice. La notification de l'acte d'opposition sous la forme d'un exploit judiciaire constitue sa forme privilégiée, si ce n'est naturelle, dont le non-respect est sanctionné par sa nullité. L'opposition ne s'exprime cependant pas sous une forme unique et revêt des formes variées, justifiées par la nécessité de la faciliter et de favoriser l'acte conservatoire. Il ne faut pas en conclure que celle-ci saurait se dispenser de tout formalisme, bien au contraire celui-ci est essentiel à l'opposition. Son caractère unilatéral oblige son titulaire à la porter à la connaissance de son destinataire et à l'assortir d'un minimum de garanties formelles nécessaires à l'information de ce dernier.

475.- L'obligation de motivation constitue, à ce titre, une condition de validité de l'acte qui responsabilise son titulaire et facilite le travail du juge, amené le plus souvent à intervenir *a posteriori* en raison de son caractère unilatéral. La motivation de l'opposition sert tout aussi bien en matière bancaire à réaliser un contrôle précontentieux de celle-ci qu'à permettre au juge d'établir plus facilement tout défaut ou tout abus du droit d'opposition. A cet égard, l'exigence de motivation est purement objective et consiste pour l'opposant à justifier qu'il se situe bien dans le cadre prévu par la loi pour agir. Il permet ainsi à son destinataire d'accepter l'opposition, si ce n'est d'en apprécier le bien-fondé afin de juger de l'opportunité de la contester.

Conclusion du Titre

476.- L'opposition revêt les caractères fondamentaux prêtés à l'acte conservatoire dans la mesure où elle apparaît, certes, nécessaire mais aussi et surtout préventive. A cet égard, l'opposition contribue à renouveler la notion de prévention attachée à celui-ci. Le caractère préventif de l'acte ne semble pas faire systématiquement l'objet d'une interprétation chronologique. La conservation peut intervenir, en dépit de la réalisation de la menace, chaque fois que celle-ci est réversible. L'opposition agit alors directement sur la source du préjudice et non sur le préjudice lui-même, se détachant ainsi des mesures de sanction ou de réparation. Le caractère préventif accordé au conservatoire doit, en réalité, être interprété à l'aune de ses effets et non de son moment d'intervention dans le temps.

477.- Moyen de défense conservatoire, l'opposition se manifeste sous la forme d'un acte unilatéral formaliste. Les formalités dont s'entoure l'accomplissement de l'opposition servent essentiellement à protéger son destinataire et à faciliter le contrôle du juge notamment, par l'obligation de motivation généralement imposée à son auteur. Le formalisme de l'opposition correspond en ce sens à « un formalisme de contestation », tourné entièrement vers la protection de son destinataire qui doit pouvoir se défendre d'un acte illicite ou irrégulier, les effets de l'opposition étant particulièrement rigoureux à son égard.

TITRE II

UN MOYEN DE DÉFENSE TRANSITOIRE

478.- L'objectif de conservation poursuivi par l'opposition l'affecte d'un caractère transitoire. Son accomplissement emporte la conservation des intérêts de son titulaire et la disparition conséquente de ses effets. Une fois celle-ci exercée, les intérêts protégés retrouvent leur stabilité initiale. L'opposition a épuisé tous ses effets et toute trace de celle-ci disparaît. Le plus souvent, la protection des intérêts de son auteur se réalise en un seul trait de temps et l'opposition offre à cet égard une réaction parfaitement adaptée au péril à conjurer, en neutralisant tout ou partie des conséquences de l'acte juridique préjudiciable. Cependant, dans certaines circonstances, les effets de l'opposition s'accompagnent d'une continuité dans le temps et conduisent alors à s'interroger sur les conditions de sa disparition.

479.- L'opposition appelle effectivement des mesures de dénouement chaque fois que ses effets perdurent jusqu'à la conservation définitive des droits de son titulaire ou que son destinataire entend la contester. L'effet conservatoire s'avère dans ces situations pleinement réalisé, cependant les parties souhaitent s'en libérer qu'il s'agisse, soit de contester une opposition non-fondée, soit de réaliser le droit protégé. L'hypothèse concerne tout particulièrement les oppositions au paiement pour lesquelles la conservation du droit de gage du créancier n'est qu'une étape préparatoire à la réalisation de son droit. La cessation des effets de l'opposition suppose dans de telles situations le recours à des procédures accessoires et indépendantes de celle-ci afin de lever son effet conservatoire.

Le caractère transitoire de l'opposition l'amène à disparaître dès la conservation des intérêts devenue définitive ou inutile tout aussi bien en raison de l'accomplissement de son effet conservatoire (chapitre I) que, le cas échant, des procédures de dénouement destinées à permettre la levée de ce même effet conservatoire (chapitre II).

CHAPITRE I

L'ACCOMPLISSEMENT DE L'OPPOSITION

480.- La défense manifestée par l'opposition à la menace pesant sur les intérêts de son titulaire apparaît proportionnée au péril à conjurer[1]. Le plus souvent, une simple neutralisation des effets préjudiciables de l'acte, au moyen d'un effet suspensif, permet d'atteindre la finalité conservatoire. La suspension de l'acte suffit à la protection des intérêts de son titulaire dans la mesure où il s'agit pour ce dernier d'empêcher l'exécution de la décision litigieuse, le temps de faire valoir le principe du contradictoire à son égard, ou d'empêcher le débiteur de recevoir un paiement, avant d'avoir désintéressé ses créanciers. En ce sens, à elle seule, l'introduction du recours permet d'assurer la conservation des droits de l'opposant, en instaurant un débat contradictoire et ce, indépendamment de la décision finale rendue à la suite de l'opposition. Il en est de même en ce qui concerne les créanciers dont le droit de gage général s'avère protégé du seul fait de l'exercice de l'acte conservatoire.

481.- Cependant, lorsque la menace à conjurer le commande, l'opposition réalise des effets particulièrement fulgurants. Elle emporte ainsi extinction de l'acte préjudiciable aux intérêts de son titulaire. Celui-ci se trouve anéanti du simple fait de son accomplissement, sous réserve des cas où l'extinction de l'acte, voire d'une partie de ses effets, est soumis à l'appréciation du bien-fondé de l'opposition. L'acte juridique frappé d'opposition disparaît alors comme si un élément essentiel à son existence ou à sa validité faisait défaut. Il est empêché d'accéder à toute vie juridique.

Selon l'intensité de la menace à laquelle elle doit faire face, l'opposition emporte, en conséquence, soit un effet suspensif (section I), soit un effet extinctif (section II).

---

[1] S. LE GAC PECH, La proportionnalité en droit privé des contrats, Préf. H. MUIT-WATT, LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 335, 2000 ; Cl. BRENNER, ouvrage précité, p. 125.

Section I

L'effet suspensif

482.- Le terme d'effet suspensif a une connotation processuelle et renvoie à l'effet produit par les voies de recours ordinaires, en vertu duquel le temps laissé pour exercer le recours, puis pour procéder à son examen, arrête temporairement l'exécution de la décision contre laquelle il est formé. L'opposition produit en premier lieu un effet suspensif lorsqu'elle prend la forme d'une voie de recours, d'une voie de droit ou fait l'objet d'une procédure nécessaire à l'examen des prétentions de l'opposant. Ses effets peuvent également être qualifiés de suspensifs chaque fois qu'elle fait obstacle à la réalisation d'une partie des conséquences d'un acte juridique, en rendant indisponibles les sommes sur lesquelles il porte. Elle adresse alors une défense de payer à son destinataire qui ne peut plus agir que conformément aux droits de l'opposant. L'indisponibilité altère le pouvoir de disposition du débiteur sur le bien ou la chose afin de l'affecter à un usage particulier ou à des personnes déterminées. A ce titre, elle se présente comme un moyen privilégié pour conserver les droits des créanciers et exprime un lien de destination subjectif et temporaire. Alors que l'effet suspensif peut être regardé comme un élément accessoire des oppositions processuelles (paragraphe I), il constitue l'effet principal des oppositions au paiement (paragraphe II).

§ I. L'effet suspensif accessoire à la finalité conservatoire des oppositions processuelles

483.- Chaque fois qu'elle prend la forme d'une voie de recours ou d'une voie de droit, l'opposition suspend l'exécution de la décision dommageable jusqu'à ce qu'il soit statué sur celle-ci. Il en est également ainsi lorsque l'exercice de l'opposition est soumis à l'appréciation d'une autorité compétente[1]. L'effet suspensif étant propre aux voies de recours ordinaires, il ne concerne pas en principe la tierce opposition. Plus exactement, celle-ci ne suspend pas par elle-même l'exécution du jugement attaqué. Le juge qui en est saisi, a toutefois la faculté de suspendre l'exécution dans les situations où elle risquerait d'être

[1] L'opposition à l'enregistrement d'une marque ou à changement de nom suspend la demande d'enregistrement de la marque ou le décret autorisant le changement de nom, le temps nécessaire à l'examen des prétentions de l'opposant et donc au rejet ou à l'admission de l'action conservatoire.

préjudiciable au tiers opposant[1]. La question de l'effet suspensif de la tierce opposition incidente sur l'instance au cours de laquelle elle est formée se pose en des termes quelques peu différents, même si elle reste entièrement soumise à l'appréciation du juge saisi au principal. Celui-ci peut, soit négliger la tierce opposition en passant outre et statuer sur le litige, soit surseoir à statuer sur le litige jusqu'à ce que la tierce opposition ait fait l'objet d'une décision définitive[2].

La conservation des droits de l'opposant, loin de passer par le seul effet suspensif des voies de recours ou de droit (A), se réalise notamment pour les voies de recours, grâce à leur effet dévolutif, seul à même de rétablir le principe du contradictoire auquel tend l'acte conservatoire (B).

A. L'opposition, moyen de prolonger l'effet suspensif

484.- L'opposition prolonge seulement le caractère suspensif attaché au délai accordé pour la former et cet effet, loin de lui être caractéristique, concerne toutes les voies de recours ordinaires. L'effet suspensif des voies de recours ordinaires ressort directement de la mise en œuvre de l'opposition dans les délais légaux et ne connaît d'exception qu'en cas d'exécution provisoire[3]. L'effet suspensif de l'opposition suppose qu'elle ait été régulièrement formée et notamment que son auteur l'ait exercée dans les conditions de délais et de formes prescrites par la loi. Il concerne aussi bien l'opposition à un jugement rendu par défaut que l'opposition à une ordonnance portant injonction de payer. La tierce opposition en tant que voie de recours extraordinaire ne saurait produire le moindre effet suspensif, à moins que le juge n'en décide autrement, en application des dispositions de l'article 590 du Nouveau Code de procédure civile. La suspension de la décision attaquée par le tiers opposant suppose que l'exécution soit de nature à entraîner un dommage irréparable pour le demandeur. Le prononcé de la suspension relève alors du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond qui doit motiver sa décision[4].

---

[1] NCPC, art. 590.
[2] NCPC, art. 595.
[3] L'effet suspensif dont s'accompagne l'exercice de l'opposition à un jugement rendu par défaut ne s'applique pas si le demandeur en a obtenu l'exécution provisoire. Celui-ci poursuit alors l'exécution du jugement à ses risques et périls. L'effet suspensif ne concerne pas les décisions exécutoires de droit à titre provisoire, énumérées par l'alinéa 2 de l'article 514 du Nouveau Code de procédure civile.- J. VIATTE, « L'exécution provisoire nonobstant opposition », *Gaz. Pal.* 1977, doct. p. 213.
[4] Cette prérogative appartient exclusivement au juge du fond et le Premier président de la Cour d'appel statuant en référé ne saurait procéder à une telle suspension. CA Paris, 22 oct. 1987 : *Bull. avoués* 1987, IV, p. 195.

485.- En vertu de l'effet suspensif des voies de recours ordinaires, tout acte d'exécution accompli au mépris de l'opposition à jugement par défaut est nul, sans compter que la partie et l'huissier à son origine s'exposent au versement de dommages et intérêts, même si la décision rendue par défaut est ensuite confirmée par le tribunal appelé à statuer de nouveau[1]. En matière civile, l'opposition n'anéantit pas le jugement par défaut mais en suspend seulement les effets[2]. La règle ne joue pas en matière répressive où l'opposition suspend l'exécution de la décision rendue par défaut et emporte également un effet extinctif[3]. L'opposition du prévenu à l'exécution du jugement rendu par défaut rend celui-ci non avenu dans toutes ses dispositions, à moins que ce dernier limite son recours aux seules dispositions civiles du jugement[4]. L'effet extinctif de l'opposition est subordonné à sa régularité et à la comparution de l'opposant à l'audience, à défaut de laquelle la décision primitive retrouve son efficacité.

L'effet suspensif n'empêche pas la partie ayant obtenu le jugement par défaut de prendre des mesures conservatoires. L'efficacité finale de telles mesures dépend seulement du rejet de l'opposition[5].

486.- L'opposition à une injonction de payer entraîne la suspension de la force exécutoire acquise éventuellement par l'ordonnance portant injonction de payer, à la suite de l'apposition de la formule exécutoire[6]. Il en sera ainsi dans les situations où l'ordonnance portant injonction de payer n'a pas été signifiée à la personne du débiteur, mais à son domicile ou à la mairie, et se voit revêtue de la formule exécutoire dans le mois suivant sa signification. L'ordonnance reste alors soumise à une éventuelle opposition « *jusqu'à l'expiration du délai d'un mois suivant le premier acte signifié à personne ou, à défaut suivant la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponible en tout ou partie les biens du débiteur* »[7]. L'opposition formée à la suite d'une mesure d'exécution, contre une ordonnance portant injonction de payer devenue exécutoire, permet au débiteur

---

[1] Cass. civ., 18 mars 1929 : *DH* 1929, p. 283. En revanche, si le défaillant se désiste de son recours et acquiesce au jugement rendu par défaut la nullité cesse d'être encourue. Cass. civ., 29 nov. 1910 : *S.* 1911, I, p. 559.

[2] Sur la critique et l'abandon de la jurisprudence qui décidait que l'opposition anéantissait le jugement par défaut. V. J. VINCENT et S. GUINCHARD, ouvrage précité, n° 1338.

[3] G. STEPHANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, Procédure pénale, Dalloz, Coll. Précis, 2004, n° 741 et s.

[4] Code pr. pén., art. 489.

[5] Il a ainsi été jugé que la validité et l'efficacité d'une inscription d'une hypothèque judiciaire, en vertu d'un jugement rendu par défaut et frappé d'opposition, était soumise au rejet de l'opposition. Dans ce cas, ses effets remontent à la date à laquelle elle a été prise. Cass. civ., 4 août 1913 : *DP* 1917, I, p. 121, note CÉSAR-BRU ; CA Orléans, 14 janv. 1911 : *DP* 1919, II, p. 44.

[6] J. MIGUET, *J.-Cl. Procédure civile*, 1997, Injonction de payer, Fasc. 990, n° 127.

[7] NCPC, art. 1416.

d'arrêter la procédure d'exécution et, plus particulièrement, les saisies qui auraient été entreprises. Les sommes saisies demeurent néanmoins indisponibles jusqu'à ce qu'il ait été statué sur opposition au terme d'un débat contradictoire[1].

B. L'opposition, moyen d'instaurer un débat contradictoire

487.- L'opposition à un jugement rendu par défaut dérivant directement « *du droit de défense* », les intérêts du défaillant ne sont véritablement conservés qu'à partir du moment où le principe du contradictoire est rétabli à son égard[2]. Il en est de même en ce qui concerne l'injonction de payer dans la mesure où elle transforme une procédure gracieuse et unilatérale en procédure contentieuse et contradictoire. Quel que soit le domaine de l'opposition lorsqu'elle prend la forme d'une voie de droit ou de recours, elle consiste à permettre à l'opposant de faire valoir ses moyens de défense et de rétablir à son égard l'effectivité du contradictoire. Une logique identique se retrouve lors de l'exercice de la tierce opposition. Le tiers cherche à se défendre de l'opposabilité d'un jugement préjudiciable à ses intérêts légitimes, aussi convient-il de lui permettre de présenter ses moyens, comme s'il était intervenu à l'instance avant que la décision ne soit rendue[3]. La tierce opposition n'apparaît plus dès lors totalement étrangère au principe du contradictoire. L'opposition à une ordonnance portant injonction de payer instaure un débat contradictoire en introduisant l'instance (1), l'opposition à un jugement par défaut et la tierce opposition en font de même en procédant à la reprise de l'instance (2).

1°) L'instauration d'un débat contradictoire par l'ouverture de l'instance

488.- Au même titre que l'opposition à un jugement par défaut, celle relative à une injonction de payer permet à son auteur de faire valoir le respect du principe du contradictoire à son égard. L'opposition ne se présente pas ici comme une voie de recours, en l'absence de décision de justice à l'encontre de laquelle elle s'adresserait. Elle prend la forme d'une voie de droit dont l'objet est d'introduire un débat contradictoire au premier degré[4]. Il a

---

[1] Cass. avis, 8 mars 1996 : *Bull. civ.* n° 4 ; *D.* 1996, p. 360 somm. P. JULIEN ; *RTD civ.* 1996, p. 714, obs. R. PERROT.
[2] P. JULIEN, article précité, n° 9.
[3] J. BARRÈRE, article précité, p. 13.
[4] D. MAS, « Les voies de recours en matière d'injonction de payer », *Rev. huissiers*, 1997, p. 802

ainsi été souligné que « *l'opposant ne cherche pas à obtenir la rétractation de l'ordonnance (...), il manifeste sa volonté de voir l'affaire soumise à un procès ordinaire, qui pleinement contradictoire, est totalement affranchi des particularités liées à la procédure d'injonction de payer* »[1]. L'opposition ouvrant une instance ordinaire, il convient d'admettre largement la recevabilité des demandes incidentes, sous réserve qu'elles satisfassent aux conditions de fond et de forme posées à cet effet et qu'elles entrent dans les limites de la compétence d'attribution de la juridiction appelée à statuer sur l'opposition[2].

489.- Le créancier ne peut modifier ses prétentions qu'après opposition du débiteur[3] et donc à la condition que les débats soient contradictoires[4]. Le créancier conserve la qualité de demandeur à l'instance malgré l'opposition, et il lui appartient de démontrer la réalité et l'étendue de la créance dont il demande le recouvrement[5]. Le demandeur à l'injonction le reste au procès, même s'il apparaît défendeur à l'opposition, l'injonction étant délivrée sur la base de documents parfois sommaires et en l'absence de tout débat contradictoire[6]. Le juge porte son attention sur les pièces fournies par le créancier et doit constater que ces dernières sont de nature à fonder la demande initiale[7]. Il ne peut se prononcer sur une demande différente de la demande initiale[8]. Les parties sont tenues de comparaître à l'audience, une comparution personnelle pouvant être exigée par le juge.

L'instauration d'un débat contradictoire au moyen de l'opposition ne résulte pas toujours de l'ouverture de l'instance et procède parfois de sa reprise.

2°) L'instauration d'un débat contradictoire par la reprise de l'instance

490.- En présence d'un jugement rendu par défaut, le tribunal qui avait été appelé à rendre la décision primitive est à nouveau saisi de l'ensemble du litige et c'est en ce sens que l'opposition produit un effet dévolutif particulier. Contrairement à l'appel, l'affaire revient devant le même tribunal et l'opposition constitue à ce titre une voie de rétractation et non de

---

[1] C. BRAHIC-LAMBREY, L'injonction. Etude de la dynamique d'un processus, PUAM, 2003, p. 487.
[2] D. MAS, *Rép. com. Dalloz*, article précité, n° 94.
[3] Cass. 2ème civ., 8 mars 1973 : *JCP G* 1973, IV, n° 6310, note A. JAUFFRET.
[4] Cass. 1re civ., 12 juin 1950 : *Bull. Civ.* I, n° 318.
[5] Cass. 2ème civ. 13 juin 1990 : *Gaz. Pal.* 1990, 2, pan. jurispr., p. 218 ; *RTD civ.* 1992, p. 648, obs. R. PERROT. ; Cass. com., 5 déc. 1978 : *JCP* 1979, éd. G. IV, p. 55 ; *RTD civ.* 1979, p. 444 obs. R. PERROT.
[6] R. PERROT, obs. sous Cass. com. 5 déc. 1978 : précité.
[7] Cass 2ème civ., 10 janv. 1990 : *Revue des huissiers* 1991, p. 511 note J.-P. FAGET.
[8] Cass. com., 10 mai 1983 : *Bull. Civ.* IV, n° 138 ; *JCP G* 1983, IV, p. 225.

réformation[1]. L'affaire revient devant la même juridiction et il n'est pas nécessaire que ce soit les magistrats, à l'origine du premier jugement, qui statuent sur l'opposition. Si tel est le cas, l'obligation d'impartialité du juge qui l'interdit de statuer deux fois sur la même affaire n'est pas remise en cause. En effet, les magistrats ne sont pas appelés à se prononcer sur des éléments déjà discutés devant eux, mais sur des éléments portés pour la première fois à leur connaissance[2]. L'opposition n'introduit pas une instance nouvelle et permet en réalité la reprise de l'instance primitive afin que le juge se prononce en pleine connaissance de cause et le cas échéant se rétracte. Ce dernier vérifie d'abord la recevabilité de l'opposition et rend à ce sujet une décision motivée. L'irrecevabilité de l'opposition tient à son irrégularité, son caractère tardif ou encore à la qualification à tort de la décision « de jugement rendu par défaut ». Le juge procède ensuite à un nouvel examen de l'affaire au fond où chaque partie conserve la qualité processuelle qui était la sienne au cours de la première phase de l'instance.

491.- La tierce opposition, comme l'opposition, produit un effet dévolutif et le juge saisit de celle-ci doit statuer à nouveau en fait et en droit sur la décision attaquée. La demande du tiers se limite aux points critiqués dans la décision initiale et il ne saurait formuler de nouvelles demandes ou solliciter du juge de statuer sur une question non tranchée par la décision attaquée[3]. Le défendeur à la tierce opposition n'a pas la possibilité de former des demandes nouvelles[4]. Il peut seulement tenter de faire rejeter la demande du tiers opposant, en invoquant tous les arguments nécessaires à cet effet, même s'il les présente sous la forme d'une demande reconventionnelle[5]. Il lui est également possible d'invoquer l'irrégularité commise par le défendeur dans la saisine de la juridiction[6]. Le rejet de la tierce opposition rend le jugement opposable au tiers dans tous ses aspects[7]. Si la tierce opposition réussit, le jugement attaqué est, selon une expression courante, rétracté ou réformé à l'égard du tiers et pour les chefs qui lui causent préjudice[8]. Il semble cependant plus adéquat de dire

---

[1] S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, Préface J.-P. MARTY, th. LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 284, 1997, p. 131.
[2] Cass. 2ème civ., 5 fév. 1997 : *D.* 1999, note S. DENOIX DE SAINT MARC.
[3] CA Paris, 10 mai 1933 : *Gaz. Pal.* 1933, I, p. 1039. - Cass. com., 24 juil. 1951 : *Bull. civ.* II, n° 257.
[4] Cass. com., 11 janv. 1994 : *Bull. civ.* IV, n° 20.
[5] Cass. com., 18 déc. 1972 *: Bull. civ.* V, n° 337. – Le tiers opposant est irrecevable à former une demande reconventionnelle en dommages et intérêts CA Paris, 31 mars 1962 : *Gaz. Pal.* 1962, II, p. 120 ; *RTD civ.* 1963, p. 166, obs. P. RAYNAUD.
[6] CA Paris, 2 nov. 1988 *: Gaz. Pal* 1990, I, somm. p. 122.
[7] Cass. 3ème civ., 6 févr.1974 : *Bull. civ.* III, n° 67. - Cass. com., 29 nov. 1962 : *Bull. civ.* IV, n° 380.
[8] Sur la distinction de deux sortes de tierce opposition, l'une tendant au rejet de la décision attaquée et l'autre à la déclaration de mal fondée de la décision attaquée. Cf. J. HÉRON, ouvrage précité, n° 883 et s.

que le jugement issu de l'exercice de la tierce opposition rend la décision attaquée inopposable et non qu'il la rétracte ou la réforme[1]. Le jugement rendu replace le tiers dans l'état initial, sans améliorer ses droits ou porter atteinte à la situation des parties pour lesquelles la décision primitive réalise tous ses effets, même sur les chefs annulés[2]. Entre les parties, la décision conserve toute son autorité et sa force exécutoire. Le jugement rendu sur tierce opposition n'a en principe qu'un effet relatif et profite au seul tiers opposant. L'effet relatif de la tierce opposition ne joue pas cependant pas en cas d'indivisibilité du jugement initial. La chose jugée à l'égard du tiers vaut alors pour toutes les parties à la première instance, relativement aux points critiqués dans la demande[3]. Dans ce cas, toutes les parties doivent être appelées à la tierce opposition[4]. Les points de la décision initiale, non contestés dans la tierce opposition, conservent cependant leur autorité entre les parties et sont opposables aux tiers. La décision rendue sur tierce opposition peut faire l'objet des mêmes recours que les décisions de la juridiction dont elle émane c'est-à-dire d'un appel, d'un recours ou cassation ou même d'une opposition, d'une tierce opposition ou d'un recours en révision.

492.- L'effet conservatoire des oppositions processuelles implique, certes, la suspension de l'exécution de la décision faisant grief, mais surtout l'observation du principe du contradictoire à l'égard de son auteur. Seul celui-ci met l'opposant en mesure de présenter ses moyens de défense et de soumettre au juge l'ensemble des éléments nécessaires à l'appréciation de l'affaire. L'effet suspensif apparaît en quelque sorte accessoire dans la réalisation du conservatoire. Ce dernier passe par le rétablissement du contradictoire, quel que soit le sort ensuite réservé à la voie de droit ou de recours. Dans le domaine des oppositions au paiement, la suspension de l'effet préjudiciable de l'acte apparaît indispensable à l'opposition, de telle sorte qu'à défaut d'être systématiquement prévue par la loi la jurisprudence a parfois pris l'initiative de la faire découler de son exercice.

---

[1] R. MARTIN, *J. Cl. Procédure civile*, « Tierce opposition », Fasc. 742, n° 18.
[2] NCPC art. 591 ; Cass. 3ème civ., 13 oct. 1981 : *Bull. civ.* III, n°155 ; Cass. 2ème civ., 16 déc. 1985 : *Bull. civ.* II, n° 200.
[3] Cass. 2ème civ., 16 déc. 1985 : *Gaz. Pal.* 1986, II, somm. p. 333, obs. S. GUINCHARD et T. MOUSSA ; Cass. soc., 14 janv. 1988, *Bull. civ.* V, n° 48.
[4] CA Versailles, 5 avr. 1991 : *D.* 1992, somm. p. 129, obs. P. JULIEN. - Cass. civ ., 21 juin 1995 : *D.* 1995, IR p. 216.

§ II. L'effet suspensif de l'opposition au paiement

493.- L'opposition au paiement produit un effet suspensif en ce qu'elle immobilise temporairement les biens sur lesquels elle porte afin de permettre ultérieurement la réalisation des droits de l'opposant. Il convient à ce sujet de parler plus exactement d'indisponibilité. En effet, la principale conséquence de l'opposition consiste à rendre indisponible les droits ou les biens de son destinataire. Elle agit comme une forme d'inopposabilité aux effets plus ou moins absolus. L'acte passé par le destinataire de l'opposition reste valable, mais il est privé d'efficacité dans tout ou partie de ses conséquences. L'indisponibilité n'affecte pas l'ensemble du patrimoine de celui qui la subit, mais seulement les sommes ou les biens objets de l'action conservatoire. Elle altère le pouvoir de disposition du débiteur sur le bien ou la chose afin de l'affecter à un usage particulier ou à des personnes déterminées. A ce titre, elle constitue un effet légal privilégié de l'opposition pour conserver les droits des créanciers (A), de telle sorte que la jurisprudence le lui reconnaît accessoirement lorsqu'il n'a pas été explicitement prévu par la loi (B).

A. L'indisponibilité, effet légal de l'opposition

494.- L'indisponibilité renvoie à l'interdiction et plus généralement à « *l'interdiction de disposer frappant une personne dans l'ensemble de son patrimoine ou sur un bien déterminé qui peut résulter d'une incapacité de jouissance, d'une incapacité d'exercice ou d'une restriction de pouvoirs* »[1]. Elle traduit l'inaptitude d'un bien ou d'un droit à faire l'objet d'un acte de disposition, c'est-à-dire à être vendu, donné, légué, hypothéqué ou même détruit. Souvent appréhendée au travers de son antonyme, la disponibilité qui évoque la liberté du titulaire d'un droit de l'aliéner, de le céder ou d'y renoncer, l'indisponibilité apporte au contraire une restriction au pouvoir de l'individu sur la chose ou le droit en l'empêchant de s'en dessaisir. Elle constitue à ce titre « *une entrave à [sa] liberté* »[2].

---

[1] G. CORNU, Vocabulaire juridique, V° Indisponibilité, sens 1. Les auteurs ajoutent à cette définition une autre acception de l'indisponibilité qui convient également aux effets produits par l'opposition. Elle correspond ainsi à « *la qualité d'un bien ou d'un droit qui ne peut être l'objet d'aucun acte de disposition (aliénation, hypothèque, etc.), on parle parfois d'indisponibilité réelle* ».

[2] G. LOISEAU, ouvrage précité, p. 18.

Elle exprime tout d'abord un lien subjectif lié aux rapports existants entre l'opposant et le destinataire de l'acte conservatoire (1), auquel s'ajoute un lien objectif destiné à maintenir l'effet de l'indisponibilité vis-à-vis des tiers (2).

1°) Le lien subjectif de l'indisponibilité

495.- L'indisponibilité issue de l'opposition n'affecte jamais l'ensemble du patrimoine de celui qui la subit. Elle ne lui ôte son pouvoir de disposition qu'à l'égard des sommes ou des biens objets, de l'action conservatoire car ils constituent une part substantielle du gage du créancier ou un élément en considération duquel il s'est engagé. Elle opère ainsi une restriction de pouvoir à l'encontre de son destinataire afin de préserver le lien d'affectation de la chose à une personne déterminée. Distincte d'une incapacité d'exercice ou de jouissance, elle s'apparente à une sorte de défiance, si ce n'est de méfiance, à l'égard du débiteur soupçonné de vouloir échapper à ses obligations envers ses créanciers[1].

496.- La règle de l'indisponibilité poursuit la réalisation de deux objectifs. Elle sert tout d'abord à préserver le droit ou la chose qu'elle atteint en neutralisant le pouvoir de disposition de son titulaire. Ce faisant, elle se présente ensuite et surtout comme un instrument destiné garantir l'affectation de la chose ou du droit à un usage déterminé ou à des personnes particulières[2]. Le professeur G. LOISEAU la définit ainsi comme « *le moyen de préserver l'affectation d'un droit ou d'une chose en restreignant ou en supprimant le pouvoir du sujet d'en disposer en vue de satisfaire un intérêt sérieux et légitime* »[3]. L'indisponibilité provoquée par l'opposition au paiement procède de la volonté d'affecter le prix de vente de la chose au règlement des créanciers. Le prix issu de la cession du fonds de commerce devient indisponible dès l'accord sur la vente afin de le réserver temporairement à la préservation des droits des créanciers.

---

[1] R. HOUIN, « Les incapacités », *RTD civ.* 1947, p. 383-405.

[2] G. LOISEAU déduit cette fonction de l'indisponibilité en établissant un parallèle avec les choses hors commerce. Ces dernières, lorsqu'elles ne sont pas inappropriables par nature, se voient dotées d'une affectation précise parce qu'elles sont « soit destinées à un usage déterminé, soit réservées à une personne particulière ». Le fait de rendre une chose hors commerce et indisponible répond lui aussi à la volonté de garantir cette affectation en empêchant son titulaire de briser le lien d'affectation de la chose au moyen de son pouvoir de disposition. Ouvrage précité, p. 20-21.

[3] Le caractère sérieux et légitime de l'intérêt à satisfaire au moyen de l'indisponibilité ressort de la dérogation qu'elle apporte à l'article 537 du Code civil, faisant de la libre circulation des biens et de la liberté de disposition des biens un principe, tout comme des prescriptions légales soumettant les clauses d'inaliénabilité concernant un don ou un legs à l'existence d'un tel intérêt (C. civ., art. 900-1). G. LOISEAU, ouvrage précité, p. 23.

497.- L'opposition régulièrement formée au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce rend indisponible le prix entre les mains de l'acquéreur ou du tiers détenteur. Il apparaît cependant plus exact d'affirmer qu'elle prolonge l'indisponibilité plus qu'elle ne la crée. Le prix est en effet immobilisé dès l'acte de vente, afin d'éviter que l'acquéreur ne le libère ou que le vendeur ne cède sa créance, tant que les créanciers chirographaires n'ont pas été mis en mesure de conserver leurs droits. L'indisponibilité légale préalable à l'opposition participe à l'efficacité de l'acte conservatoire. Celui-ci maintien l'indisponibilité du prix et fixe la créance du vendeur vis-à-vis des opposants[1]. Le débiteur ou le vendeur ne peut plus effectuer aucun acte juridique sur les choses frappées d'opposition qui deviennent inaliénables, incessibles, intransmissibles pour s'apparenter aux choses hors du commerce. Le cédant ne peut plus en disposer, effectuer une compensation, une remise de dette ou toute autre action qui en diminuerait le montant. Toute réduction du prix de vente devient de ce fait inopposable aux créanciers à l'égard desquels seul compte le montant figurant dans les publications[2].

498.- La satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime à laquelle tend l'indisponibilité ressort directement des conditions de fond de l'opposition et du constat selon lequel cette dernière perdrait toute efficacité, si sa mise en œuvre ne s'accompagnait pas de mesures neutralisant le pouvoir de disposition du débiteur. L'indisponibilité se présente dès lors comme affectée d'un lien subjectif lié aux rapports existants entre l'auteur de l'opposition et son destinataire et on lui reconnaît de ce fait un caractère souvent personnel ou relatif. Elle ne trouve donc pas sa raison d'être dans la nature du bien ou des droits affectés, mais dans la personne de son destinataire dont les interventions sont susceptibles de préjudicier aux intérêts des opposants. Le droit de réaction issu de l'opposition se manifeste, de ce point de vue, comme créant un lien subjectif et temporaire. L'indisponibilité se distingue ainsi de l'inaliénabilité qui exprime au contraire un lien objectif fondé sur la destination de la chose et marqué par un caractère absolu et permanent[3].

---

[1] Article 3 de la loi du 17 mars 1909 modifié « Aucun transport amiable ou judiciaire du prix ou de partie du prix ne sera opposable aux créanciers qui se seront ainsi fait connaître dans ce délai » et alinéa 2 de l'article 20 de la loi du 10 juillet 1965 « tout paiement ou transfert amiable ou judiciaire du prix […] est inopposable au syndic ayant régulièrement fait opposition ».

[2] Cass. req., 23 juin 1930 : *S.* 1930, 1, p. 389.

[3] R. BÉRAUD, « L'indisponibilité juridique », *D.* 1952, chron. p. 188, n° 5.Voir également R.-N. SCHÜTZ pour qui l'inaliénabilité apparaît également comme l'un des aspects de l'indisponibilité. *Rép. civ. Dalloz*, 1999, V. Inaliénabilité, n° 8.

Selon son domaine d'intervention, l'opposition atteint directement le vendeur du fonds de commerce ou d'un lot en copropriété, voire le tiers détenteur des fonds. Interdiction est faite aux premiers de percevoir le paiement du prix de vente de leur bien et d'en disposer à leur guise, alors que le second est tenu de ne pas procéder au paiement du créancier en présence d'une opposition.

2°) Le lien objectif de l'indisponibilité

499.- L'indisponibilité issue de l'opposition confère une protection efficace aux créanciers opposants. Celle-ci ne saurait cependant se limiter aux seuls rapports existants entre l'opposant et son destinataire et se double d'un lien objectif destiné à préserver les opposants de toute appropriation des sommes bloquées à leur détriment.

500.- L'indisponibilité s'accompagne également d'un lien objectif accessoire et nécessaire à l'efficacité de son caractère personnel. Elle affecte les tiers intéressés par l'activité du destinataire de l'opposition et les empêche de prendre des mesures de sûreté sur celui-ci ou toute autre mesure qui leur permettrait de se voir attribuer préférentiellement le bien ou les sommes frappées d'opposition. Autrement dit, l'indisponibilité ne fait pas obstacle à ce que d'autres créanciers se manifestent par voie de saisie pour participer à la distribution du prix, elle s'oppose seulement à ce qu'ils le fassent au préjudice des opposants. Le bien acquiert une destination définitive et redevient le gage commun de l'ensemble des créanciers[1].

501.- Tous les créanciers sont par conséquent contraints de respecter l'indisponibilité liée à la vente du fonds puis à l'exercice de l'opposition. Ils ne peuvent plus s'attribuer aucun privilège ou droit de préférence sur le prix, même en procédant par voie de saisie-attribution. Le prix étant indisponible jusqu'à l'expiration du délai laissé pour s'opposer, toute saisie pratiquée durant cette période perd son effet attributif immédiat[2]. Le créancier saisissant vient donc en concours avec les opposants qui se sont fait connaître en temps utile, peu importe qu'il se soit manifesté en pratique avant ou après ces derniers[3]. La remarque semble devoir

[1] R. BÉRAUD, article précité, n° 6.
[2] L'article 43 de la loi du 9 juillet 1991 soumet l'effet attributif de la saisie à la disponibilité de la créance.
[3] Cass. 2ème civ., 16 mars 2000 : *Bull. civ.* II, n° 49 ; *Procédures* 2000, comm. n° 162 ; *RTD com*. 2000, p. 589-590, obs. J. DERRUPPÉ. – Cass. 2ème civ., 6 juillet 2000 : *D.* 2000, jurisp. p. 371, obs. A.-L. MONÉGER-DUPUIS ; *RTD com.* 2000, p. 850, obs. J. DERRUPPÉ.

être nuancée pour l'opposition du syndic de copropriété depuis que ses effets sont limités au montant des créances énoncé dans l'acte d'opposition.

502.- Directement inspirée de l'opposition au paiement du prix de cession d'un fonds de commerce, l'opposition du syndic produit des effets similaires à cette dernière. La loi du 21 juillet 1994 a cependant modifié l'étendue de l'indisponibilité confirmée par l'opposition. Alors que celle-ci concernait la totalité du prix de vente, elle n'immobilise désormais que la somme correspondant au montant de la créance du syndicat. Le législateur procède à une sorte de cantonnement automatique de l'opposition, sans que le vendeur n'ait besoin de le solliciter en justice, afin de percevoir la part du prix non absorbée par la créance du syndic[1]. La solution a l'avantage de préserver le droit de créance du syndicat sans gêner outre mesure le vendeur du lot[2]. Les effets de l'opposition étant cependant limités au montant énoncé par le syndic, il semble logique de lui réserver le bénéfice des sommes immobilisées et de les soustraire au concours de nouveaux créanciers saisissants. L'opposition devrait entraîner des effets similaires au cantonnement judiciaire ou aux saisies conservatoires, en accordant un privilège exclusif de tout autre au syndic sur les sommes immobilisées[3].

503.- La question semble avoir fait l'objet de peu de discussions en doctrine. La plupart des auteurs, raisonnant par analogie avec l'opposition au fonds de commerce, autorisent *a priori* les créanciers saisissants à venir concourir avec le syndic sur les sommes rendues indisponibles, sans que la saisie-attribution puisse emporter le moindre effet attributif au profit de son auteur[4]. Un éventuel concours entre le syndic et un créancier saisissant apparaît inévitable chaque fois que l'opposition et la saisie interviennent simultanément et que l'ensemble du prix est insuffisant pour désintéresser tous les créanciers. En revanche, il ne nous semble pas possible d'autoriser un créancier saisissant à venir concourir sur les sommes immobilisées par le syndic, à hauteur de sa créance, après l'opposition et alors que le tiers détenteur des fonds aurait versé au vendeur du lot le surplus du prix disponible.

---

[1] L'article 57 du décret du 17 mars 1967 relatif au cantonnement judiciaire de l'opposition a donc été abrogé par le décret du 15 février 1995. J. LAFOND, *J.-Cl. Notarial Formulaire*, 1995, Vente d'un lot en de copropriété, Formalités postérieures, Fasc. 222, n° 55.
[2] Sous réserve des mesures de sûretés qui grèveraient le lot.
[3] Cl. BRENNER, Voies d'exécution, 2ème éd., Dalloz, 2001, n° 138.
[4] En ce sens J. LAFOND, article précité, Fasc. 222, n° 92.

Permettre aux créanciers saisissants ultérieurs de concourir avec le syndic sur les sommes indisponibles, alors qu'elles ont été limitées à la hauteur des créances du syndic, est difficilement admissible. En cantonnant le montant des sommes indisponibles à celui de la créance du syndic, le législateur ne lui permet plus de protéger efficacement son droit de gage général s'il vient en concours avec des créanciers se révélant ultérieurement. La limitation de l'indisponibilité au montant des créances du syndic révèle que l'opposition a moins pour but la protection du droit de gage que celle du droit de créance, elle a ainsi vocation à dépasser sa nature conservatoire pour permettre ultérieurement le paiement du syndic.

504.- Cette thèse se confirme au regard des principes applicables en matière de saisie conservatoire. Depuis, la loi du 9 juillet 1991, la saisie-conservatoire des créances de sommes d'argent est limitée au montant autorisé par le juge ou, en cas de dispense de recours à ce dernier, au montant pour lequel la saisie est pratiquée[1]. L'indisponibilité partielle mise en place emporte automatiquement consignation des sommes en cause au profit du saisissant avec affectation spéciale et privilège du créancier gagiste. Il devrait en être de même pour l'opposition en matière de copropriété, et ce d'autant plus que le privilège attribué sur les sommes rendues indisponibles à la suite de la saisie conservatoire vise à réparer le préjudice subi par le saisissant du fait du cantonnement automatique opéré par la loi, dans le souci de protéger le débiteur[2]. De même, en matière de copropriété l'indisponibilité partielle n'est autre qu'une procédure de cantonnement simplifiée qui offre plus d'avantages au débiteur sans préjudicier au droit du créancier, ce qui suppose que les sommes rendues indisponibles soient consignées à son profit. La solution s'impose avec d'autant plus d'évidence que le syndic se prévaut en l'occurrence d'une créance liquide et exigible.

L'opposition ne s'accompagne pas systématiquement d'effets en terme d'indisponibilité, aussi la jurisprudence a-t-elle parfois pallié cette carence afin d'assurer la conservation effective des droits de l'opposant.

---

[1] Art. 75 al. 1er de la loi du 9 juillet 1994.
[2] Cl. BRENNER, L'acte conservatoire, ouvrage précité, p.160.

B. L'indisponibilité, effet jurisprudentiel de l'opposition

505.- Le législateur n'a pas toujours assorti l'opposition au paiement d'effet en terme d'indisponibilité ou n'a pas toujours reconnu aux oppositions, destinées à préserver le droit de gage des créanciers, le caractère d'opposition au paiement en leur ôtant tout effet en terme d'indisponibilité. Le risque de compromission du droit de gage des créanciers en résultant a parfois conduit la jurisprudence à déduire dans ces situations l'indisponibilité de dispositions légales plus générales. Ainsi, l'opposition au paiement entraîne la révocation immédiate du mandat du banquier qui doit refuser le paiement de toutes les formules visées par l'opposition. La jurisprudence l'oblige également à bloquer la provision correspondant au montant des formules en application du principe selon lequel l'émission d'un chèque emporte de plein droit le transfert de la provision au profit de son bénéficiaire[1]. Le banquier, informé de cette émission par l'intermédiaire de l'opposition, doit par conséquent bloquer la provision. Les sommes des formules visées par l'opposition sont rendues indisponibles jusqu'au dénouement de l'incident[2], c'est-à-dire jusqu'à la mainlevée amiable ou judiciaire de l'opposition ou jusqu'à l'expiration du délai de prescription du chèque, c'est-à-dire trois ans après son émission[3]. En droit des successions, aucune mesure d'indisponibilité n'accompagne l'opposition. Celle-ci constitue un effet entièrement ajouté par la jurisprudence à l'opposition à partage (1) et de manière beaucoup plus implicite à l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire afin de protéger efficacement le droit des créanciers (2).

---

[1] Cass. req., 18 juin 1946 : *S.* 1946, I, p. 100 ; *D.* 1946, p. 346 ; H. CABRILLAC, « Le tiré doit-il immobiliser au profit du porteur la provision d'un chèque frappé d'opposition par le tireur ? » *JCP* 1946, I, p. 569. Cass. com. 16 juin 1992 : *RJDA* 1992, p. 854.

[2] L'indisponibilité constitue une mesure destinée à protéger le créancier ou le bénéficiaire des fonds. Si l'opposition et la révocation du mandat de payer profitent au tireur à l'origine de l'acte conservatoire, l'indisponibilité de la provision préserve les droits du bénéficiaire du chèque dans le cas où il serait fondé à obtenir paiement.

[3] Le blocage de la provision au profit du bénéficiaire a fait l'objet de contestations au motif que l'opposition réalise alors des effets plus importants que le visa ou la certification du chèque. M. JEANTIN et P. LE CANNU, ouvrage précité, n° 103.

1°) L'indisponibilité, effet ajouté de l'opposition à partage

506.- Selon les dispositions de l'article 882 du Code civil, l'opposition à partage confère seulement la possibilité aux créanciers opposants d'intervenir à celui-ci afin d'empêcher toute fraude du débiteur copartageant. Il aurait été cependant vain de permettre aux créanciers opposants d'intervenir au partage afin de prévenir toute fraude à leurs droits si l'héritier débiteur conservait la possibilité de céder ses droits successifs à un tiers étranger à la succession ou de faire disparaître la soulte dont il est alloti avant la consommation du partage. La jurisprudence a donc très tôt considéré qu'au-delà du pouvoir général de surveillance qu'elle confère aux créanciers, l'opposition rend la part indivise indisponible entre les mains de l'héritier[1]. En présence d'une opposition, les indivisaires sont tenus d'appeler les opposants au partage et de les mettre à même d'y intervenir. Les héritiers doivent convoquer chaque créancier opposant dès le premier acte de partage et à l'occasion de toute nouvelle opération[2]. Ces derniers deviennent selon une expression consacrée « *parties nécessaires au partage* »[3]. Ils veillent au bon déroulement des opérations et s'assurent de leur régularité notamment lors de la composition des lots. Ils peuvent ainsi s'opposer aux opérations qui avantageraient le débiteur à leur détriment sans comporter de réel intérêt pour ce dernier, à l'exception de celles faites sans leur causer de préjudice ou en conformité avec les prescriptions légales ou encore dans l'intérêt de leur débiteur[4]. Le pouvoir général de surveillance que le créancier opposant tire de son action conservatoire consiste à prévenir les actes accomplis en fraude de ses intérêts et ne lui donne pas le droit de diriger les opérations de partage ou d'imposer les modalités du partage aux copartageants.

---

[1] Cass. Req., 18 fév. 1862 : *D.P.* 1862, 1, p. 224.-Cass. civ., 30 juill. 1895 : *D.P.* 1895, 1, p. 369, note GLASSON ; Cass. req., 10 juin 1902 : *D.P.* 1904 , 1, p. 425 ; *S.* 1904, 1, p. 121, note NAQUET.

[2] Les copartageants sont libérés de leur obligation de dénoncer chaque nouvel acte de procédure si le créancier opposant ne se présente pas après la première mise en demeure. Le créancier est censé dans ce cas avoir renoncé tacitement au bénéfice de l'action conservatoire et subit les conséquences de sa négligence. Tous les actes lui sont opposables sans qu'il n'ait aucun recours ultérieur. Cass. 1re mars 1898 : *D.* 1898, I, p. 295, note A. WAHL ; *S.* 1898, I, p. 401 note A. WAHL ; Civ, 17 novembre 1890 : *D.P.* 1891, I, p. 25 ; Req. 7 janvier 1907 : *DP* 1910, I, p. 215 ; Cass. 1re civ. , 11 janvier 1955 : *D.* 1955, somm. p. 43.

[3] M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, t. IV, n°540. L'expression doit être comprise au sens figuré et signifie que l'opposition donne aux créanciers un droit de surveillance dans les opérations de partage, ceux-ci devant d'ailleurs être convoqués aux opérations de partage par les héritiers.

[4] V. M. BEHAR-TOUCHAIS, article précité, voir notamment les nombreux exemples cités sur le contenu du droit d'intervention du créancier opposant au partage n°40 et s. *Contra.* G. ROULLET, thèse précitée, p. 56-57. Pour cet auteur, l'opposition étant un substitut à l'action paulienne, le créancier ne devrait pouvoir s'opposer à un acte qu'en considération de son caractère frauduleux et du préjudice qu'il lui cause. Thèse précitée, p. 56-57.

507.- L'opposition dessaisit ensuite partiellement le débiteur en lui interdisant de disposer de ses droits indivis au préjudice des créanciers opposants, et de recevoir le paiement des créances ou des soultes qui lui seraient attribuées. Contrairement à l'interdiction de céder ses droits indivis qui prend fin avec le partage, celle de recevoir certains paiements se prolongerait après sa réalisation en empêchant le copartageant de se libérer entre les mains du cohéritier débiteur sans le consentement de l'opposant[1]. L'opposition produit ainsi, selon la Cour de cassation, un effet équivalent à la saisie-arrêt sans en prendre la forme, ni aller jusqu'à transporter au profit du créancier opposant les sommes dues par le copartageant au cohéritier débiteur, à concurrence de la créance du premier. L'interdiction ainsi adressée au cohéritier débiteur connaît cependant certains tempéraments. Elle ne le dessaisit pas de son droit d'administrer sa part héréditaire[2] et n'est pas opposable au tiers cessionnaire de bonne foi des droits indivis[3].

508.- Après avoir fait l'objet de nombreuses critiques, la nécessité pour l'opposition de se doter d'effet en terme d'indisponibilité semble approuvée par la majorité de la doctrine[4]. L'atteinte portée par l'acte conservatoire au pouvoir de disposition du cohéritier a fait l'objet de contestations au motif qu'elle ajoute à la lettre de l'article 882 du Code civil. Les dispositions légales ont pour objet de protéger les créanciers contre la fraude des copartageants, et non contre la disparition des sommes remises à leur débiteur. Ils devraient, à cet effet, se contenter des recours de droit commun[5]. Cependant, outre que l'indisponibilité s'avère être un effet nécessaire à l'efficacité de l'opposition qui, à défaut, ne serait qu'une mesure illusoire, il n'est pas impossible de la déduire des dispositions de l'article 1242 du Code civil qui considèrent comme nul le paiement effectué par le tiers saisi au préjudice d'une saisie ou d'une opposition[6].

---

[1] O. DALMBENT, note sous CA Rouen 9 mars 1904, *S.* 1906, II, p. 249-250. Celui-ci ajoute que le transport postérieur, avec accomplissements des formalités des articles 1690 et suivants du Code civil, ne vaudra lui-même que comme opposition, de sorte que le créancier opposant et le cessionnaire concourront sur ces sommes au marc le franc.

[2] L'opposition ne dessaisit cependant pas l'héritier de son droit d'administration. Cass. civ., 30 juill.1895, précité ; TGI, 10 nov. 1959 : *D.* 1960, som. 26.

[3] Certains auteurs proposent de soumettre l'opposabilité aux tiers de bonne foi de l'indisponibilité de la part indivise à l'exigence d'une publicité des oppositions. H. L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil. Les successions, les libéralités, t. 4, vol. 2, 5ème éd. par L. et S. LEVENEUR, Montchrestien, 1999, n° 1779.

[4] C. AUBRY et C. RAU, droit civil français, Les successions, t. VIII, 6ème éd. par P. ESMEIN, Litec 1954, § 626, p. 257, note 66 ; M. BEHAR- TOUCHAIS, article précité, n° 56 ; Cl. BRENNER, L'acte conservatoire, précité, n° 309 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, ouvrage précité, n° 541.

[5] E. GLASSON, note sous Cass. civ., 30 juill. 1895 : *DP* 1896, I, p. 369-370 ; RIPERT et BOULANGER, tome IV, n° 3204 ; M. PLANIOL note sous CA Rouen, 9 mars 1904 : *DP* 1908, II, p. 145 .

[6] En ce sens, A. ALBESSARD, thèse précitée, p. 87. Le terme d'opposition employé par le texte pourrait en effet renvoyer à une défense ou une mainmise quelconque et pas seulement à l'exigence d'une saisie-arrêt.

En évitant toute collusion frauduleuse et préjudiciable lors d'un partage auquel leur débiteur est intéressé, les créanciers opposants ne cherchent, de surcroît, qu'à sauvegarder leur droit de gage. Leur intervention ne poursuit d'autre objectif que de le conserver afin d'être ultérieurement payés sur les biens attribués à leur débiteur au besoin en procédant par voie de saisie. Leur action conservatoire serait d'ailleurs vaine si l'héritier n'était pas empêché de faire disparaître les sommes d'argent dont il est alloti, ni lors de la composition des lots, ni sitôt après la clôture des opérations de partage. L'opposition ne poursuit pas uniquement l'objectif de prévenir toute fraude, elle répond également à des impératifs d'équité qui impliquent de faire obstacle à toute affectation des biens recueillis à titre gratuit à un autre emploi que le paiement des dettes[1].

Des motivations quelques peu différentes justifient de reconnaître à l'opposition à l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire certains effets en terme d'indisponibilité.

2°) L'indisponibilité, effet induit de l'opposition à l'acceptation bénéficiaire

509.- La question de l'indisponibilité issue de l'exercice de l'opposition à l'acceptation d'une succession bénéficiaire se présente en des termes différents et reste assez controversée. La volonté de la Cour de cassation de substituer à l'anarchie des paiements un embryon de procédure collective l'a amené à concentrer ses efforts sur les formes de l'opposition plutôt que sur ses effets. Ces derniers n'ont d'ailleurs pas soulevé la moindre difficulté, l'article 808 du Code civil posant clairement le principe selon lequel l'opposition oblige l'héritier bénéficiaire à payer dans l'ordre et de la manière réglée par le juge.

510.- L'attribution d'un éventuel effet à l'opposition en terme d'indisponibilité ne s'est réellement posée qu'à l'occasion de son concours avec une procédure de saisie. La jurisprudence, comme la doctrine, ont en effet toujours estimé que l'opposition ne prive pas le créancier de son droit de poursuite individuelle. Jusqu'à présent, il était même plus judicieux pour ce dernier d'user des recours offerts par le droit commun dans la mesure où la saisie-arrêt, aujourd'hui devenue saisie-attribution, lui octroyait un droit exclusif sur les sommes saisies malgré l'existence de créanciers opposants[2]. Plusieurs arguments étaient

---

[1] A. ALBESSARD, thèse précitée, p. 5.
[2] CA Pau, 21 fév. 1887 : *DP.* 1888, 2, p. 121 ; CA Riom, 4 juill. 1890 : *S.* 1891, 2, p. 63 ; CA Orléans, 28 juill. 1891 : *DP* 1893, 2, p. 36 ; CA Amiens, 20 mai 1903 : *DP* 1903, 2, p. 385.

classiquement avancés pour justifier cette solution. La mise à l'écart de l'opposition par la saisie-arrêt serait une conséquence de son effet relatif en vertu duquel elle s'appliquerait uniquement dans les rapports des opposants avec l'héritier bénéficiaire, aussi son auteur ne pourrait-il s'en prévaloir à l'encontre d'un débiteur de la succession. Sa nature conservatoire lui interdirait également de rivaliser avec une procédure de saisie. Destinée à assurer la sauvegarde des droits des créanciers, et non à attribuer les sommes saisies au poursuivant, l'opposition ne pourrait produire des effets analogues aux voies d'exécution ou faire obstacle à l'attribution de la créance au saisissant.

511.- Un tel raisonnement présentait, il faut bien l'avouer, de nombreux inconvénients. On remarquera notamment que la solution prônée annihilait tout intérêt à l'opposition et à l'interprétation extensive déployée par la jurisprudence afin d'offrir à liquidation du passif un semblant de procédure collective. En effet, si l'opposition ne requiert aucune forme particulière mais qu'une saisie-attribution prévaut chaque fois sur celle-ci, cela aboutit indirectement à réhabiliter le principe selon lequel le paiement est le prix de la course. A cet égard, l'attitude pour le moins paradoxale de la jurisprudence était confortée par l'absence de référence explicite aux effets de l'opposition en terme d'indisponibilité, alors que l'une de ses caractéristiques principales en matière de paiement est de rendre indisponible les sommes qu'elle affecte.

512.- Faute d'avoir été saisie de cette question en ces termes, la Cour de cassation n'a eu l'opportunité de se prononcer que récemment à ce sujet lors d'un concours survenu entre une opposition et une saisie-attribution[1]. Un organisme bancaire, titulaire d'un droit de créance sur une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, avait effectué une saisie-attribution sur des sommes détenues par un commissaire priseur pour le compte des héritiers qui avaient d'ailleurs déclaré abandonner tous les biens aux créanciers.

[1] Dans une espèce où l'opposition du créancier avait déclenché l'ouverture d'une procédure de distribution avant le jugement de validité de la saisie-arrêt, la Cour de cassation avait permis à l'opposant de concourir avec le saisissant. Cass. req., 25 juill.1871 : *S.* 1871, 1, p. 109-110. Par la suite, seules les juridictions du fond ont eu à se prononcer sur les incidences d'un concours entre une saisie-arrêt et une opposition et elles ont toujours fait prévaloir la première au détriment de la seconde, sans se référer aux éventuels effets de l'opposition en terme d'indisponibilité.

Le banquier qui se prévalait d'un droit exclusif sur les sommes en application des articles 43 de la loi du 9 juillet 1991 forma un recours qui le mena jusque devant la Cour de cassation à la suite du refus du tiers saisi de le payer. La Cour suprême rejeta cependant ses prétentions au motif « *qu'après avoir relevé, par des motifs propres et adoptés qu'avant l'acte de saisie-attribution des créanciers opposants, s'étaient manifestés auprès du notaire chargé du règlement de la succession, […], la cour d'appel a exactement décidé, la créance saisie étant indisponible en application des articles 808, premier alinéa, du Code civil et 990 du Code de procédure civile, que la saisie n'avait pu emporter d'effet attributif* »[1]. La Cour de cassation confirme tout d'abord le principe selon lequel le créancier conserve son droit de poursuite individuel même en présence d'opposition. Elle réfute ensuite tout effet attributif à la saisie dans la mesure où la créance était devenue indisponible en vertu de l'interdiction faite à l'héritier bénéficiaire de procéder au paiement autrement que dans l'ordre et de la manière fixée par le juge en présence d'opposition et du principe de distribution du prix de la vente du mobilier par contribution entre les créanciers opposants. L'opposition ayant directement pour finalité d'empêcher l'héritier bénéficiaire d'effectuer des paiements au préjudice des créanciers les sommes ne sont plus réellement disponibles entre ses mains[2]. Ce n'est pas tant l'ouverture de la procédure de distribution par contribution qui déclenche l'indisponibilité, en affectant les sommes spécialement et impérativement au règlement collectif des créanciers de la succession, que la volonté qu'ils manifestent de se préserver de tout paiement fait à leur détriment et d'obtenir une telle affectation en s'opposant[3]. Certains auteurs considèrent cependant qu'en présence d'une succession bénéficiaire l'indisponibilité ne peut en aucun être regardée comme étant un effet issu de l'exercice de l'opposition, contrairement aux principes admis en matière de partage[4]. L'indisponibilité des sommes détenues par l'héritier ou son substitut devrait pourtant procéder directement de l'exercice de l'opposition et non de l'ouverture d'une procédure de distribution.

---

[1] Cass. 2ème civ., 18 oct. 2001 : *Bull. civ.* II, n° 159 ; *JCP G* 2002, II, 10 1444, note L. BOUTITIE. – Cl. BRENNER, « L'organisation des paiements dans les succession acceptées sous bénéfice d'inventaire : du vin vieux dans de vieilles outres », précité.

[2] En ce sens X. MEYER, article précité, n° 78 et spéc. 84. Selon ce dernier toute saisie-attribution pratiquée après une opposition entre les mains de l'héritier vaut comme simple opposition. A défaut, la finalité poursuivie par l'opposition, à savoir empêcher l'héritier de faire des paiements à son détriment et instaurer une égalité entre les créanciers de la succession, serait vaine. Il estime cependant que l'opposition concernant seulement les rapports entre l'opposant et l'héritier bénéficiaire, la saisie-attribution devrait produire tous ses effets lorsqu'elle est pratiquée entre les mains de tiers débiteur de la succession.

[3] *Contra* Cl. BRENNER, article précité, p. 1772.

[4] *Ibidem*.

513.- L'opposition des créanciers immobilise, en effet, l'actif de la succession. L'héritier ne peut plus en disposer librement- sans pour autant être dessaisi puisque l'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire ne restreint sa liberté de disposition qu'à peine de déchéance du bénéfice d'inventaire- et il lui est interdit de faire tout paiement qui serait préjudiciable aux créanciers. L'indisponibilité fixe l'actif vis-à-vis des créanciers et leur permet d'éviter qu'il ne fasse l'objet d'une cession à un tiers, d'une compensation ou de tout autre mode d'extinction, comme une saisie-attribution qui rendrait le recouvrement de leur créance difficile, si ce n'est impossible, malgré leur diligence. L'indisponibilité issue de l'opposition doit être considérée comme générale : il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre les sommes détenues par l'héritier et celles détenues par un tiers débiteur de la succession. L'argument limitant l'opposition aux rapports entre les opposants avec l'héritier bénéficiaire ne saurait y faire obstacle. Il signifie, non pas que les opposants ne peuvent faire valoir leur droit à l'égard d'un débiteur de la succession, mais simplement que l'opposition n'intéresse pas les autres créanciers successoraux. Autrement dit, ces derniers ne sont pas représentés par l'opposant et ils doivent se manifester s'ils souhaitent recouvrir leur créance. Ils conservent toujours la faculté de s'opposer ou de pratiquer une saisie-attribution puisque l'actif, même indisponible, est encore dans le patrimoine du défunt tant qu'il n'a pas été réparti. Leur action ne peut cependant plus être envisagée indépendamment de la procédure d'opposition parce qu'ils ne sauraient méconnaître l'indisponibilité qui en découle. Ils ne peuvent donc faire valoir leur droit qu'en se joignant à l'opposant.

514.- La Cour de cassation applique ainsi au droit d'opposition l'adage « saisie sur saisie ne vaut ». Celui-ci ne signifie pas qu'une somme indisponible est retirée du gage des créanciers mais qu'elle ne peut plus être attribuée en dehors de la procédure déjà engagée. L'efficacité de la saisie est, en effet, indifférente à l'indisponibilité de la créance qui subsiste dans le patrimoine du débiteur. Aussi, d'autres créanciers ont-ils la possibilité de pratiquer une saisie-attribution sur celle-ci. Ils ne peuvent néanmoins en obtenir l'attribution exclusive puisque l'article 43 de la loi du 9 juillet 1991 soumet l'appropriation immédiate de la créance saisie à sa disponibilité. Toute saisie-attribution postérieure à l'opposition (ou à l'ouverture de la procédure de distribution par contribution) perd donc son effet translatif et astreint le saisissant à venir en concours à égal avec les créanciers opposants lors de la distribution du prix, à moins qu'il ne puisse se prévaloir d'une cause de préférence. La Cour de cassation s'était déjà prononcée en ce sens, lors de concours survenus entre une saisie-arrêt et une

saisie-attribution à la suite de la réforme de 1991[1]. La deuxième Chambre civile retient donc logiquement qu'en l'espèce la saisie ne peut plus produire son effet translatif puisque l'opposition a gelé la créance au sein de l'actif patrimonial du défunt.

515.- L'adjonction à l'opposition d'un effet en terme d'indisponibilité s'avère indispensable à la protection du droit des créanciers. L'opposition pallie, en ce domaine, tant bien que mal l'absence de toute procédure collective de paiement et appelle des réformes de plus grandes envergures. La seule acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire devrait entraîner l'immobilisation de l'actif successoral et l'ouverture d'une procédure collective de paiement[2].

Indispensable à la protection des intérêts de l'opposant, l'effet suspensif de l'opposition cède parfois la place à des effets plus rigoureux et procède à l'anéantissement de l'acte préjudiciable.

[1] Cass. 2ème civ, 14 oct. 1999 : *RTD civ.* 2000, p. 169-170 note R. PERROT ; *D.* 2000 jurisp., p. 754-757, note P. SOUSTELLE.
[2] Cl. BRENNER, article précité, p. 1773.

Section II

L'effet extinctif

516.- Le caractère proportionné de l'opposition à la menace l'amène le plus souvent à produire un simple effet suspensif. Cependant, celui-ci ne suffit pas toujours à assurer la conservation des intérêts de son titulaire et oblige l'opposition à réaliser des conséquences beaucoup plus radicales. Il en est ainsi chaque fois que la sauvegarde des intérêts de l'opposant ou de ceux qu'il représente implique la disparition de l'acte projeté ou accompli, et non plus seulement la neutralisation d'une partie de ses effets, pour assurer la conservation des intérêts de son auteur.

517.- L'opposition est ressentie de manière particulièrement rigoureuse par les tiers dont l'acte est ainsi empêché d'accéder à la vie juridique. Pour autant, la réaction issue de l'opposition se justifie par la légitimité de l'intérêt de son titulaire dont il convient d'assurer la primauté. Le simple accomplissement de l'opposition suffit à empêcher l'acte d'accéder à la vie juridique (paragraphe I), sous réserve des situations où son effet extinctif est soumis à l'appréciation d'une autorité compétente (paragraphe II).

§ I. L'effet extinctif consécutif à l'exercice de l'opposition

518.- L'empêchement provoqué par l'opposition, régulièrement formée, à la réalisation d'un acte juridique se justifie le plus souvent par le fait qu'une condition de validité lui fait défaut. Il importe peu, à cet égard, que l'absence d'opposition s'analyse en une condition de validité de l'acte ou que l'opposition constitue un empêchement à la réalisation d'un acte, auquel fait déjà défaut une condition de validité, indépendante de celle-ci. L'accès de l'acte à la vie juridique s'avère ainsi neutralisé, soit parce que l'opposition fait obstacle à la célébration d'une union illicite (A), soit parce que l'opposition fait obstacle à la validité des accords collectifs (B).

A. L'opposition, empêchement à la célébration d'une union irrégulière

519.- L'effet produit par l'opposition à mariage est certainement tout aussi radical que celui de l'opposition syndicale puisqu'elle fait obstacle à la célébration de l'union. Certes, il serait permis de contester d'une certaine manière tout effet extinctif à l'opposition : elle n'éteint aucun acte juridique dans la mesure où elle intervient en amont de la célébration de l'union et donc de la formation du mariage. Elle n'en reste pas moins dotée d'un certain effet extinctif dans la mesure où ce n'est pas tant à l'acte qu'elle met fin qu'à toute possibilité de célébrer l'union projetée pendant au moins une année[1]. La conservation de l'ordre public matrimonial se satisfait largement d'un tel délai, outre qu'il concilie l'empêchement issu de l'opposition avec la liberté matrimoniale.

520.- Le droit d'opposition éteint toute perspective d'union puisqu'il est peu probable que les futurs époux tentent à nouveau de se marier, au mépris des conditions légales, passé le délai d'un an. De surcroît, certaines causes d'empêchements peuvent disparaître avec le temps ou s'avérer inexistantes. Ainsi, l'union empêchée sur le fondement de l'absence de consentement et notamment sur celui de l'absence d'intention matrimoniale serait nécessairement démentie si les futurs époux, initialement empêchés, réitèrent leur volonté de se marier.

521.- Contrairement à l'opposition des syndicats majoritaires, l'opposition à mariage ne constitue pas, par elle-même, une condition de validité de l'acte projeté. Celle-ci agit comme une défense adressée à l'officier de l'état civil et plus exactement comme une interdiction de procéder à la célébration du mariage. L'opposition s'analyse traditionnellement comme un empêchement prohibitif, fut-elle motivée par des considérations dirimantes. Aussi, sa violation ne suffit-elle pas à entraîner la nullité du mariage. Si la nullité de l'union devait être prononcée, elle résulterait de l'empêchement invoqué et non de l'opposition.

---

[1] C. civ., art. 176, alinéa 2. Avant la loi du 15 mars 1933, l'opposition avait un caractère perpétuel et une mainlevée volontaire ou judiciaire était nécessaire pour que le mariage puisse être célébré. H. L. et J. MAZEAUD, ouvrage précité, t. 1, 3e vol. par L. LEVENEUR, n° 784.

B. L'opposition, empêchement à la validité des accords collectifs minoritaires

522.- La préservation des intérêts des syndicats majoritaires leur confère la possibilité de faire obstacle à la validité d'un accord collectif signé par un syndicat minoritaire. Les termes de l'article L. 132-2-2 du Code du travail sont sans ambiguïté à ce sujet et les textes frappés d'opposition sont réputés non écrits[1]. L'opposition empêche l'accord de passer du fait au droit et d'accéder à toute existence juridique : bien qu'écrit, il est censé ne jamais l'avoir été[2]. La qualification juridique utilisée pour décrire les effets de l'opposition surprend au premier abord. Si elle s'expliquait difficilement lorsque le droit d'opposition était limité, avant la loi du 4 mai 2004, aux accords dérogatoires et aux avenants de révision, elle se conçoit cependant mieux depuis que l'absence d'opposition s'envisage comme une condition de validité des accords minoritaires. Justifiée par le caractère, *a priori*, défavorable des accords dérogatoires et des avenants de révision dits de régression, l'opposition s'explique désormais par le caractère imparfait de l'accord minoritaire.

523.- L'anéantissement des accords collectifs minoritaires frappés d'opposition, en les réputant non écrits, renvoie à une catégorie de sanction peu habituelle en droit du travail. Celle-ci se rencontre plus fréquemment en droit des contrats et même en droit de la consommation où les clauses illicites ou abusives sont « réputées non écrites »[3]. Elle amène à s'interroger sur l'exactitude de la qualification employée, voire sur la similitude de situation qu'elle suggère entre les clauses ainsi sanctionnées en droit des contrats et les accords collectifs minoritaires.

---

[1] L'article L. 132-2-2 du Code du travail dispose ainsi dans son paragraphe premier que « *la validité d'un accord interprofessionnel est subordonnée à l'absence d'opposition de la majorité des organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ de l'application de l'accord* ». Le paragraphe II renvoie à ce même principe lorsque la validité des accords de branche n'est pas soumise à une majorité d'engagement par un accord de méthode. Le paragraphe III précise enfin que la validité des accords d'entreprise est déterminée par les accords de branche, soit par référence à une majorité de conclusion, soit par référence à l'absence d'opposition des organisations majoritaires.

[2] Le recours à la technique de la fiction permet de considérer la clause réputée non écrite comme inexistante et de réfuter tout consentement des parties à son sujet. J. KULLMAN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, chron. p. 63.

[3] Seul l'article L. 122-42 du Code du travail relatif à l'interdiction des amendes ou autres sanctions pécuniaires prévoit dans son alinéa 2 que « toute disposition contraire est réputée non écrite ».

524.- Une analyse de la qualification de « réputés non écrits » donnée aux accords minoritaires frappés d'opposition ne peut se faire que si l'on se replace dans le contexte initial, ayant donné lieu à la prérogative des syndicats majoritaires. Il faut reconnaître qu'il était particulièrement difficile de qualifier autrement les effets de l'opposition, avant la loi du 4 mai 2004, en ce qu'elle atteignait un acte *a priori* parfaitement valable. Non seulement tous les partenaires sociaux avaient la faculté de négocier et de conclure un accord dérogatoire- ou de révision réduisant ou supprimant un ou plusieurs avantages acquis-, mais de surcroît sa formation se suffisait de la signature d'un seul syndicat représentatif, fut-il minoritaire. Le recours à la nullité apparaissait de ce point de vue inadapté pour décrire l'effet de l'opposition à l'encontre d'un acte qui n'était entaché d'aucun vice de forme, ni d'aucune irrégularité au fond. La théorie de l'inexistence n'aurait su pallier le caractère inadéquat de la nullité, dans la mesure où aucun élément constitutif essentiel à la formation de l'accord ne faisait défaut. Tout au plus, est-il possible de penser que la caducité se serait présentée comme une qualification plus appropriée pour décrire les effets de l'opposition sur l'accord dérogatoire ou l'avenant de révision défavorable. La caducité s'applique, en effet, à un acte juridique valablement formé mais dont l'efficacité requiert un élément de perfection essentiel et indépendant de la volonté des parties qui vient à manquer[1]. L'acte juridique deviendrait caduc de plein droit et sans rétroactivité lorsque « *pleinement valable à sa formation et avant qu'il ait pu produire ses effets juridiques, il est privé d'un élément essentiel à sa validité par la survenance d'un évènement postérieur à sa formation et indépendant de la volonté de son auteur* »[2]. Au vu de cette définition, il apparaît que l'accord frappé d'opposition se présente comme un acte caduc sous réserve d'admettre qu'il est privé d'un élément essentiel à sa validité et pas seulement à son efficacité. Tout se passe comme si l'application de l'accord dérogatoire ou l'avenant de révision défavorable étaient subordonnés à la réalisation d'une condition suspensive postérieure à leur formation, c'est-à-dire à l'absence d'opposition des syndicats majoritaires. La caducité de l'acte ne semble pas faire l'objet de doute, si l'on se réfère à la définition de la caducité donnée par Monsieur F. GARRON selon lequel la caducité est « *la situation d'un contrat valablement formé qui cesse d'exister à la suite de la disparition de l'un des éléments essentiels à sa survie* »[3].

---

[1] V. G. CORNU, Vocabulaire juridique, ouvrage précité, V. Caducité.

[2] Y. BUFFELAN-LANORE, « Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil », Préf. P. HÉBRAUD, thèse LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 43, 1963, p. 161. *Contra* V. WESTE, « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP G* 2001, 290, n° 2. Selon l'auteur, la caducité frappe sans conteste un acte valable et sans défaut de formation, mais il n'est pas nécessaire de la restreindre aux actes qui n'ont pas produit d'effet ou dont il manque une condition interne à l'acte et indépendante de la volonté des parties.

[3] F. GARRON, « La caducité du contrat », PUAM, 1999.

525.- De ce point de vue, la référence à la notion de « réputé non écrit » pour qualifier les conséquences de l'opposition sur l'accord conventionnel dérogatoire, signé par un syndicat minoritaire, laissait perplexe. L'expression est normalement utilisée pour sanctionner l'existence, soit d'une clause illicite, soit d'une clause abusive dans les contrats entre consommateurs et professionnels. L'intérêt du recours à ce type de sanction tient à ce qu'il permet de préserver le contrat en éradiquant seulement la clause litigieuse[1]. A peine écrite, elle se voit privée d'efficacité et doit être considérée comme telle dès son origine. L'effacement de la stipulation illicite ou abusive permet d'opérer une mise en conformité des dispositions contractuelles à la loi ou de rétablir l'équilibre contractuel sans remettre en cause l'accord des parties. Or, cette sanction est transposée en droit du travail, non pour faire disparaître une ou plusieurs clauses, mais pour anéantir l'intégralité de l'accord. Le principe d'indivisibilité de la convention collective fait, certes, obstacle à ce que l'opposition n'affecte que certaines clauses de l'accord dans la mesure où les avantages consentis par l'employeur l'ont été en contrepartie de la dérogation consentie. La remise en cause partielle de l'accord semble contraire à son économie globale et aux techniques de remise en cause des accords comme la dénonciation qui atteint l'accord dans son intégralité[2]. Il convient néanmoins de réserver l'hypothèse rare, sinon peu probable, du cas où les parties ont stipulé la divisibilité de l'accord.

La suppression d'une clause illicite ou abusive en la réputant non écrite manifeste, au contraire, la volonté du législateur de préserver le contrat afin de protéger l'une des parties ou la vie sociale[3]. L'éradication de la clause litigieuse n'entraîne la disparition du contrat que si elle en constitue la cause impulsive et déterminante[4] ou qu'il ne peut subsister sans elle[5]. Ces hypothèses restent cependant exceptionnelles et justifiées par la particularité des situations auxquelles elles s'appliquent[6]. L'étendue du recours au « réputé non écrit » à l'ensemble de l'accord défavorable minoritaire ne trouvait en réalité son fondement que dans le principe

---

[1] R. BAILLOD, « A propos des clauses réputées non écrites », *Mélanges dédiés à L. BOYER*, 1996, n° 25 ; V. COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », *JCP* 1993, I, 3691, p. 318.
[2] C. trav., art. L. 132-8.
[3] J. KULLMAN, article précité, p. 64.
[4] Le recours à la cause impulsive et déterminante a été utilisée par la jurisprudence pour remettre en cause des libéralités consenties avec une condition impossible ou contraire aux lois et aux bonnes mœurs alors qu'aux termes de l'article 900 du Code civil seule la condition litigieuse devait être réputée non écrite et disparaître. Cass. req., 3 mai 1863 : *S.* 1864, I, p. 305 ; Cass. 1re civ. , 6 janv. 1987, citée par R. BAILLOD, précité, n° 26.
[5] L'article L. 131-1 alinéa 8 du Code de la consommation prévoit ainsi que « le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans les dites clauses ».
[6] La sanction édictée à l'article 900 du Code civil tient aux considérations politiques de l'époque destinées à imposer le nouvel ordre social et celle de l'article L. 132-1 alinéa 8 du Code civil se conforme aux prescriptions de la directive européenne concernant les clauses abusives. R. BAILLOD, précité, n° 26 et 27.

d'indivisibilité de l'accord, notamment en présence d'accords dits « donnant-donnant » où les contreparties consenties par l'employeur ne l'ont été qu'en considération de celles consenties par les organisations de salariés. L'accord forme un tout au sein duquel les clauses dérogatoires ne sont pas dissociables des autres clauses et perdent leur raison d'être sans les premières. L'extension du « réputé non écrit » à l'ensemble de l'accord résultait, en réalité, d'une nécessaire adaptation à la spécificité des conventions ou des accords collectifs *in pejus*.

526.- Une telle explication ne résistait cependant pas au fait que le recours au réputé non écrit procède de la volonté d'éradiquer une clause contraire à une disposition impérative ou tout simplement abusive. L'effet produit par le droit d'opposition résulte d'une logique totalement différente. S'il peut être ressenti par les parties à l'accord et notamment par le syndicat minoritaire comme une sanction, il ne s'y rattache pas. La conclusion d'un accord dérogatoire par un syndicat minoritaire était autorisée par la loi et parfaitement licite. Contrairement aux clauses illicites ou abusives qui doivent être considérées comme réputées non écrites dès leur origine, il n'en était pas de même de l'accord dérogatoire ou de révision défavorable. Valable dès sa formation, il le restait ultérieurement. Les raisons de sa disparition relevaient de considérations d'opportunité et de légitimité distinctes de considérations liées à la légalité de l'accord. L'application de la technique « du réputé non écrit » aux accords dérogatoires ou aux avenants de révision défavorables aurait seulement pu tenir au fait qu'elle se dispense le plus souvent de tout recours au juge. Il n'était, de surcroît, pas totalement impossible de la rattacher à la présence d'un certain abus lors de la négociation et de la conclusion d'un tel accord avec un syndicat minoritaire[1]. La conclusion d'un accord dérogatoire entre l'employeur et un syndicat représentatif minoritaire induisait un déséquilibre des forces en présence, lors des négociations, qui amenait à s'interroger sur la réalité des contreparties obtenues par le syndicat, au regard de la nature de l'accord et de sa faible légitimité. Un rapprochement devenait alors possible avec les clauses abusives définies comme celles « *qui ont pour objet ou pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties* »[2].

[1] F. BOCQUILLON, thèse précitée, p. 526. Selon ce dernier, le droit d'opposition va souvent à l'encontre des réalités économiques de l'entreprise où l'accord dérogatoire est souvent présenté comme un substitut au licenciement. Le droit d'opposition n'apparaît plus alors comme un garde fou, destiné à préserver les droits des salariés dont la remise en cause se comprend en présence des difficultés de l'entreprise, mais comme « une garantie contre l'abus de force dominante de l'employeur ».
[2] C. consom., art. L. 132-1.

Le déséquilibre manifeste exigé en matière de clause abusive résultait du contenu dérogatoire de l'accord dans un système où la négociation se voulait, tout du moins jusqu'à présent, une négociation exclusivement d'addition. Le parallèle avec les clauses abusives aurait également tenu à ce que la loi ne les prohibe pas « spécialement », aussi ne sont-elles éradiquées du contrat qu'après l'appréciation de celles-ci et de leur contexte par le juge[1]. L'appréciation du maintien de l'accord dérogatoire par les syndicats majoritaires s'effectuait lui aussi en fonction du contexte de l'accord tout comme de ses stipulations.

527.- Les tentatives de justifications avancées pour expliquer la qualification juridique donnée à l'effet de l'opposition à un accord dérogatoire n'emportaient pas réellement la conviction, comme si le législateur avait abusivement eu recours au terme de « réputé non écrit », pour décrire un effet de l'opposition qui relevait plus de la caducité. La référence au « réputé non écrit » pour invalider les accords minoritaires retrouve, en revanche, une certaine pertinence depuis que la loi du 4 mai 2004 fait de l'absence d'opposition une condition de validité des accords interprofessionnels, voire des accords de branche et d'entreprise[2]. L'absence d'opposition étant une condition de validité de l'acte, le recours à une telle qualification se présente comme un substitut à la nullité.

528.- L'opposition des syndicats majoritaires ou celle à mariage suffit à conserver d'une manière définitive les intérêts représentés par l'opposant. Son exercice neutralise définitivement l'acte juridique qu'elle atteint, sous réserve de sa régularité. L'efficacité de l'action conservatoire suppose qu'elle agisse directement sur le fond du droit. Dans d'autres situations, l'effet extinctif conservatoire de l'opposition se voit subordonné à l'appréciation préalable de son bien-fondé parce qu'il convient de s'assurer de l'étendue des droits de l'opposant ou de la réalité de l'atteinte dont il se prévaut.

§ II. L'effet extinctif consécutif à l'admission de l'opposition

529.- L'effet conservatoire de l'opposition se voit soumis dans un certain nombre de cas à son appréciation par une autorité compétente en raison de l'appréciation subjective dont fait l'objet la demande de l'opposant. Le caractère judiciaire ou administratif d'une procédure

---

[1] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, ouvrage précité, p. 124, n°186.

[2] Sous réserve qu'un accord de méthode ne soumette pas la validité des accords de branche à une majorité d'engagement et qu'un accord de branche ne subordonne pas la validité des accords d'entreprise à leur signature par des organisations syndicales. C. trav. art. L. 132-2-2.

à laquelle conduit l'opposition amène à porter une attention particulière à la demande de l'opposant et à soumettre son efficacité à la vérification de l'existence de l'atteinte, ainsi portée par le tiers aux droits de l'opposant.

530.- Le recours introduit par l'opposant ne suffit pas dans de telles situations à conserver ses intérêts. Ceux-ci ne le seront qu'à partir du moment où l'admission du bien-fondé de l'opposition lui permettra de remettre en cause l'acte préjudiciable à ses intérêts. Il convient bien de distinguer cette situation de celle de l'opposition à un jugement par défaut ou à une ordonnance portant injonction de payer. L'effet conservatoire de l'opposition se satisfait alors directement de l'introduction de l'instance ou de sa reprise puisqu'elle rétablit ou garantit le principe du contradictoire à l'égard du défaillant ou du débiteur. La décision ensuite rendue sur l'opposition s'avère secondaire, le caractère conservatoire de celui-ci étant suffisamment réalisé par la possibilité effective donnée à l'opposant de présenter ses moyens de défense.

531.- L'anéantissement de l'acte projeté est subordonné à la reconnaissance du bien-fondé de l'action de son titulaire chaque fois qu'elle prend la forme d'une opposition à l'enregistrement d'une marque (A) ou celle d'une opposition à un décret autorisant un changement de nom (B).

A. L'enregistrement de la marque empêché en présence d'une opposition bien-fondée

532.- L'opposition à l'enregistrement d'une marque ne fait pas en soi directement obstacle à la demande du déposant. Elle déclenche l'ouverture d'une procédure administrative et contradictoire au cours de laquelle les droits respectifs des parties sont examinés[1]. Il ne suffit pas d'être propriétaire d'une marque similaire à celle déposée, encore faut-il justifier d'un risque réel et dommageable de confusion entre le signe du propriétaire antérieur et celui du déposant[2]. Contrairement à la majorité des situations dans lesquelles

[1] Le déposant dont la demande d'enregistrement est laissée en suspend, jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'opposition, peut bénéficier d'un enregistrement provisoire afin de protéger sa marque à l'étranger. L'enregistrement international d'une marque suppose un enregistrement préalable dans le pays d'origine. L'enregistrement provisoire peut être rapporté en tout ou partie en tout ou partie si l'opposition est ensuite considérée fondée.
[2] Cf. *supra* § 123.

intervient l'opposition, le simple fait d'être placé dans les conditions prévues par la loi ne suffit pas à présumer de sa légitimité.

533.- L'intérêt de l'opposant à agir à titre conservatoire ne dépend pas seulement d'éléments objectifs, tels l'identité des marques pour désigner des produits ou des services similaires, mais d'éléments plus subjectifs, c'est-à-dire l'existence d'un risque de confusion, soumis à l'appréciation d'une autorité compétente. Au vu des prétentions respectives des parties, le directeur de l'INPI apprécie le bien-fondé de l'acte conservatoire et annule ou refuse, le cas échéant, l'enregistrement sollicité.

534.- L'indisponibilité d'une marque n'empêche donc pas l'enregistrement requis par un tiers et il appartient au propriétaire d'une marque antérieure de s'en prévaloir en s'opposant à la demande du déposant s'il estime qu'elle porte atteinte à ses droits[1]. Les marques déposées désignent souvent des produits et des services très larges, aussi le propriétaire de la marque apparaît-il le mieux à même d'apprécier, dans un premier temps, si la demande du déposant nuit à ses intérêts. L'acte conservatoire ne produit pas d'effet extinctif direct vis-à-vis de la demande d'enregistrement parce que le risque de confusion s'avère parfois hypothétique, voire inexistant, notamment si l'opposant n'exploite pas sa marque.

535.- Adressée dans un premier temps au directeur de l'INPI, l'Institut notifie l'opposition sans délai au déposant afin qu'il présente ses observations en réponse et, le cas échéant, constitue mandataire dans un délai qui ne peut être inférieur à deux mois. En l'absence de toute initiative du déposant dans le délai imparti, le directeur de l'INPI statue directement sur l'opposition. Dans le cas contraire, et au vu des prétentions respectives des parties, l'INPI établit un projet de décision et le notifie à chacune d'entre elles. En l'absence de contestation, le projet vaut décision. En cas de désaccord sur le projet, il est statué au vu des dernières observations des parties et après avis d'une commission d'experts au sein de l'INPI et si l'une des parties le demande, après qu'elles aient présenté les observations orales.

[1] A l'inverse, dans certains pays comme la Grande-Bretagne, l'indisponibilité du signe est directement vérifiée par l'administration qui refuse l'enregistrement d'une marque si elle apparaît similaire ou identique à une marque désignant des produits similaires ou identiques. A. THIERR, article précité, p.14.

536.- Le directeur de l'INPI statue sur l'opposition et la demande d'enregistrement se poursuit s'il estime qu'il convient de la rejeter[1]. En cas d'admission de l'opposition, la demande d'enregistrement peut être rejetée intégralement ou seulement à l'égard de quelques produits ou services déposés. La décision administrative rendue sur l'opposition est susceptible d'être contestée dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de la notification de la décision devant les Cours administratives d'appel désignées comme compétentes par le décret du 17 mars 1992. L'opposition est réputée rejetée s'il n'a pas été statué dans les six mois suivant l'expiration du délai de deux mois pour former opposition[2].

537.- Lors de la présentation de ses premières observations, en même temps qu'il conclut au fond, le déposant peut demander au titulaire de droits antérieurs d'apporter la preuve d'une exploitation de sa marque dans les cinq années qui précèdent l'opposition et qu'il n'encoure donc pas la déchéance de ses droits pour défaut d'exploitation. Si l'opposant ne fournit aucun justificatif de nature à établir de l'usage de sa marque ou de motifs légitimes de non-usage, la procédure d'opposition est clôturée. Il en est de même lorsque l'opposant a perdu la qualité pour agir ou que l'opposition est devenue sans objet ou encore que les effets de la marque antérieure ont cessé[3].

538.- La reconnaissance du bien-fondé de l'opposition permet à son auteur de conserver son droit sur la marque, mais uniquement dans la mesure du strict nécessaire. Selon les situations, l'opposition éteint toute perspective d'enregistrement pour son destinataire ou seulement à l'égard de certains produits et services désignés. L'appréciation préalable du bien-fondé semble indispensable dans un domaine où le titulaire d'une marque antérieure peut avoir tendance à défendre très largement, voire trop largement, son droit de propriété sur la marque. Des motifs similaires justifient la soumission de l'opposition à un décret au changement de nom à l'appréciation de son bien-fondé.

---

[1] A. THIERR et O. THIERR, article précité, n° 138 et s.
[2] Sous réserve des causes de suspension prévues à l'article L. 712-4 du Code de la propriété intellectuelle.
[3] L'opposition devient sans objet en présence d'un accord entre les parties, d'un retrait ou d'un rejet de la demande d'enregistrement. Les effets de la marque antérieure cessent à la suite de son absence de renouvellement, de sa déchéance ou de sa nullité.

B. Le changement de nom empêché en présence d'une opposition bien-fondée

539.- Les questions relatives à l'état des personnes relèvent traditionnellement de la compétence judiciaire. La compétence du juge administratif réapparaît relativement aux oppositions aux changements de noms patronymiques puisque les décrets portant changement de nom appartiennent à la catégorie des actes administratifs. En tant qu'elle vise à l'annulation du décret autorisant un tiers à porter un nouveau nom, l'opposition possède une nature contentieuse. L'opposition ne bénéfice pas du privilège du préalable et pour faire obstacle au décret portant changement de nom, son titulaire doit justifier d'un intérêt à agir et de l'existence d'un préjudice. Elle se présente comme un recours de plein contentieux examiné par le Conseil d'Etat qui statue en premier et dernier ressort à titre définitif[1]. L'opposition, si elle est admisse empêche le changement de nom et provoque le retrait du décret l'ayant autorisé.

540.- L'opposition suppose que son auteur ait un intérêt à agir et n'ait pas renoncé à la faculté de faire opposition avant ou après le décret d'autorisation[2]. Les opposants doivent justifier d'un intérêt sérieux et légitime et démontrer l'existence d'un préjudice suffisant issu de la confusion des noms qui peut résulter de son attribution à un tiers[3]. En cas de décret autorisant une addition de nom, les membres de la famille qui ne portent pas personnellement ce nom peuvent s'y opposer dès que la famille a un droit sur le nom.

541.- Le Conseil d'Etat a la possibilité de faire droit à l'opposition ou de la rejeter. La demande sera ainsi rejetée lorsque le nom est trop répandu pour constituer une propriété exclusive ou encore qu'il n'y a pas de préjudice dans la mesure où les noms de l'opposant et celui de l'impétrant se distinguent par des noms additionnels ou une différence d'orthographe. Le Conseil d'Etat n'est cependant pas tenu d'admettre l'opposition purement et simplement. Il se reconnaît la possibilité de modifier partiellement le décret autorisant l'addition ou le changement de nom, en restreignant la concession faite par décret,

---

[1] Le recours contentieux étant dirigé contre un acte administratif, il a été souligné qu'il s'apparente néanmoins, par sa nature, au recours pour excès de pouvoir. Cf. A PONSARD et F. LAROCHE-GISSEROT, article précité, n° 228.

[2] On peut néanmoins s'interroger sur la validité d'une telle renonciation au regard de la fonction du nom qui constitue aussi bien un élément de la personnalité qu'un élément d'identification sociale. De surcroît, elle semble contraire avec l'idée selon laquelle l'opposition participe à l'intérêt général en empêchant la réalisation définitive d'un changement de nom irrégulier.

[3] CE, 5 fév. 1915 : *Rec. Leb.*, p. 17 ; CE Sect. 28 janv. 1966, Muller : *Rec. Leb.*, p. 65

indépendamment de toutes conclusions présentées à ce sujet par les parties[1]. Le pouvoir dont dispose ainsi le Conseil d'Etat ne serait pas, pour autant, contraire à la nature contentieuse du recours qui oblige à examiner les demandes des parties sans pouvoir leur attribuer autre chose que ce qu'elles sollicitent[2]. En effet, le juge a toujours la possibilité de ne faire droit que partiellement à la demande qui lui est soumise. Aussi, le Conseil d'Etat ne peut-il accorder un autre nom à l'impétrant que celui qu'il a demandé. En revanche, il a la faculté de limiter la concession du nom en refusant l'un des deux noms ajouté au nom initial ou en supprimant une particule[3].

L'effet extinctif attaché à l'opposition reste subordonné à l'appréciation de son bien-fondé par le Conseil d'Etat et proportionnel à ce qui est nécessaire à la conservation des intérêts de l'opposant.

[1] CE, 17 mars 1864 : *DP* 1864, III, p. 89 ; CE, 4 fév. 1876 : *DP* 1876 III, p. 56.
[2] A PONSARD et F. LAROCHE-GISSEROT, article précité, n° 248.
[3] A PONSARD et F. LAROCHE-GISSEROT, précité, n° 249.

Conclusion du Chapitre

542.- Les conséquences réalisées par l'opposition apparaissent proportionnées au péril à conjurer qu'il s'agisse de neutraliser une partie des effets d'un acte juridique ou de faire obstacle à son existence. La conservation des intérêts de l'opposant se satisfait le plus souvent d'un simple effet suspensif. Celui-ci est inhérent aux voies de recours ou de droit telles que l'opposition à un jugement par défaut ou à une ordonnance portant injonction de payer, de même qu'aux oppositions au paiement. A cet égard, l'indisponibilité des sommes frappées d'opposition préexiste souvent à sa réalisation afin d'éviter toute disparition du gage des créanciers, entre le moment où l'événement préjudiciable se réalise et celui où le créancier forme opposition.

543.- Réaction adaptée à la menace, l'opposition entraîne l'éradication de l'acte projeté chaque fois que la conservation des intérêts de l'opposant ne se satisfait pas d'une simple suspension de ses effets. Le droit d'opposition produit des effets rigoureux dans la mesure où il participe à la validité de l'acte soit que l'absence d'opposition conditionne celle-ci, soit que l'opposition vise à empêcher la réalisation d'un acte contraire à l'ordre public. L'atteinte ainsi apportée par le droit d'opposition aux actes projetés ou accomplis par autrui amène à soumettre dans certains cas l'effet conservatoire de l'opposition à l'admission préalable de son bien-fondé et à limiter son effet extinctif à ce qui apparaît juste nécessaire aux intérêts de l'opposant.

CHAPITRE II

LE DÉNOUEMENT DE L'OPPOSITION

544.- La question du dénouement de l'opposition régulièrement formée ne se pose que dans les situations où ses effets perdurent dans le temps. L'effet conservatoire semble doté d'un effet provisoire dont la disparition ne se réalise qu'avec la conservation définitive des intérêts de l'opposant. La disparition des effets de la réaction conservatoire concerne donc essentiellement les oppositions au paiement qui rendent les sommes affectées par celles-ci indisponibles. Or, la situation de *statu quo* provoquée par l'opposition au paiement ne constituant pas une fin en soi, il convient d'envisager les diverses manières dont les intéressés ont la possibilité de se libérer de sa contrainte.

545.- Les procédures de dénouement de l'opposition passent essentiellement par le paiement du créancier opposant. Elles sont systématiquement envisagées de manière indépendante à ses effets, comme si l'acte conservatoire s'épuisait dans la défense qu'il adresse à autrui. L'opposition est parvenue à ce stade à préserver les droits de l'opposant. Cependant la mise à l'écart de ses effets ne se conçoit que dans le respect de sa finalité conservatrice. Les moyens offerts pour s'en délivrer constituent son prolongement nécessaire par la réalisation du paiement de l'opposant.

546.- Les procédures destinées à mettre un terme aux effets de l'opposition ne se réduisent pas aux hypothèses où celle-ci est régulièrement formée. Ses répercussions étant particulièrement rigoureuses pour son destinataire, soit qu'elle immobilise une partie de son actif patrimonial, soit qu'elle fasse obstacle à la formation d'un acte juridique ; il convient de lui donner les moyens de contester l'opposition irrégulièrement formée ou non fondée. Le dénouement de l'opposition ne passe plus alors par le caractère définitif de la conservation, mais par la levée de l'effet conservatoire dont il convient d'arrêter la réalisation.

Le dénouement de l'opposition résulte ainsi soit de procédures de paiement accessoires à l'opposition (section I), soit de procédures de contestation destinées à anéantir son effet conservatoire (section II).

Section I

Le dénouement de l'opposition issu du paiement

547.- Les procédures de dénouement de l'opposition intéressent exclusivement les oppositions au paiement dont les effets en terme d'indisponibilité cessent par la mise en œuvre de procédures garantes de la conservation définitive des droits de l'opposant. L'effacement de l'acte conservatoire nécessite de substituer au gel du paiement provoqué par celui-ci une nouvelle situation, respectueuse des droits de l'opposant comme de ceux de son destinataire. Le caractère transitoire de l'opposition s'avère ici marqué. Une fois son effet conservatoire réalisé, son destinataire n'a la possibilité de se libérer des conséquences de l'opposition qu'en désintéressant le créancier. L'opposition apparaît dès lors comme une mesure préparatoire au paiement dont la nature conservatoire l'empêche de conférer le moindre privilège à son titulaire. Force est de constater que la mise en œuvre de l'opposition emporte parfois la constitution d'un véritable privilège au profit de l'opposant, ce qui dénature quelque peu son caractère conservatoire pour la rapprocher des mesures de sûretés. L'exercice de l'opposition permet à son bénéficiaire d'échapper à la loi du concours entre les créanciers et lui confère un avantage supplémentaire qui vient s'ajouter à son droit de gage.

L'indisponibilité issue de l'opposition ne disparaît que par la réalisation du droit de créance de son titulaire (paragraphe I) et sans emporter en principe la constitution de privilèges au profit de l'opposant (paragraphe II).

§ I. L'opposition acte préparatoire au paiement

548.- La conservation des droits de l'opposant constitue seulement une étape préliminaire destinée à lui assurer le recouvrement de sa créance. Les sommes affectées par l'opposition deviennent indisponibles et la situation de *statu quo* provoquée par l'opposition cesse par la réalisation du paiement, soit dans le cadre de procédures de répartition du prix (A), soit dehors de procédure de répartition (B).

A. La réalisation du paiement dans le cadre de procédures de répartition

549.- L'opposition au paiement du prix de vente du fonds de commerce ainsi que celle à l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire se résolvent par l'ouverture d'une procédure de distribution par contribution permettant à chaque créancier d'obtenir le paiement intégral ou partiel de sa créance chaque fois que le prix de cession du fonds ou l'actif successoral est inférieur au passif. Il appartient à la partie la plus diligente de prendre l'initiative de l'ouverture de la procédure judiciaire de distribution des deniers (2) à moins que les créanciers ne s'entendent à l'amiable pour répartir le prix (1).

1°) La distribution amiable des deniers

550.- La procédure de distribution judiciaire des deniers a un rôle subsidiaire. Elle ne s'applique pas en présence d'un seul créancier opposant ou si les créanciers s'entendent à l'amiable pour répartir les deniers. Les dispositions de l'article 1281-1 du Nouveau Code de procédure civile l'induisent formellement et disposent, en ce sens, qu'une procédure de répartition est mise en œuvre seulement « *s'il y a lieu* ». La répartition du prix de cession du fonds de commerce doit ainsi être assurée dans un premier temps par le tiers détenteur des fonds qui dispose d'un délai de trois mois à cet effet. C'est seulement à compter de l'expiration de ce délai qu'une procédure judiciaire de répartition peut être engagée.

551.- Les dispositions légales incitent les créanciers à accepter une répartition à l'amiable et le tiers détenteur des fonds ne manquera pas de leur faire remarquer les avantages qu'ils pourraient tirer d'un tel accord. En effet, le recours aux dispositions des articles 1281-1 et suivants du Nouveau Code de procédure civile pour répartir le prix permet aux créanciers qui ne se sont pas faits connaître au moyen d'une opposition, ou à ceux qui se

sont manifestés par une opposition irrégulière[1], d'intervenir à la distribution du prix ce qui risque de réduire le dividende accordé à chacun[2]. L'article 1281-3 du Nouveau Code de procédure civile oblige, en effet, le tiers répartiteur à inviter les créanciers à déclarer leurs créances, sans faire de distinction entre les créanciers opposants et non-opposants. Il convient néanmoins de remarquer que le répartiteur ne peut informer que les créanciers dont il a connaissance par l'intermédiaire des oppositions ou par l'état des inscriptions grevant le fonds délivré par le greffe du tribunal de commerce[3]. L'opposition ne permet pas à son auteur d'échapper au concours avec d'autres créanciers et notamment avec ceux qui se seraient manifestés ultérieurement par voie de saisie. Sa fonction conservatoire l'amène seulement à sauvegarder le droit de gage du créancier, sans emporter en aucune façon une attribution préférentielle du prix à son profit[4]. Cependant, elle peut lui conférer un avantage indirect lors de la répartition dans la mesure où il se sera fait connaître auprès du tiers détenteur des fonds. La répartition amiable du prix de vente du fonds requiert l'accord amiable des créanciers opposants, inscrits et saisissants, sous réserve qu'ils soient tous pleinement capables et maîtres de leurs droits. Il en est de même en cas de répartition amiable des deniers à la suite de l'opposition des créanciers à l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire[5].

552.- En l'absence d'accord amiable entre les créanciers pour répartir le prix, il appartient à la partie la plus diligente de saisir, en la forme des référés, le juge judiciaire. Le président du tribunal de commerce du lieu où demeure le débiteur sera saisi pour répartir le prix de cession du fonds ou le président du tribunal de grande instance, en cas de répartition de l'actif successoral d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire ou du prix de

---

[1] A moins que ces derniers se soient manifestés ultérieurement en pratiquant une saisie-attribution sur le prix de cession afin de venir concourir à la distribution. Le prix de vente étant en effet indisponible à la suite des oppositions, la saisie reste valable mais perd tout effet attributif au profit du saisissant. Cass. 2ème civ., 16 mars 2000 : *D.* 2000 jurisp. p. 371, obs. A.-L. MONÉGER-DUPUIS ; *RTD civ.* 2000, p. 850, obs. J. DERRUPPÉ.

[2] J.-L. PUYGAUTHIER, « La distribution du prix de vente du fonds de commerce et le décret du 14 août 1996 », *JCP E* 1999, p. 163, n° 1.

[3] J.-P. RÉMERY, « L'institution d'une nouvelle procédure de distribution des deniers en dehors de toute procédure d'exécution », *D.* 1997, chron., p. 77.

[4] Cass. req., 12 fév. 1936 : *DH* 1936, p. 405. Sur l'absence de privilège lié à l'opposition cf. Cass. com., 5 avr. 1965 : *JCP G* 1965, II, 14136, note A. JAUFFRET. L'absence de privilège lié à l'opposition ne connaît de dérogation qu'en présence d'un cantonnement. Cf. *infra* § 568.

[5] C. AUBRY et C. RAU, ouvrage précité, t. X, § 618, p. 46, note 51 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, ouvrage précité, t. IV, p. 626, n° 441.

vente d'un lot en copropriété[1]. Le créancier ou le débiteur peut prendre l'initiative de la procédure de même que le tiers détenteur des fonds[2].

2°) La distribution judiciaire des deniers

553.- L'échec de tout accord amiable entre les créanciers, pour répartir le prix de cession du fonds ou l'actif de la succession, amène à l'ouverture d'une procédure de distribution de deniers en dehors de toute voie d'exécution. La procédure mise en place a été conçue de manière à se « *déjudiciairiser* » et le juge n'intervient que de manière supplétive dans la répartition prix du prix[3]. Il se charge de désigner le tiers répartiteur des fonds et au besoin de prescrire la consignation. Le magistrat organise les prémices de la procédure sans intervenir directement dans son déroulement, à moins qu'il ne soit appelé à trancher en cas de litige, si un créancier conteste le projet de répartition proposé et qu'aucune conciliation n'apparaît possible.

554.- Le président du tribunal nomme donc, dans un premier temps, un tiers répartiteur chargé de la distribution des fonds et décide éventuellement de leur consignation plutôt que de les laisser entre les mains du tiers répartiteur agissant alors comme séquestre. Ce dernier peut être un avocat, un avoué, un huissier de justice ou encore le détenteur des fonds. Le greffier informe par lettre simple le tiers désigné par le président du tribunal de commerce pour répartir les fonds. Dans le cas où l'ordonnance de nomination du tiers ne prévoirait rien relativement à la consignation des fonds, le notaire, s'il est désigné tiers répartiteur, peut y procéder. S'il n'a pas été désigné, il remet les fonds entre les mains du tiers répartiteur nommé par le président du tribunal de grande instance.

---

[1] J. LAFOND, *J. Cl. Notarial*, art. préc., n° 91. Il convient de noter qu'en cas de cas de vente judiciaire du lot en copropriété, la répartition du prix s'effectue de manière judiciaire par le juge aux Ordres.
[2] Trib. com. Chambéry, 20 nov. 1996 : *Defrénois* 1997, art. 36497 obs. J.-P. SÉNÉCHAL ; *Procédures* nov. 1996, p. 10.
[3] M. DONNIER et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédure de distribution*, Litec, 7ème éd. 2004, n° 1887, p. 599. N. FRICERO, *J.-Cl. Procédure civile*, 1997, Distribution des deniers, Fasc. 2480, n° 47 et s.

555.- Le tiers répartiteur informe les créanciers par lettre recommandée avec accusé de réception qu'ils disposent d'un délai d'un mois pour lui déclarer le montant de leurs créances (en principal, intérêt, accessoire) et les privilèges et sûretés attachées à celles-ci. En l'absence de manifestation de leur part dans ce délai ou en cas de déclaration tardive, ils sont déchus de leur droit de participer à la distribution. Le tiers a un délai de deux mois à compter du dernier avis adressé aux créanciers pour établir un projet de répartition et le notifier aux créanciers, ainsi qu'au débiteur, par lettre recommandée avec accusé de réception. A défaut de contestation, le projet devient définitif. Les créanciers qui ont déclaré les créances deviennent propriétaires des fonds et le tiers répartiteur ou la Caisse des dépôts et consignations, si les fonds y ont été déposés, procède au paiement conformément au projet de répartition. Les créanciers qui désapprouvent le projet établi par le tiers répartiteur disposent de quinze jours pour exprimer leur désaccord à dater de sa réception. La contestation doit être motivée et justifiée par des pièces jointes à la lettre recommandée avec accusé de réception adressée au tiers répartiteur. Ce dernier convoque alors toutes les parties en vue d'une tentative de conciliation dans le mois suivant la première contestation. Si les parties à la conciliation parviennent à s'entendre sur un projet d'accord, une copie de celui-ci leur est notifiée et le paiement aura lieu conformément à ce qui a été convenu dans les quinze jours suivants. L'échec de la conciliation oblige le tiers répartiteur à dresser un acte constatant les points de désaccord et à consigner les fonds à la Caisse des dépôts et consignation, si ce n'est déjà fait. Il appartient ensuite à la partie la plus diligente de saisir le tribunal afin qu'il procède lui-même à la répartition des fonds, comme en matière d'ordre[1]. Les mêmes règles s'appliquent dans le cas où le tiers répartiteur n'aurait pas établi un projet de répartition dans le délai de deux mois qui lui a été imparti.

556.- La saisine du tribunal donne lieu à un jugement de répartition notifié à chacune des parties et qui, sous réserve de l'exercice de voies de recours, passe en force de chose jugée. Il est notifié à la Caisse des dépôts et consignations qui règle les créanciers dans les quinze jours suivants.

[1] NCPC, art. 1281-8, al. 3.

L'indisponibilité provoquée par l'opposition vise à conserver le droit de gage des créanciers jusqu'à la répartition amiable ou judiciaire et ce faisant, elle constitue un préparatoire, certes conservatoire, au paiement. Il en est également ainsi lorsque la levée de l'effet conservatoire se réalise après le désintéressement du créancier, en dehors de toute procédure de répartition.

B. La réalisation du paiement en dehors de toute procédure de répartition

557.- Le paiement des créanciers ne s'effectue pas toujours au moyen de procédures organisant une répartition collective des deniers et passe parfois par une mesure de désintéressement individuel du créancier. Il en est ainsi pour les créanciers sociaux (1) et les créanciers personnels du cohéritier copartageant (2).

1°) Le paiement anticipé des créanciers sociaux

558.- L'opposition reconnue aux créanciers sociaux et au représentant de la masse des obligataires fait l'objet d'une procédure particulière puisqu'elle se forme directement par assignation devant le tribunal de commerce[1]. Si ce dernier estime que l'opération projetée met en péril le recouvrement de la créance des opposants, il peut ordonner son remboursement anticipé ou la constitution de garanties, sous réserve que la société en propose et qu'elles soient jugées suffisantes. Les opérations de fusion, de scission ou de réduction de capital non motivée par des pertes ne font naître par elles-mêmes aucun droit à remboursement immédiat au profit des créanciers. Il ne pourrait en être autrement que si une convention passée entre la société concernée et le créancier prévoyait le droit à remboursement immédiat de la créance en présence de telles opérations[2]. Le remboursement profite seulement aux créanciers sociaux opposants et aux seuls obligataires dont le représentant de la masse a formé opposition[3].

---

[1] Cependant, rien n'empêche les créanciers sociaux d'informer, dans un premier temps, la société de leur intention de former opposition afin de s'entendre à l'amiable et en dehors de toute instance sur un paiement éventuel ou l'octroi de garanties.

[2] V. notamment en matière de fusion C. com. art, L. 236-14.

[3] Le créancier qui omet de s'opposer à une opération de scission est ainsi mal fondé à réclamer le montant de sa créance à la société bénéficiaire de l'apport d'une des sociétés scindées. CA Paris, 24 juin 1998 : *Dr. sociétés* 1998, n° 159 note D. VIDAL.

559.- L'opposition fait obstacle au projet de réduction du capital non motivée par des pertes ou à la transmission universelle du patrimoine de la société jusqu'à ce que le paiement des créanciers ait lieu si le juge l'a ordonné[1]. En cas de fusion, de scission, d'apport partiel d'actif, l'opposition ne suspend pas l'opération projetée. Elle contraint seulement la société débitrice à rembourser les créanciers si le recouvrement de leur créance apparaît menacé[2]. A défaut de paiement, l'opération projetée est inopposable. De même, si la société absorbante ne règle pas le créancier et fait l'objet d'une procédure collective, ce dernier a droit à un paiement préférentiel[3].

560.- L'opposition, sous réserve de son bien-fondé, peut éventuellement permettre aux créanciers sociaux d'obtenir le paiement de leur créance. La réalisation de l'effet conservatoire passe en de telles circonstances, directement et préalablement à toute indisponibilité, par le paiement, sous réserve du projet de réduction de capital non motivé par des pertes. Les liens entre la conservation du droit de gage et la réalisation du droit de créance s'avèrent très étroits. La première n'a en effet de raison d'être pour le créancier qu'afin d'obtenir ultérieurement le paiement. L'assertion se vérifie tout particulièrement en ce qui concerne les créanciers opposants au partage.

2°) Le paiement des créanciers personnels du débiteur copartageant

561.- L'indisponibilité des droits indivis provoquée par l'opposition à partage oblige à envisager ses modalités de dénouement. Comme toutes les oppositions au paiement, l'action conservatoire du créancier n'a d'autre objectif que d'assurer le recouvrement ultérieur de sa créance. La Cour de cassation a ainsi décidé que l'opposition au partage, au-delà du droit d'intervention qu'elle confère au créancier, rend indisponible la part indivise de l'héritier jusqu'à ce que la liquidation et le partage soient définitivement prononcés[4]. Le principe d'indisponibilité a été étendu par l'interdiction faite au débiteur de recevoir le paiement de créance ou de soulte après l'opposition. Contrairement à l'interdiction de céder les droits

[1] M. JEANTIN, article précité, *Mélanges offerts à J. DERRUPPÉ*, Litec, 1991, n° 14, p. 291.
[2] En présence d'un apport partiel d'actif, certaines décisions ont également permis aux créanciers sociaux d'obtenir que la société apporteuse demeure solidairement tenue avec la société bénéficiaire du paiement de la créance. T. com., Paris, 7 juin 1985 : *Gaz. Pal.* 1986, I, p. 89, note APS.
[3] Cass. com., 17 oc. 1989 : *Dr. sociétés* 1989, n° 385.
[4] Voir notamment Cass. req. , 10 juin 1902 : *DP* 1904, I, p. 425 et les références citées *supra* § 506.

indivis, qui prend fin avec la réalisation du partage, celle de recevoir ces paiements ne cesserait pas avec le partage[1].

562.- Une fois le partage achevé, le créancier doit donc pratiquer la voie d'exécution la plus appropriée, ce d'autant plus que l'attribution des biens se fait aux copartageants eux-mêmes, les créanciers ne pouvant prétendre à aucune attribution personnelle[2]. Ils ont néanmoins la possibilité de demander en vertu de leur droit de gage général que les valeurs soient réalisées et le prix attribué à les désintéresser[3].

563.- Les effets de l'opposition au partage sont relatifs et profitent seulement au créancier opposant auquel il incombe, une fois qu'il a veillé à la conservation de son gage, de recourir au droit commun pour se faire attribuer les biens mis dans le lot de son débiteur ou les sommes rendues indisponibles. La finalité conservatoire de l'opposition s'avère sous-tendue par celle d'obtenir ensuite le paiement, aussi ses effets ne cessent-t-ils qu'avec celui-ci et la conservation définitive des droits de l'opposant qu'il réalise. Destinée à conserver le droit de gage du créancier en vue du paiement, l'opposition ne saurait en principe emporter le moindre privilège au profit de l'opposant. De la sorte, les dérogations apportées à une telle règle transforment la nature strictement conservatoire de l'opposition et oblige à l'analyser telle une mesure de sûreté.

§ II. Les dérogations au principe de l'absence de privilège lié à l'opposition

564.- Le caractère conservatoire de l'opposition ne lui permet pas, par elle-même, de désintéresser le créancier ou de permettre la réalisation du droit qu'elle protége. Ainsi, les syndicats majoritaires opposants à un accord collectif minoritaire ne bénéficient d'aucun privilège dans la future négociation. De même, l'opposition au paiement ne tend à aucune appropriation du prix au profit de l'opposant et lui permet seulement de faire valoir ses droits ultérieurement, lors de sa distribution. Elle ne lui confère par conséquent aucune attribution préférentielle ou privilège sur les sommes et les biens rendus indisponibles. La solution est

---

[1] En ce sens note O. DALMBENT, *S.* 1906, II, p. 249, note sous CA ROUEN, 9 mars 1904. Selon ce dernier « *l'opposition ou l'intervention à partage rend donc indisponibles, avant que le partage ne soit consommé, les droits du copartageant débiteur dans la succession, et met par la suite, obstacle à ce que celui-ci puisse en disposer au préjudice de l'opposant* ». – Rappr. CA Paris, 15 mars 1860 : *S* 1860, II, p. 486.
[2] Cass. req., 26 déc. 1905 : *DP* 1907, I, p. 186 ; CA Angers, 10 janv. 1893 : *DP* 1893, II, p. 111.
[3] Cass. civ., 23 nov. 1897 : *DP* 1898, I, p. 39 ; *S.* 1898, I, p. 161, note C. LYON-CAEN ; Cass. req. 18 fév. 1901 : *DP* 1901, I, p. 66 ; Cass. civ., 23 juin 1903 : *DP* 1903, I, p. 454 , *S.* 1904, I, p. 289, note A. TISSIER.

constante quel que soit le domaine de l'opposition[1]. Le principe posé est tout à fait conforme à la nature conservatoire de l'opposition, même s'il connaît de nombreuses exceptions. En effet, la disparition des effets de l'opposition, lorsqu'elle ne prend pas la forme d'un paiement, emporte constitution d'un privilège au profit de son auteur. Celui-ci se présente alors comme la juste contrepartie de la renonciation au bénéfice de l'action conservatoire. En revanche, le privilège octroyé au syndic lors de l'exercice de l'opposition apparaît beaucoup plus contestable. Outre qu'il prend la forme d'un privilège occulte, il constitue un effet accessoire de l'opposition altérant sa nature conservatoire pour la rapprocher des sûretés.

Les dérogations au principe selon lequel l'opposition n'emporte aucun privilège au profit de son titulaire résultent soit de la levée des effets de l'opposition en dehors de tout paiement (A), soit des droits accessoires attachés à l'opposition (B).

A. Les privilèges issus de la disparition de l'opposition en dehors de tout paiement

565.- L'indisponibilité des biens et des sommes frappés d'opposition cesse en principe à compter du moment où le créancier obtient paiement. Il en est de même chaque fois que le recouvrement de la créance est garanti par l'octroi d'un privilège aux créanciers. Il convient de distinguer à cet égard la situation des créanciers sociaux (1) de celles des créanciers opposants au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce (2).

1°) Les garanties consenties aux créanciers sociaux

566.- L'opposition des créanciers sociaux aux opérations de fusion, de scission, ou encore de réduction de capital non motivée par des pertes ne se résout pas toujours par le paiement anticipé des créances. L'opposition, si elle est jugée bien fondée, peut conduire le tribunal à ordonner la constitution de garanties au profit des créanciers opposants. Celui-ci dispose en pratique d'un pouvoir d'appréciation restreint dans la mesure où la substitution de garanties au paiement repose entièrement sur l'initiative de la société. L'octroi de garanties au lieu et place du paiement suppose, en effet, que la société en propose, peu importe qu'il

[1] Pour l'opposition à partage : Cass. 1re civ., 16 mai 1972 : *Bull. civ. I*, n°130 ; CA Paris, 15 mars 1860 : *DP* 1861, II, p. 14. Pour l'opposition au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce : Civ, 3 juin 1935 : *Gaz. Pal.* 1935, II, p. 274 ; Cass. com., 5 avr. 1965 : *D.* 1965, jurisp. p. 742 , *JCP G* 1965, II, n°14316, note. A. JAUFFRET.

s'agisse de garanties réelles, comme une hypothèque, ou personnelles telle une caution. La constitution de garanties ne sera ordonnée que si le tribunal les juge suffisantes.

567.- Si la société ne respecte pas les obligations mises à sa charge par le tribunal en ne procédant pas au remboursement des créanciers opposants ou à la constitution des garanties promises, la fusion est inopposable aux opposants[1]. Les créanciers disposent alors d'un droit de préférence sur le patrimoine transféré et sont payés par priorité aux autres créanciers sur les biens qui le compose. L'effet conservatoire de l'opposition s'avère particulièrement puissant. Le créancier obtient directement paiement de sa créance ou la constitution de garanties suffisantes, de telle sorte que le risque d'un préjudice issu de l'opération s'avère amoindri. Les créanciers opposants au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce bénéficient de telles garanties chaque fois que le vendeur souhaite se libérer de l'effet conservatoire de l'opposition.

2°) Les garanties issues du cantonnement de l'opposition

568.- Le vendeur du fonds de commerce ne doit pas subir, outre mesure, les effets de l'opposition aussi, lorsque son montant est inférieur à celui du prix de cession du fonds, peut-il en demander le cantonnement judiciaire. En contrepartie du déblocage du prix de cession, les opposants possèdent sur la somme consignée à leur profit un privilège exclusif de tout autre[2]. Un tel recours ne se retrouve plus en matière de copropriété où, depuis la loi du 31 juillet 1994, l'opposition du syndic n'immobilise le prix qu'à concurrence des créances réclamées par ce dernier, le surplus restant disponible[3].

569.- La procédure de cantonnement relève de la compétence du juge des référés et n'est possible que sous certaines conditions afin d'éviter que le vendeur ne ruine les effets de l'acte conservatoire. Le cantonnement ne peut être demandé qu'après l'expiration du délai légal laissé pour former opposition. Celui-ci étant fonction du montant des oppositions, il convient de le calculer seulement au terme des dix jours impartis pour s'opposer afin de ne

[1] C. com. art, L. 236-14.
[2] V. également sur la possibilité de consignation du prix G. RIPERT et R. ROBLOT, ouvrage précité, n° 391.
[3] P. LEBATEUX, « Le recouvrement des charges de copropriété après l'entrée en vigueur de la loi du 21 juillet 1994 », *Administrer*, avril 2003, p. 13.

pas léser les opposants qui se manifesteraient ultérieurement. Le vendeur peut saisir le juge des référés d'une telle demande même en cas d'instance au principal[1].

570.- L'acquéreur doit être mis en cause et déclarer formellement, sous sa responsabilité personnelle, qu'il n'existe pas d'autres créanciers opposants que ceux contre lesquels il est procédé. Le défaut de l'acquéreur devant le juge des référés ou son refus de se porter garant de l'inexistence d'autres créanciers opposants fait obstacle à l'admission de la demande de cantonnement[2]. En présence de créanciers inscrits, le cantonnement reste possible, sous réserve de remettre au juge un état des inscriptions afin qu'il en tienne compte dans la consignation.

571.- Le juge des référés fixe la somme que le vendeur doit verser à la Caisse des dépôts et consignations, ou aux mains d'un tiers, pour répondre des oppositions dans le cas où il se reconnaîtrait ou serait jugé débiteur. L'acquéreur est de son côté libéré des effets de l'opposition qui sont transportés sur le tiers détenteur, à la suite de l'exécution de l'ordonnance de cantonnement. Il reste toutefois engagé à l'égard des autres créanciers opposants dont il aurait omis de mentionner l'existence. Le dépôt ne réalise pas transport judiciaire des sommes consignées au profit des opposants mis en cause, à l'égard des autres créanciers opposants du vendeur non mentionnés au cours de la procédure[3]. En contrepartie du déblocage du prix, les créanciers opposants bénéficient d'un privilège exclusif de tout autre sur la somme consignée et affectée spécialement à la garantie de leur créance. Il convient de voir dans ce privilège une exception au principe selon lequel l'opposition n'emporte aucun droit de préférence sur le prix de vente du fonds pour les créanciers opposants. La règle se justifie par la levée de l'effet conservatoire de l'opposition qui ne peut se faire au détriment du créancier. Le privilège ainsi accordé à l'opposant se distingue très nettement de celui qu'emporte l'exercice de l'opposition régulière au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce.

---

[1] L'article L. 141-15 du Code de commerce précise en effet que le vendeur peut se pourvoir « *en tout état de cause* ».

[2] Cass. com., 25 juin 1969 : *Bull. civ.* IV, n°247 ; Paris 15 oct.1965 : *D.* 1966, jur., p. 261 ; Paris, 26 mars 1966 : *RTD com*. 1967, p. 131, n°15, obs. A. JAUFFRET.

[3] Cf. A. BÉNABENT, *J-Cl. Notarial répertoire*, Fonds de commerce, fasc. 2090, n° 62. Par dérogation à la règle d'affectation privilégiée posée par l'article 2075-1 du Code civil, l'opposition n'emportant en elle-même aucun privilège son cantonnement ne saurait en accroître la portée.

B. Les privilèges issus de droits accessoires à l'opposition

572.- L'octroi de privilège résulte parfois directement de droits accessoires à l'opposition. Ce faisant, il transforme sa nature, soit qu'elle emporte constitution d'un privilège occulte au profit du syndic (1), soit qu'elle accorde un droit de paiement préférentiel aux opposants ayant exercé leur droit de surenchère sur le fonds, même si la question reste en ce domaine discutée (2).

1°) Le privilège issu de l'opposition régulière du syndic

573.- L'opposition au paiement du prix de vente d'un lot en copropriété a subi ces dernières années des transformations importantes qui ont altéré sa nature conservatoire pour en faire une garantie de paiement. La nécessité d'assurer la conservation du patrimoine immobilier français a en effet amené le législateur à reconnaître au profit du syndic un privilège occulte, directement dérivé de l'exercice de l'opposition, et destiné à garantir le recouvrement des créances nées pour entretenir un immeuble. Le syndic disposait certes d'une hypothèque légale et d'un privilège immobilier, mais de telles sûretés avaient montré leur insuffisance[1]. En pratique, le syndic ne prend pas toujours le soin de procéder à l'inscription de son hypothèque en temps utile et celle-ci ne vaut que pour les créances échues au moment de son inscription, ce qui suppose son renouvellement pour les créances échues postérieurement[2]. Il ne bénéficie, en outre, de son privilège mobilier que si des meubles se trouvent encore dans le lot saisi ou, en cas de location de l'appartement, que si des loyers restent dus par le locataire.

574.- Depuis la loi du 11 juillet 1994, l'opposition du syndic au paiement du prix de vente d'un lot en copropriété crée à son profit un privilège spécial immobilier, dispensé de toute publicité[3]. Le privilège ne joue pas pour toutes les créances et ne concerne que celles liées aux charges et travaux visés aux articles 10 et 30 de la loi du 10 juillet 1965[4]. Il couvre les créances liquides et exigibles de l'année courante et des quatre années antérieures à la

---

[1] Loi n° 65557 du 10 juillet 1965 art. 19 et C. civ., art. 2102-1.
[2] Le rang de l'hypothèque est de surcroît souvent trop loin pour être efficace et vaut seulement pour les créances échues au moment de l'inscription, ce qui suppose son renouvellement pour les créances échues ultérieurement. V. P. LEBATTEUX, article précité, p. 4.
[3] C. civ., art. 2103 et 2107.
[4] Article 19-1 de la loi du 10 juillet 1965 introduit par la loi n 94-624 du 21 juillet 1994. -V. J. LAFOND, article précité, n° 66 et s.

date de mutation[1]. Aussi, si l'opposition n'attribue pas par elle-même un privilège au syndicat « *elle aboutit cependant à ce résultat dans la mesure où elle vaut mise en œuvre du privilège immobilier du syndicat* »[2]. L'opposition perd ainsi quelque peu sa nature conservatoire. Elle ne se contente pas de préserver le gage du syndic, mais l'améliore substantiellement en lui assurant le règlement privilégié de certaines créances. L'opposition dépasse alors sa fonction traditionnelle en ajoutant au droit de gage général du syndic un avantage qui garantit le recouvrement de sa créance. L'argument selon lequel le privilège existe, dès que les sommes qu'il couvre sont dues, donc avant la cession du lot et l'opposition, ne suffit pas pour lui maintenir un caractère exclusivement conservatoire. A défaut d'une opposition régulièrement formée, le privilège occulte ne produit aucun effet et se trouve dépourvu de toute efficacité[3]. L'opposition prend ses distances avec l'acte conservatoire et se rattache au droit des sûretés.

575.- Indépendamment du privilège qui lui est attaché, la nature conservatoire de l'opposition suscite quelques doutes pour certains auteurs qui en font « *incontestablement une procédure civile d'exécution* »[4]. Il faut reconnaître en ce sens que l'opposition a souvent été assimilée à une procédure de saisie-arrêt simplifiée, voire à une voie d'exécution[5]. La Cour de cassation l'a qualifiée « *de mesure conservatoire* » pour en déduire la compétence du juge de l'exécution à en connaître, avant que le décret 15 février 1995 ne vienne la lui retirer, conformément aux dispositions de l'article L. 311-12-1 du Code de l'organisation judiciaire. La qualification proposée n'est donc guère plus éclairante[6]. L'article précité ayant été introduit par la loi du 9 juillet 1991, l'expression de mesures conservatoires visées par celui-

---

[1] Le syndic prime le privilège du vendeur et du prêteur de denier pour les créances des charges de l'année en cours et celles échues depuis moins de deux ans. Il vient en concours avec le prêteur de denier et le vendeur pour les créances des deux années suivantes et ne dispose d'aucun privilège spécial pour les années au-delà.

[2] M. WEISMANN, Copropriété, Statut-gestion-contentieux, 18ème éd., *Encyclopédie Delmas*, 2004, n° 1222. Le privilège ne se confondrait pas avec la mise en œuvre de l'opposition et résulterait du seul fait de l'existence de la créance du syndicat au titre des charges et des travaux couverts par celui-ci. Une telle affirmation s'appuie sur le fait que les privilèges spéciaux sur les immeubles naissent au moment de l'événement qui se trouve à leur origine, soit en l'occurrence, dès que des sommes sont dues par un copropriétaire au titre des charges et travaux des articles 10 et 30 de la loi de 1965. En ce sens D. SIZAIRE, Le privilège de la loi du 21 juillet 1994, *Administrer*, mars 1996, n°276, p. 46, note n° 19.

[3] Cl. GIVERDON, L'efficacité du privilège immobilier spécial du syndicat de copropriétaire est-elle compromise ?, Loyers et copropriété, 2003, chron. 1, p. 4.

[4] H. CROZE, note sous Cass. avis, 16 juin 1995 : *Procédures*, Hors-série décembre 2000, n° 311, p. 181.

[5] Cl. GIVERDON, obs. sous CA Paris, 12 oct. 1983 : *RTD civ.* 1984, p. 128 ; H. CROZE, note sous Cass. avis, 16 juin 1995, *Procédures* Décembre 2000, Hors-série, n°311.

[6] L'article 57 du décret du 17 mars 1967 tel que modifié dans sa rédaction par le décret du 31 juillet 1992 reconnaissait une très large compétence au juge de l'exécution. Cet article ayant été abrogé par le décret du 15 février 1995, les questions relatives à l'opposition relèvent de la compétence du tribunal de grande instance et plus particulièrement, en cas d'opposition irrégulière, du juge des référés en vertu des prérogatives que lui confèrent l'article 808 du Nouveau Code de procédure civile.

ci semble en effet concerner seulement les mesures conservatoires envisagées par cette loi, c'est-à-dire les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires[1]. Le fait qu'il ne soit pas exigé du créancier un titre exécutoire suffirait à faire douter de son caractère conservatoire[2].

576.- Il convient de souligner à ce sujet que si certains auteurs ont exigé que l'opposition fasse l'objet d'une procédure de validation pour permettre au syndic d'obtenir paiement, la jurisprudence a toujours refusé de soumettre celle-ci au délai de huit jours prévu à cet effet pour l'ancienne saisie-arrêt, réfutant ainsi toute assimilation de l'opposition à une véritable saisie-arrêt et laisse douter de sa nature de voie d'exécution[3]. Nombre d'auteurs n'hésitent pas à qualifier l'opposition du syndic de mesure conservatoire et à s'appuyer sur celle-ci pour refuser à l'opposition d'emporter le moindre effet attributif même pour la partie privilégiée de la créance du syndic[4]. Il semble par ailleurs difficile de réfuter à l'opposition du syndic tout caractère conservatoire, sans en faire de même pour celle au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce sur laquelle elle est calquée. L'opposition du syndic ne se rattache pas tant aux voies d'exécution qu'au droit des sûretés. Le syndicat ne requiert pas l'exécution de son droit, il en demande seulement la conservation, fut-ce, au moyen d'une procédure qui lui confère ensuite un règlement privilégié lors de la distribution du prix. Les oppositions des créanciers opposants se distinguent d'ailleurs des voies d'exécution dans la mesure où elles ne visent pas, comme ces dernières, à contraindre le débiteur à un paiement forcé, à défaut de tout paiement amiable[5]. Elles n'en produisent pas moins des effets assez similaires aux saisies. L'effet conservatoire passe effectivement par une mesure d'indisponibilité assez proche de celle opérée par la saisie-conservatoire ou la saisie-attribution. Cependant, contrairement à la saisie-attribution, l'opposition n'emporte aucun effet attributif au profit de son titulaire. Ensuite, à la différence de la saisie-conservatoire, l'opposition n'entraîne pas la consignation de plein droit des sommes rendues indisponibles. L'opposition ne permet pas au créancier d'échapper à tout concours avec les autres créanciers. La remarque doit cependant être nuancée en ce qui concerne l'opposition du

---

[1] H. CROZE, note sous Paris 15 janvier 1997, *Procédures* Décembre 2000, Hors série, n° 312.
[2] *Ibidem*.
[3] Cass. 3e civ., 14 avr. 1982 : *Bull. civ. III*, n°87 ; *D.* 1982 IR p. 433 obs. Cl. GIVERDON.
[4] A. BOYER, La gestion de la vente amiable d'un lot de copropriété*, Administrer* 1999, n° 311, p. 26 ; J. LAFOND, article précité, p. 16.
[5] Sous réserve de l'opposition jonction qui permet à un saisissant de se joindre à une procédure de saisie engagée par un autre créancier.

syndic. Celle-ci emporte le cantonnement automatique des sommes pour lesquelles elle est pratiquée et devrait lui conférer, comme pour le saisissant, le privilège du créancier gagiste[1].

La volonté de favoriser le recouvrement des charges de copropriété a ainsi fait perdre à l'opposition sa nature conservatoire pour la dénaturer en une institution proche des voies d'exécution comme des mesures de sûretés. L'effet conservatoire de l'opposition au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce semble à cet égard bien affirmé, en dépit des incertitudes lié au privilège qu'emporte le droit de surenchère accessoire à son exercice.

2°) Le privilège incertain issu du droit de surenchère

577.- L'opposition au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce confère aux créanciers opposants le droit de surenchérir du sixième du prix principal du fonds afin de se protéger contre l'insuffisance ou la dissimulation du prix[2]. Si le caractère conservatoire du droit de surenchère a pu être discuté, il en est de même du droit de préférence qu'il emporterait au profit des opposants sur une portion du prix d'adjudication.

578.- L'exercice de ce droit entraîne la revente du fonds aux enchères publiques, aussi lui a-t-on réfuté tout caractère conservatoire au motif qu'il revient sur la vente initiale et opère comme un droit de retrait conditionnel éloigné des simples actes de conservation[3]. Si l'enchère n'est pas couverte, le créancier surenchérisseur se voit de surcroît déclaré adjudicataire[4]. L'acte du surenchérisseur s'identifierait moins à un acte conservatoire qu'à un acte de disposition accessoirement conservatoire. Pourtant, le droit de surenchérir a indéniablement une fonction conservatrice. Il permet aux créanciers de se prémunir contre toute cession du fonds de commerce à un prix vil et il contribue, par conséquent, à la conservation de leur droit de gage. La surenchère a pu être ainsi analysée comme un droit consenti en remplacement de l'action paulienne afin de permettre aux créanciers de contrer

---

[1] C. civ., art. 2073. Cf. *supra* § 504.

[2] C. com, art. L. 141-19. Les créanciers inscrits ont également la faculté de surenchérir indépendamment de toute opposition. Le droit de surenchère est subordonné à des conditions strictes. Il concerne seulement les cessions amiables de fonds de commerce et suppose que le prix de vente soit insuffisant à désintéresser les créanciers inscrits et ceux qui ont formé opposition dans les délais requis.

[3] Cl. BRENNER, ouvrage précité, n°305, p. 124. V° également les décisions citées en ce sens p. 154, note 164. Et les réfutations de celles semblant aller dans le sens contraire Cf. Cass. com , 21 mars 1960 : *Bull . civ.* III, n°108 ; Cass. com. 21 juillet 1987 : *Bull. civ.* IV, n°203 et Paris ch. 16, sect. A, 6 novembre 1985 : *Juris-Data* n° 025676 cité par J. ISSA-SAYEH refondu par T. MASSART, *J.-Cl.* Com., Cession amiable du fonds de commerce, Fasc. 3000, 2000, n° 64, p. 11.

[4] J. ISSA-SAYEH refondu par T. MASSART, précité.

plus facilement la fraude du débiteur, sans avoir à démontrer ni celle-ci, ni la complicité de l'acquéreur[1].

579.- L'octroi d'un droit de préférence au profit des opposants lors de la répartition du prix de vente du fonds a suscité quelques incertitudes. En principe, après paiement des créanciers inscrits et privilégiés, le prix de vente doit être réparti entre les différents créanciers, sans distinction entre opposants et non opposants. L'opposition ne confère en effet aucun privilège aux opposants et en cas de surenchère aucun texte ne leur reconnaît de droit de préférence sur le prix d'adjudication[2]. Certains auteurs ont néanmoins soutenu que le seul prix initial est réparti entre les différents créanciers, le surplus issu de la surenchère étant réservé aux opposants[3]. Il est vrai qu'il serait contraire à l'équité de dénier aux opposants tout avantage sur la partie supplémentaire du prix qu'ils ont obtenu grâce à leur diligence. Le droit de surenchère serait quelque peu dénué d'une partie de son intérêt si les efforts accomplis par les opposants pour se voir régler une fraction plus intéressante de leur créance, sont susceptibles d'être réduits par la participation à la distribution de créanciers négligents qui profiteront ainsi d'une amélioration substantielle de leur dividende. La question reste par conséquent assez incertaine, d'autant plus que le droit de surenchère est peu exercé en pratique. Il suppose effectivement que les opposants aient les moyens de surenchérir sur le prix initial majoré du sixième, sans pouvoir compenser le paiement avec leur propre créance, et surtout qu'ils aient le désir de se porter acquéreur du fonds, à défaut d'autres surenchérisseurs[4].

580.- L'octroi de garanties conjointement à l'exercice de l'opposition transforme sa nature lorsqu'elle est accordée indépendamment de la levée de l'effet conservatoire et l'accompagne. Si l'indisponibilité issue des oppositions au paiement nécessite le recours à des procédures dénouement celles-ci procèdent également de sa contestation.

---

[1] R.-L. MOREL, art. préc., p. 126, n°39.
[2] J. DERRUPPÉ, *Rép. com. Dalloz*, article précité, p. 65, n° 667.
[3] M. CENDRIER, *Le fonds de commerce*, Dalloz 1934, 6ème éd., n° 168.
[4] J.- P. LE MAZIER, « La protection des tiers dans la vente du fonds de commerce », Rapporteur de la 4ème commission au 86ème Congrès des notaires de France, Lille 20-23 mai 1990, *JCP N* 1990, prat., p. 107, n° 1272.

Section II

Le dénouement de l'opposition issu de sa contestation

581.- L'acte d'opposition est le plus souvent assorti d'une présomption de validité dès sa mise œuvre et se dispense de tout contrôle du juge en amont, sous réserve des situations où son appréciation est directement soumise à une autorité compétente. Il bénéficie par conséquent du privilège du préalable, reconnu en principe aux actes unilatéraux, qu'ils émanent de personnes publiques ou privées[1]. La volonté de son auteur de s'opposer suffit à réaliser l'ensemble des effets attachés à l'acte conservatoire dès qu'il présente une apparence de régularité[2].

582.- Le destinataire de l'opposition conserve toutefois la possibilité d'en demander la mainlevée judiciaire pour se libérer de ses effets. Des procédures spécifiques de mainlevée ont parfois été instituées afin de faciliter la disparition d'une opposition entachée d'irrégularité ou nulle. Le recours à l'opposition à des fins autres que celles prévues par la loi entraîne, de surcroît, la responsabilité de son auteur.

Le dénouement de l'opposition résulte alors de l'obtention de sa mainlevée (paragraphe I), et de la condamnation conséquente de l'opposant au versement de dommages et intérêts (paragraphe II).

§ I Les procédures de mainlevée de l'opposition

583.- L'étude des procédures de mainlevée de l'opposition retiendra particulièrement notre attention lorsqu'elle prend une forme dérogatoire au droit commun, ou tout du moins très accélérée dans ses délais. Les intérêts du destinataire de l'acte, mais surtout l'intérêt général sous jacent à ceux-ci, commandent alors la disparition immédiate des effets de l'acte illicite.

---

[1] R. ENCINAS DE MUNAGORRI, ouvrage précité, n° 456, p. 368.

[2] La majorité de la doctrine prive l'opposition de tout effet lorsque son auteur l'a réalisée selon d'autres formes que celles imposées par la loi. En pratique les destinataires d'oppositions irrégulières préfèrent cependant en demander la mainlevée plutôt que de ne leur accorder aucun effet. Cf. *supra* § 431 et s.

Si le destinataire de l'acte conservatoire n'est pas, en principe, tenu par une opposition réalisée au mépris des formes légales, il préférera souvent en demander la mainlevée judiciaire plutôt que de la tenir directement pour nulle. De même, chaque fois que l'opposition présente seulement une apparence de régularité, notamment lorsqu'elle s'appuie sur un motif régulier mais en réalité inexistant, son destinataire ne pourra s'en défaire qu'en saisissant le juge aux fins de mainlevée.

584.- La demande de mainlevée de l'opposition se réalise le plus souvent devant le juge des référés saisi soit dans le cadre de sa compétence de droit commun, soit dans le cadre de la procédure dérogatoire instaurée par le législateur à cet effet. Les procédures de mainlevée judiciaires (A) ne font en aucun cas obstacle à ce que l'auteur de l'opposition procède à sa mainlevée volontaire, même s'il convient de reconnaître qu'une telle hypothèse sera peu fréquente en raison du contexte généralement conflictuel suscité par l'opposition (B).

A. La mainlevée volontaire de l'opposition

585.- La mainlevée volontaire de l'opposition opère de façon similaire à un désistement de l'instance et se traduit ainsi dans les situations où l'opposition prend la forme d'une voie de recours, que l'opposant renonce à l'exercer ou à poursuivre l'instance. La mainlevée volontaire de l'opposition entraîne la perte du bénéfice de l'action conservatoire pour l'opposant, aussi suppose-t-elle que celui-ci soit pleinement maître de ses droits. Dans la mesure où l'opposant n'a aucun intérêt à renoncer à la protection offerte par l'acte conservatoire, la levée volontaire de l'opposition ne s'effectue que si l'opposant a trouvé un compromis avec son destinataire pour assurer la sauvegarde de ses droits ou, s'il apparaît que son opposition est irrégulière ou non fondée. La mainlevée volontaire de l'acte conservatoire concerne essentiellement les oppositions au paiement (1) et l'opposition au mariage (2).

1°) La mainlevée volontaire de l'opposition au paiement

586.- La mainlevée volontaire de l'opposition au paiement concerne principalement celle effectuée par le tireur au paiement du chèque ou encore, celle formée par le créancier en vue de rendre indisponibles les biens ou les sommes composant le patrimoine du débiteur.

587.- Le tireur opposant au paiement d'un chèque a toujours la faculté de procéder à la mainlevée volontaire de son opposition auprès du tiré. L'obligation faite au banquier de lui adresser un courrier dès qu'il reçoit une opposition de sa part, afin de lui rappeler les sanctions encourues en présence d'une opposition fondée sur un motif non prévu par la loi, est particulièrement incitative. Il s'agit de permettre à son auteur de se rétracter tant qu'il en est encore temps. La mainlevée volontaire de l'opposition est également possible lorsque le tireur retrouve les formules perdues. Dans les autres cas, l'opposition s'inscrit dans un contexte précontentieux entre le tireur, voire le tiré, et le porteur, notamment en cas de vol ou d'utilisation frauduleuse du chèque hostile à toute mainlevée volontaire. Il en est de même pour des raisons différentes lorsque le porteur fait l'objet d'une procédure de liquidation et de redressement judiciaire. Aucune mainlevée volontaire de l'opposition ne semble autorisée en cas de dessaisissement du porteur.

588.- Le créancier opposant au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce ou à partage a également la possibilité de revenir sur son opposition. Le créancier manifeste ainsi dans les formes qui lui conviennent, notamment par simple lettre missive, sa renonciation au bénéfice de l'acte conservatoire[1]. Cette dernière peut également procéder de la remise de l'original de l'exploit d'opposition revêtu de la formule « bon pour mainlevée » signé du créancier[2]. La mainlevée de l'opposition peut intervenir après la réalisation du paiement, ou avant, sous réserve que le créancier ait la capacité de disposer de la créance. La mainlevée volontaire compromet, en effet, ses chances de recouvrement, voire le sort de sa créance. En l'absence d'irrégularité de l'opposition, elle procédera le plus souvent de l'octroi de garanties au profit de l'opposant ou de son désintéressement.

La mainlevée volontaire de l'opposition concerne aussi bien les oppositions au paiement que l'opposition à mariage.

---

[1]CA Amiens, 27 avr. 1934 : *DH* 1934, p. 338.
[2] J. HUGOT, article précité, n° 54.

2°) La mainlevée volontaire de l'opposition à mariage

589.- Une mainlevée volontaire de l'opposition à mariage reste toujours possible et l'article 67 du Code civil requiert à cet effet la remise d'une expédition, c'est-à-dire la rédaction d'un acte authentique. La doctrine reconnaît cependant la possibilité à l'officier de l'état civil de se contenter d'une mainlevée verbale lors de la célébration[1]. Pour certains, la mainlevée pourrait également être tacite lorsque le parent à l'origine de l'opposition assiste au mariage ou donne son consentement si celui-ci était nécessaire[2].

590.- L'officier de l'état civil conserve néanmoins la faculté de refuser de célébrer le mariage malgré, la mainlevée volontaire, s'il estime que l'empêchement dénoncé dans l'opposition persiste. L'opposition vaut alors comme simple avis officieux. La mainlevée volontaire n'empêche cependant pas l'opposition d'une autre personne ayant qualité à cet effet, ou même de l'opposant, s'il revient sur son désistement. En dehors des cas où l'opposition repose sur un motif fallacieux, une mainlevée volontaire de l'opposition apparaît peu probable dans la mesure où elle se fonde alors sur l'existence d'un empêchement prohibitif ou dirimant. L'officier de l'état civil sera de toute façon amener à la considérer avec la plus grande prudence, celle-ci perdurant alors à titre d'avis officieux.

591.- L'empêchement provoqué par l'opposition disparaît par sa mainlevée volontaire et permet de procéder à la célébration de l'union. La mainlevée de l'opposition des syndicats majoritaires à un accord collectif minoritaire opère en quelque sorte des effets similaires. Privé de sa validité par l'opposition, l'accord collectif pourtant invalidé va pouvoir accéder à l'existence dont il était privé. L'effet extinctif de l'opposition n'empêche son titulaire de toute rétractation et apparaît alors provisoire. La mainlevée volontaire de l'opposition semble cependant réservée à des situations exceptionnelles dans la mesure où elle se réalise dans un contexte généralement conflictuel et résulte le plus souvent de procédures de mainlevée judiciaires.

---

[1] M. PLANIOL et G. RIPERT, ouvrage précité, t. 2 , n° 186 ; M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, article précité, n° 561; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, ouvrage précité, n° 398.
[2] M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, article précité, n° 561.

B. La mainlevée judiciaire de l'opposition

592.- La protection du destinataire de l'opposition suppose de lui reconnaître la possibilité de contester et d'obtenir très rapidement la disparition des effets d'une opposition illicite ou irrégulière. Un recours au juge est nécessaire dans la mesure où celui qui la subit ne peut se faire juge de sa validité. Le prononcé de la mainlevée de l'opposition résulte parfois de la saisine du juge des référés dans le cadre de sa compétence de droit commun et n'appelle pas de remarques particulières[1]. Le plus souvent la mainlevée de l'opposition se réalise dans le cadre de procédures spécifiques (1) ou accélérées (2) prévues à cet effet.

1°) Les procédures spécifiques de mainlevée de l'opposition au paiement

593.- Le législateur soucieux de ne pas porter une atteinte excessive aux droits du destinataire d'un acte d'opposition irrégulier, a mis en place deux procédures de mainlevée spéciales pour permettre au porteur d'un chèque frappé d'opposition (a) ou au vendeur d'un fonds de commerce de mettre fin de manière expéditive aux effets d'une opposition irrégulière ou non fondée (b).

a. La mainlevée judiciaire de l'opposition au paiement d'un chèque

594.- L'alinéa 4 de l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier institue une procédure spéciale de mainlevée des oppositions illicites formées par le tireur au paiement d'un chèque. Selon la nature de la créance à l'origine de l'émission du chèque, le porteur désireux de recevoir paiement du titre frappé d'opposition peut saisir le juge des référés commercial ou civil du siège de l'agence bancaire[2]. La procédure a certes perdu de son utilité depuis que le banquier est tenu de rejeter toute opposition fondée sur un motif illicite, sous peine de voir sa responsabilité civile et pénale engagée[3]. Il convient cependant de l'évoquer dans la mesure où elle conserve un intérêt certain pour obtenir la mainlevée d'oppositions fondées sur un motif fallacieux ou sur la notion vague d'utilisation frauduleuse.

---

[1] Pour un exemple en droit du travail cf. *supra* § 156.

[2] L'action en mainlevée appartient au seul porteur du chèque et ne saurait être exercée par un autre intéressé tel que le conjoint ou le syndic. V. respectivement TGI Dunkerque, 20 oct. 1977 : *D.* 1978, IR obs M. CABRILLAC et Cass. com., 31 janvier 1984 : *Bull. civ. IV*, n° 45 ; *RTD com.* 1984, p. 698 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

[3] L'article 163-1 du Code monétaire et financier punit d'une amende de 6000 euros, le banquier qui refuse de payer un chèque frappé d'opposition en dehors des cas légalement autorisés.

595.- Aux termes de l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier, le juge des référés doit impérativement prononcer la mainlevée de toute opposition émanant du tireur qui serait fondée sur une autre cause que la perte, le vol, la liquidation judiciaire du porteur ou l'utilisation frauduleuse. Les dispositions prévues possèdent un caractère exorbitant du droit commun en ce qu'elles réfutent tout pouvoir d'appréciation au juge[1]. Sa compétence est liée, aussi dès que l'opposition s'appuie sur un motif autre que ceux légalement autorisés, il doit en ordonner la mainlevée. Il ne saurait se déclarer incompétent au motif qu'il existe une contestation sérieuse sur l'existence ou la licéité de la créance à l'origine de l'émission du chèque[2] ou surseoir à statuer même si une instance au principal est engagée, fût-ce au pénal[3].

596.- Le juge a également une compétence réduite à la seule mainlevée de l'opposition. Il doit donc se déclarer incompétent pour statuer sur la demande de condamnation du tireur à payer des agios et les frais de représentation à l'encaissement du chèque, objet de l'opposition illicite[4]. Il lui appartient par contre de statuer sur la charge des dépens de la procédure de mainlevée dans la mesure où il est appelé à rendre une décision définitive, ceux-ci étant en principe à la charge du tireur en cas de mainlevée. La Cour de cassation lui reconnaît également la possibilité d'accorder une provision au porteur du chèque en même temps que sa mainlevée, au cas où celui-ci ne serait pas provisionné, sa compétence spéciale ne le privant de sa compétence générale[5]. Plus récemment, la Cour d'appel de Douai a autorisé le porteur, sollicitant du juge des référés la mainlevée de l'opposition illicite, à modifier sa demande en cours de procédure afin de faire condamner le tireur à payer une somme provisionnelle égale au montant du chèque, avec intérêts au taux légal à compter de la citation devant le juge des référés[6]. L'efficacité et la rapidité de la procédure mise en place dépendent de la compétence liée du juge et proscrivent en principe tout élargissement de ses prérogatives.

---

[1] P. BERCHON, « La mainlevée par le juge des référés de l'opposition du tireur au paiement d'un chèque », *RJC* 1988, p. 326, n° 4.

[2] P. BERCHON, article précité, p. 326, n° 5 ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, ouvrage précité, n° 242-3.- *Contra* CA Metz, ch. des urgences civiles, 2 déc. 1993 : *Juris-data* n°050895 selon laquelle « *le fait de demander une mainlevée à l'opposition d'un chèque périmé, présenté hors des délais de paiement prévus par le décret-loi du 30 octobre 1935, contient une contestation sérieuse faisant obstacle aux pouvoirs du juge des référés* ». La solution se justifie peut être par le fait que le juge reste compétent pour se prononcer sur une action en mainlevée formée après le délai de présentation du chèque, mais ne l'est plus lorsqu'elle intervient après l'expiration du délai de paiement. P. BERCHON, article précité, p. 335, n° 26.

[3] Paris, 22 mai 1970 : *Gaz. Pal.* 1970, 2, p. 310 ; *D.* 1971 somm. p. 34.

[4] TGI Toulouse, 30 novembre 1976 : *JCP* 1978, II, 18862, obs. J. A.

[5] Cass. com., 26 mars 1996 : *RTD com.* 1996, p. 503, obs. M. CABRILLAC

[6] CA Douai, 10 oct. 2000 : *Juris-Data* n°125102.

597.- Le juge des référés n'a pas le droit d'apprécier le bien-fondé d'une opposition exercée sur la base d'un motif légal. Il semble pourtant autorisé à procéder à un contrôle minimum de la réalité et du sérieux des motifs invoqués afin de ne pas rejeter toute demande en mainlevée d'une opposition qui reposerait sur des motifs apparemment peu sérieux[1]. Les contours, encore pour l'instant assez indéfinis de la notion d'utilisation frauduleuse, limitent la possibilité conférée au juge des référés d'apprécier l'apparence de bien-fondé de l'opposition dans le cadre de sa compétence spéciale. L'opposition fondée sur un tel motif semble pouvoir échapper à la mainlevée, sous réserve de la sanction dont elle fera l'objet devant les juridictions statuant dans le cadre de leur compétence de droit commun, si elle s'avère fallacieuse. Toute contestation de l'opposition dans d'autres conditions que celles prévues par l'alinéa de l'article L. 131-5 du Code monétaire et financier, doit se faire devant le juge des référés statuant, cette fois-ci, dans le cadre de sa compétence de droit commun. Ce dernier risque, cependant, de se déclarer incompétent en raison de l'existence d'une contestation sérieuse sur les motifs de l'opposition.

598.- Le système de mainlevée judiciaire mis en place permet de sanctionner rapidement les oppositions illicites. Il répond ainsi à la satisfaction d'un intérêt général qui poursuit l'objectif de faciliter la circulation des chèques en assurant la confiance des porteurs dans ce moyen de paiement[2]. L'importance du rôle dévolu au banquier dans le contrôle de l'opposition réduit la place réservée à cette procédure spécifique, d'autant plus que toute opposition fondée sur la notion d'utilisation frauduleuse accorde au juge un rôle crucial dans le cadre de sa compétence de droit commun. La procédure ainsi mise en place risque peu à peu de tomber en désuétude.

---

[1] P. BERCHON, article précité, p. 340, n° 40.
[2] *Ibidem*.

b. La mainlevée judiciaire de l'opposition au paiement du prix de vente d'un fonds

599.- L'article L. 141-16 du Code de commerce autorise le vendeur du fonds de commerce à saisir le juge des référés afin de percevoir son prix en présence d'une opposition faite sans titre et sans cause ou est nulle en la forme, sous réserve qu'il n'y ait pas d'instance engagée au principal.

600.- Cette compétence est traditionnellement dévolue au juge civil, même si l'introduction par la loi du 11 mars 1924 du référé commercial a ouvert une controverse afin de savoir si elle ne devait pas désormais revenir au juge commercial. Suivant les prescriptions de l'ancien alinéa 7 de l'article 3 de la loi du 17 mars 1909, aujourd'hui codifié à l'article 141-16 du Code de commerce, la jurisprudence a maintenu au président du tribunal de grande instance sa compétence propre en ce domaine[1]. Le pouvoir conféré au président du tribunal de grande instance dépasse sa compétence ordinaire puisque, par exception, il statue à titre définitif. Elle est de surcroît indifférente aux conditions nécessaires à la compétence traditionnelle du juge des référés à savoir l'urgence, l'existence d'un différend et l'absence de contestation sérieuse[2]. Elle n'en reste néanmoins subsidiaire et cesse, à ce titre, en cas d'instance engagée au principal pour éviter que sa décision prise en référé ne préjudicie au principal. Une telle solution s'impose dans la mesure où la décision de mainlevée de l'opposition prive les créanciers de toutes les garanties qu'ils tiennent de leur action conservatoire. Elle doit donc s'entourer de certaines précautions. Il importe peu, à cet égard, que l'instance au principal ait été introduite par le créancier opposant ou le vendeur, ou encore ultérieurement à la saisine du juge des référés, si, au jour où il statue, le juge du principal est saisi[3]. La même solution s'applique sur appel de l'ordonnance de référé : si à la date de l'audience le juge du principal est saisi, la Cour d'appel devient incompétente[4].

---

[1] Cass. civ., 28 févr. 1933 : *Sem. Jur.* 1933, p. 517 ; *S.* 1935, 1, p. 57 note HÉBRAUD ; CA Versailles, 14è ch., 12 mai 1989 : *Gaz. Pal.* 1989, 2, somm. p. 521.
[2] C. VER HULST, « La compétence d'attribution du TGI en matière de mainlevée d'opposition au paiement du prix dans les ventes de fonds de commerce », *LPA* 7 mars 2001, n° 47, p. 7.
[3] Cass. com. 29 juin 1954 : *JCP* 1954, II, 8278, note A. C ; Cass. com., 9 mai 1956 : *JCP* 1956 II , 9461, note E. M. ; *Gaz. Pal.* 1956 II, p. 30.
[4] Cass. com., 7 déc. 1960 : *Gaz. Pal.* 1961, I, p.169 ; *contra* CA Paris 5 nov. 1957 : *Gaz. Pal.* 1957, II, p. 381 ; *D.* 1958 somm. 23 ; *RTD com.* 1958, p. 69, n° 15 obs. A. JAUFFRET.

601.- En dehors d'une instance au principal, la compétence du juge des référés suppose soit une opposition faite sans titre et sans cause, ces deux conditions étant cumulatives, soit une opposition nulle en la forme. Ce dernier est par conséquent incompétent lorsque l'opposition faite sans cause repose sur un titre ou si à défaut de titre, elle se fonde sur une cause réelle[1]. Un état liquidatif de succession pourrait ainsi constituer un titre pouvant faire obstacle à la mainlevée[2]. Le juge des référés est également juge de la forme. Il lui appartient d'ordonner la mainlevée d'une opposition réalisée au mépris des formes légales, notamment lorsqu'elle est réalisée par lettre recommandée au lieu de l'exploit d'huissier requis. Aux oppositions nulles en la forme, il convient d'assimiler celles formées tardivement et dont le juge des référés peut prononcer la mainlevée[3].

2°) La mainlevée accélérée de l'opposition à mariage

602.- Le législateur a institué une procédure de mainlevée « accélérée » des oppositions à mariage afin de permettre à ses destinataires de se défaire très rapidement d'actions dilatoires.

603.- A défaut de mainlevée volontaire, l'époux directement visé par l'opposition ou son futur conjoint doivent en demander la mainlevée judiciaire pour pouvoir se marier[4]. Le futur époux mineur bénéficie à cet effet d'une capacité exceptionnelle. Il appartient aux futurs époux ou à l'un d'entre eux, de saisir le tribunal de grande instance du domicile élu par l'opposant ou du domicile réel du demandeur aux fins de mainlevée. Seul ce dernier a compétence pour prononcer la mainlevée de l'opposition, à l'exclusion du juge des référés qui ne peut être saisi d'une telle demande soulevant une question de fond[5].

---

[1] CA Paris, 6 mars 1929 : *Sem. Jur.* 1929, p. 861. Voir également COHEN, ouvrage précité, n° 380.
[2] CA Poitiers, 27 mars 1962 : *RTD com*. 1962, p. 638, obs. A. JAUFFRET.
[3] CA Paris, 5 mai 1924 : *DP* 1927, 2, p. 65, note A. CHÉRON ; Trib. civ. Oran, 8 avr. 1930 : *DH* 1930, p. 343 *contra* CA Dijon 16 juill. 1941 : *DP* 1942, p. 44.
[4] Le droit pour le futur époux, non directement concerné par l'opposition, d'en demander la mainlevée a pu être discuté. L'inaction de son futur conjoint pourrait, en effet, être interprétée comme « un acquiescement » à l'opposition, dont il n'appartiendrait pas à l'autre de demander la mainlevée. La notification de l'opposition à chacun des futurs époux témoigne cependant de leur intérêt respectif à la contester. A ce sujet cf. M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, article précité, n° 565 et A. LAMBOLEY, article précité, n° 119.
[5] CA Angers, 15 avr. 1979 : *DP* 1880, II, p. 116 ; Paris 14è ch. A, 23 avr. 2003 : *D.* 2003, p. 2716, note de J.-J. LEMOULAND.

604.- Le tribunal doit en principe statuer dans un délai de dix jours. Le même délai s'impose en cas d'appel et la Cour doit statuer d'office si le jugement attaqué a prononcé la mainlevée[1]. Le juge conserve cependant la faculté de surseoir à statuer en raison de circonstances exceptionnelles, notamment afin d'attendre l'issue de la procédure de mise sous tutelle en présence d'une opposition dénonçant l'état de démence du futur conjoint[2]. La doctrine admet qu'il puisse aussi rendre un simple jugement préparatoire s'il se trouve dans l'impossibilité matérielle de vérifier les faits allégués dans le délai imparti[3]. En l'absence de toute sanction du dépassement du délai laissé à l'appréciation de la licéité de l'opposition, l'obligation de statuer dans les dix jours à compter de la demande de mainlevée a perdu de son efficacité. Elle se réduit à une simple obligation de moyens, voire à une invitation adressée aux juges afin qu'ils statuent dans les plus brefs délais[4]. Le délai de dix jours n'est d'ailleurs pas prescrit à peine de nullité et son inobservation n'entraîne pas la péremption de l'instance. L'opposant ne saurait, de surcroît, se plaindre de son dépassement. Ce délai a été institué en faveur de l'enfant demandeur en mainlevée, et seul celui-ci est recevable à contester le retard ainsi apporté à la célébration[5]. En cas de mainlevée de l'opposition, les futurs époux fournissent une copie du jugement à l'officier de l'état civil afin qu'il le mentionne en marge de l'inscription de l'opposition et procède à la célébration. Le maintien de l'opposition empêche la célébration du mariage et l'officier de l'état civil qui agirait au mépris de celle-ci encoure les peines prévues à l'article 68 du Code civil.

605.- Le souci d'éviter toute nouvelle action dilatoire a conduit le législateur à interdire à l'ascendant, comme à tout autre ascendant, de renouveler son opposition alors qu'un jugement a donné mainlevée de la première et ce même s'il entend s'appuyer sur un nouveau motif. Selon une partie de la doctrine, l'interdiction faite à l'alinéa 2 de l'article 173 du Code civil, bien qu'elle ne concerne stricto sensu que les ascendants, devrait être étendue par analogie à ses autres titulaires, c'est-à-dire aux collatéraux, au tuteur et au curateur[6]. Les termes de l'article 176 du Code civil tempèrent quelque peu cette proposition. A l'exception

---

[1] Un pourvoi en cassation reste toujours possible, même s'il ne présente guère d'intérêt en cas de mainlevée, faute de produire d'effet suspensif.
[2] V. à l'époque d'une procédure d'interdiction Cass. req., 30 juin 1879 : *D.P.* 1880, I, p. 135.
[3] M. PLANIOL et G. RIPERT, ouvrage précité., t . 2, n° 188 ; M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, article précité, p. 82, n° 573.
[4] L'examen des décisions rendues en référé à la suite d'une demande de mainlevée de l'opposition ne permet pas d'évaluer précisément l'amplitude des délais dans lesquels il est statué, faute de disposer de la date exacte de demande en mainlevée. Il s'écoule généralement 4 à 6 mois entre l'opposition et la décision rendue sur appel.
[5] Cass. req., 26 juin 1911 : *DP* 1912, II, p. 149.
[6] M. PLANIOL et G. RIPERT, ouvrage précité, t. II, n° 190 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, ouvrage précité, p. 102, n° 226. *Contra* AUBRY ET RAU, ouvrage précité, t. VII, § 547.

des ascendants, ce dernier autorise les autres titulaires de l'opposition à la renouveler après sa mainlevée automatique au bout d'un an. L'interdiction de réitérer l'opposition à la suite d'une mainlevée judiciaire ou automatique ne concerne donc que les ascendants. Elle n'a pas vocation à être étendue à ses autres titulaires, notamment en raison du caractère dissuasif de la règle selon laquelle leur responsabilité peut être engagée en cas de faute dans l'exercice de leur droit, contrairement aux premiers. En tout état de cause, leur opposition devrait alors être motivée par l'apparition de circonstances nouvelles, sans qu'ils puissent à nouveau se fonder sur le motif qui avait justifié la mainlevée judiciaire de leur première opposition. L'interdiction de répéter l'opposition connaît cependant une exception en présence d'une opposition rejetée pour un vice de forme. Son titulaire semble autoriser à la renouveler dans la mesure où la déchéance du droit d'opposition n'est pas liée au fond du droit et à son utilisation comme moyen dilatoire, mais à un vice de forme[1].

606.- La mainlevée de l'opposition s'impose de plein droit au terme d'une année et passé ce délai elle cesse de produire ses effets. La règle ainsi posée se rapproche moins d'une mainlevée que d'une sorte de péremption de l'opposition[2]. L'article 176, alinéa 2, du Code civil reconnaît aux titulaires de l'opposition le droit de renouveler leur acte une fois ce délai expiré, à l'exclusion des ascendants pour lesquels la mainlevée volontaire opère comme une mainlevée judiciaire.

La sanction première des oppositions formées irrégulièrement ou illicitement consiste à les priver de leurs effets, afin de permettre au destinataire de l'acte litigieux de retrouver la plénitude de ses droits. La sanction secondaire de l'opposition se situe surtout dans le droit à réparation qui naît au profit du destinataire de l'acte irrégulier ou illicite.

§ II. La responsabilité de l'opposant

607.- Le non-respect des conditions imposées à l'exercice de l'opposition cause parfois un préjudice à son destinataire de nature à entraîner l'application des règles de la responsabilité délictuelle et le versement de dommages et intérêts à son profit. La responsabilité de l'opposant n'est pas toujours directement recherchée sur ce terrain et s'appuie parfois sur la notion d'abus de droit. Le caractère injustifié de l'acte conservatoire

[1] Trib. civ. Dinan, 25 août 1952 : *Gaz. Pal.* 1952, II, p. 305.
[2] G. MARTY et P. RAYNAUD, ouvrage précité, n° 107.

peut également être constitutif d'une infraction pénale, notamment dans le cadre du droit du chèque.

La faute commise par l'opposant dans l'exercice de son droit est susceptible d'entraîner sa responsabilité civile (B) et le cas échéant sa responsabilité pénale dans le domaine bancaire (A).

A. La responsabilité pénale de l'opposant

608.- L'opposant qui a fait obstacle au paiement pour des motifs autres que ceux visés à l'alinéa 2 de l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier, s'expose aux peines qui répriment le délit de blocage illicite. Ce dernier encourt une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de cinq ans et ou une amende de 375 000 euros, au même titre que celle encourue par le tireur en cas de retrait de la provision[1]. L'élément matériel de l'infraction ressort suffisamment de l'existence d'un motif d'opposition illicite, ou *a priori* licite, mais non avéré dans les faits. L'élément moral nécessite la démonstration de la volonté du tireur de nuire aux droits d'autrui. Le tireur est en principe rarement condamné, aussi bien en raison du contrôle préalable réalisé par le banquier sur la régularité de l'opposition que de l'interprétation étroite du délit de défense injustifiée du tireur.

609.- L'obligation pour le tiré de rejeter l'opposition fondée sur un motif ne relevant pas de ceux visés par la loi restreint, en effet, considérablement le domaine de ce délit. Il ne semble pas possible de sanctionner le tireur pour une défense de payer restée, dès l'origine sans effet. Elle ne saurait suffire à caractériser l'élément moral constitutif du délit de blocage, à savoir l'intention de porter atteinte au droit d'autrui, dans la mesure où sa tentative s'avère vaine[2]. Le délit ne sert plus qu'à sanctionner le tireur ou le titulaire du compte qui se prévaut d'un motif légal en réalité inexistant dans les faits.

---

[1] C. mon. et financier, art. L. 163-16.

[2] M. CABRILLAC, « Variations nouvelles sur des airs anciens ou les délits de retrait et de blocage de la provision après 1991 », *Mélanges en l'honneur du professeur J. LARGUIER*, PUG 1993, p. 65, n° 19, spéc note bas de page n° 21.

La jurisprudence interprète de surcroît strictement l'élément moral dans un souci d'équité et aussi par application du principe de légalité[1]. Ce dernier n'est pas constitué chaque fois que les droits du porteur apparaissent irréguliers ou contestables[2], notamment lorsqu'il est coupable d'escroquerie ou de dol. Ainsi, l'opposition au paiement d'un chèque tiré au bénéfice des douanes et motivée par la découverte d'une erreur dans les comptes de la société, entraînant une différence importante entre le montant réclamé et celui effectivement dû, n'est pas considérée comme portant atteinte aux droits d'autrui[3].

610.- Outre la responsabilité pénale encourue par le titulaire d'une opposition injustifiée au paiement d'un chèque, celui-ci s'expose à verser des dommages et intérêts à son porteur afin de réparer le préjudice qu'il a subi du fait de l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé d'obtenir paiement. Il peut également solliciter le remboursement des frais de représentation du moyen de paiement. Le destinataire de l'opposition injustifiée peut prétendre au versement de dommages et intérêts sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil en raison de la faute quasi-délictuelle commise par le tireur.

B. La responsabilité civile de l'opposant

611.- La sanction des auteurs d'une opposition irrégulière ou abusive semble aller de soi en matière de paiement et dans les autres domaines où celle-ci se manifeste. Comme nous l'avons déjà évoqué, elle ne connaît de réelle exception qu'à l'égard des ascendants auteurs d'une opposition à mariage fallacieuse.

612.- Une opposition irrégulière au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce ne suffit pas en elle-même à constituer une faute justifiant l'octroi de dommages et intérêts. Conformément aux principes civilistes, la mainlevée de l'opposition injustifiée ou irrégulière ne s'accompagne pas automatiquement de dommages et intérêts et suppose l'établissement d'une faute délictuelle[4]. Le fait générateur du dommage tient à la présence

---

[1] La Chambre criminelle a adopté pendant un temps une position plus extensive en jugeant que l'intention de porter atteinte aux droits d'autrui était constituée par la conscience que le chèque serait impayé ou la connaissance que l'opposition était réalisée en dehors des cas prévus par la loi. Cass. crim., 3 avril 1979 : *Bull. crim.* n° 133, p. 379 ; *D.* 1979, IR p. 525 observations M. PUECH ; Cass. crim., 22 juillet 1980 : *JCP G* 1980, I, 9211 ; *Gaz. Pal.* 14 juin 1981 som. p.10.
[2] Cass. com. 13 avril 1983 : *JCP* C 1983, I, 11658 ; *RTD com*. 1983, p. 439, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.
[3] Aix-en Provence, 19 janvier 1994 : Juris Data n° 040988.
[4] Cass. 2ème civ., 10 fév. 1977 : *D.* 1977, IR p. 245 ; *RTD com.* 1977, p. 489, obs. J. DERRUPPÉ.

d'une opposition formée sans titre et sans cause ou irrégulière en la forme qui révèle l'exercice d'un droit « *au-delà des circonstances normalement admises et des conditions légalement fixées par le législateur (...) donc un abus de droit* »[1].

613.- La référence à la notion d'abus de droit pour réparer le préjudice subi a un impact plus théorique que pratique. Il s'agit, en l'espèce, de rechercher la responsabilité du titulaire du droit, en caractérisant sa faute, afin d'obtenir des dommages et intérêts. L'opposition manifestement faite, en dehors des cas légaux, révèle à notre sens un défaut droit qui devrait être sanctionné indépendamment de tout préjudice. En revanche, l'opposition irrégulière en la forme se sanctionne par la nullité de l'acte et n'ouvre à l'octroi de dommages et intérêts que si elle a causé un préjudice à son destinataire sur le fondement de la responsabilité délictuelle.

614.- La concision des dispositions relatives à la compétence du juge des référés, pour ordonner la mainlevée d'une opposition faite sans titre et sans cause ou irrégulière en la forme, laisse subsister des incertitudes sur le point de savoir si ce dernier est également compétent en tirer les conséquences légales. Certains auteurs s'appuient, en ce sens, sur le fait que la compétence confiée au président du tribunal de grande instance pour ordonner la mainlevée des oppositions, s'identifie à une action *suis generis* et en la forme des référés. Elle devrait donc lui permettre de statuer sur toutes les questions relatives à l'opposition et notamment sur la demande de dommages et intérêts formée par le destinataire d'une opposition non fondée ou irrégulière, voire abusive[2].

---

[1] C. VER HULST, article précité, p. 8 ; V. également RIPERT et ROBLOT par M. GERMAIN et L. VOGUEL, Traité de droit commercial, Tome 1, 17ème éd., 1998, p. 465, n° 624 qui font la même assimilation « *au cas d'abus d'opposition, c'est-à-dire si l'opposition a été faite sans titre et sans cause, ou si elle est nulle en la forme* ».

[2] En ce sens C. VER HULST, article précité, p. 5.

615.- Le principe de la responsabilité du titulaire de l'opposition, fondée sur des motifs autres que ceux prévus par la loi, semble aller de soi dans tous les domaines où elle sévit, à l'exception de celle exercée par les ascendants au mariage de leur enfant. Les autres titulaires du droit d'opposition à mariage tels que les collatéraux, le tuteur, le curateur ou l'ancien conjoint s'exposent à verser des dommages et intérêts aux futurs époux en raison du caractère injustifié de leur acte, conformément aux prescriptions de l'article 179 alinéa 1 du Code civil. La simple faute des titulaires de l'opposition, autre que les ascendants, suffit à engager leur responsabilité dès qu'elle a causé un préjudice. Il en a notamment été jugé ainsi en cas d'opposition exercée par des descendants sans qualité pour la former ou par un ancien conjoint trois jours avant la célébration alors que le divorce était certain[1]. Une condamnation solidaire pourra être également prononcée si l'opposition injustifiée émane de plusieurs personnes.

616.- La question d'une éventuelle responsabilité du Ministère public, en cas de mainlevée de son opposition, n'est envisagée que très rarement par la doctrine qui le fait échapper à toute condamnation à des dommages et intérêts en cas de mainlevée de l'opposition[2]. Il n'en demeure pas moins que le préjudice subi éventuellement par les époux devrait obliger à réparation. La responsabilité personnelle du Ministère Public sur le fondement des articles 1382 et 1383 ne semble pas pouvoir être engagée, en revanche elle n'écarte toute responsabilité de l'Etat ou de la commune pour les fautes commises par ce dernier dans l'exercice de ses fonctions. Il convient cependant de remarquer qu'une faute dans l'exercice des fonctions sera difficile à établir dans la mesure où le retard apporté à la célébration sera souvent justifié par sa mission de gardien de l'ordre public, et que, l'appréciation des indices témoignant du caractère fictif du mariage reposera en général sur des indices qui, s'ils doivent être sérieux, seront parfois empreints d'une subjectivité de nature à autoriser dans certains cas la levée de l'opposition.

617.- Les oppositions injustifiées ne s'accompagnent pas toujours d'une autre sanction que celle, liée à la levée de l'acte litigieux, et à la condamnation éventuelle de son auteur aux dépens issus de la procédure en mainlevée. Quand bien même elle aurait été exercée à tort, l'opposition n'entraîne pas systématiquement un préjudice dont son

---

[1] V. respectivement CA Paris, 28 juin 1872 : *DP* 1873, II, p. 55 ; CA Colmar, 8 juill. 1970 : *JCP G* 1971, II, 16 604, note J. A.
[2] H., L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, par LEVENEUR, p. 144, n° 784.

destinataire peut obtenir réparation en raison de la difficulté d'établir la faute de son auteur, notamment en dehors de tout défaut ou de tout abus de droit manifeste. Le domaine du droit des marques apparaît particulièrement révélateur au vu du caractère très subjectif de l'opposition, notamment quant aux risques de confusion existants entre la marque enregistrée et celle dont on sollicite l'enregistrement. Il sera délicat de reprocher à l'opposant la moindre faute dans l'accomplissement de l'acte conservatoire, eut-il une conception un peu trop large de l'étendue de la protection à donner à sa marque. A supposer une faute caractérisée de sa part, il n'est pas toujours certain que le retard apporté à l'enregistrement de la marque, cause à celui qui la subit un préjudice.

Conclusion du Chapitre

618.- Le caractère conservatoire de l'opposition au paiement présente quelques spécificités. La conservation du droit de gage des créanciers n'est pas une fin en soi et n'a d'autre finalité que de garantir le paiement le temps venu. Les répercussions de l'opposition se font donc sentir sur le patrimoine de son destinataire jusqu'à la réalisation du paiement ou, à défaut, jusqu'à l'octroi de garanties destinées à permettre un recouvrement privilégié de la créance. Les conséquences de l'opposition justifient en grande partie l'obligation faite au créancier de se prévaloir d'une créance certaine en son principe à cet effet. L'efficacité de l'acte conservatoire par le maintien de l'indisponibilité jusqu'au paiement ne doit pas laisser croire au désintéressement systématique du créancier. L'opposition intervient dans des situations où la solvabilité du débiteur est déjà compromise ou risque de l'être. Aussi, le créancier n'obtiendra bien souvent qu'un dividende et devra, le cas échéant, poursuivre le débiteur sur ses autres biens, s'il en a. Un tel constat n'est pas étranger à l'addition de droits accessoires à l'opposition, tels que le droit de surenchère en matière de fonds de commerce ou le privilège occulte créé à l'attention du syndic de copropriété. Ces garanties sont essentiellement motivées par le souci constant d'éviter la fraude du débiteur ou de favoriser le règlement de certains créanciers. Ce faisant, elles affectent irrémédiablement la nature conservatoire de l'opposition pour la rapprocher des mesures de sûretés.

619.- Le dénouement de l'opposition résulte également des procédures de mainlevée mises en place pour neutraliser tout effet conservatoire irrégulier. Il convient effectivement de permettre à celui qui la subit de se libérer rapidement de toute contrainte non fondée par des recours adaptés. La mainlevée de l'opposition dans le cadre de procédures spécifiques de référés, si elle se justifiait totalement à son origine, a cependant perdu une partie de son intérêt en matière d'opposition au chèque, depuis que le banquier procède à un examen préalable de son apparente validité. Le tiré assure ainsi un contrôle rapide et efficace afin d'écarter toute opposition qui repose sur un motif manifestement illicite. La mainlevée des oppositions irrégulières entraîne parfois la responsabilité de l'opposant. Son exercice pour une autre cause que celle prévue par la loi révèle souvent une faute, si ce n'est parfois un défaut de droit, qui oblige logiquement son auteur à réparation.

Conclusion du Titre

620.- Moyen de défense transitoire, l'opposition n'a pas vocation à perdurer dans le temps peu importe qu'elle produise son effet conservatoire en un seul trait de temps ou qu'il soit doté d'une certaine continuité jusqu'à la conservation définitive des intérêts de son titulaire.

621.- L'opposition réalise à cet égard des effets strictement proportionnés au péril à conjurer afin de neutraliser tout ou partie des conséquences de l'acte préjudiciable. Un simple effet suspensif suffit en général à la sauvegarde des prérogatives de son auteur, même si l'opposition est susceptible de produire des effets plus radicaux lorsque la conservation de ses intérêts le commande. Celle-ci fait alors obstacle soit à la validité, soit à la formation de l'acte qui se voit privé de tout accès à la vie juridique.

622.- L'accomplissement de l'opposition suffit à la sauvegarde des intérêts de son auteur, mais appelle parfois des mesures de dénouement justifiées par la nécessité de se libérer de l'indisponibilité qu'elle crée en matière de paiement. L'effet conservatoire de l'opposition cesse alors à la suite de procédures de paiement permettant au créancier d'obtenir la réalisation de son droit. La rigueur des effets de l'opposition explique également que son destinataire ait la possibilité de s'en délivrer dans le cadre de procédures de référés spécifiques. Le droit lui offre les moyens de s'en défendre rapidement afin qu'il obtienne la mainlevée accélérée de l'opposition et l'indemnisation du préjudice ainsi causé. La disparition de l'opposition résulte de l'extinction de la menace lui conférant un caractère éminemment transitoire.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

623.- Une certaine unité de l'opposition ressort de son mode de fonctionnement commun. Le droit d'opposition s'avère à ce titre entièrement guidé vers la conservation des intérêts de l'opposant ou de ceux qu'il représente. Moyen de défense conservatoire, l'opposition l'est tant par son caractère nécessaire que préventif. Celle-ci contribue d'ailleurs à renouveler la notion de prévention pour la détacher d'un critère strictement temporel afin de la recentrer sur ses effets. Il importe donc peu que l'opposition intervienne en amont ou en aval de la menace dès que celle-ci n'est pas irréversible et qu'elle possède les moyens de l'évincer. A cet effet, l'opposition se manifeste sous la forme d'un acte juridique unilatéral. Il appartient à son titulaire de la porter à la connaissance de son destinataire au moyen d'un acte réceptice, entouré de garanties formelles qui en conditionnent la validité. Les formes dont s'entoure l'opposition servent essentiellement à protéger son destinataire qui doit avoir les moyens de la contester. Pour autant, elles ne doivent pas contrarier la finalité de l'acte conservatoire et peuvent revêtir des aspects variés selon que la nécessité d'agir vite ou la moindre intensité des effets de l'opposition à l'égard d'autrui se satisfait de formes assouplies.

624.- L'accomplissement de l'opposition marque celui de son effet conservatoire et l'affecte d'un caractère transitoire. Ephémère, celle-ci disparaît avec la neutralisation de la menace et produit à ce titre une réaction parfaitement adaptée au péril à conjurer. Les effets de l'acte préjudiciable sont ainsi neutralisés au moyen d'un simple effet suspensif ou extinctif. Le droit d'opposition agit comme une défense, un empêchement adressé à un autrui et s'avère particulièrement rigoureux en ce qu'il traduit l'existence d'un pouvoir d'ingérence à l'égard de ce dernier. Aussi, celui-ci doit-il avoir la possibilité de s'en délivrer sans attendre lorsque l'opposition apparaît manifestement irrégulière ou non fondée. Ce faisant, l'opposition qu'elle se réalise instantanément ou s'accompagne d'une certaine continuité, assure la conservation des intérêts de l'opposant et les concilie dans la mesure du possible avec ceux de son destinataire.

CONCLUSION GÉNÉRALE

625.- Au terme de cette étude, une certaine unité conceptuelle de l'opposition se dégage. Quelle que soit la branche du droit au sein de laquelle l'opposition se manifeste, cette dernière concourt à la protection des intérêts légitimes de son titulaire dans les situations où ceux-ci sont susceptibles d'être définitivement compromis. La défense des intérêts à laquelle procède l'opposition n'est pas dénuée de toute considération altruiste, aussi la protection qu'elle réalise participe-t-elle parfois à la volonté de satisfaire un intérêt général. L'opposition se présente, à cet égard, comme un instrument de protection réservé aux tiers afin de se défendre de l'opposabilité préjudiciable des actes passés par autrui ou de renforcer l'opposabilité de leurs prérogatives, dans les circonstances où celles-ci risquent d'être méconnues.

626.- La protection issue de l'opposition ne saurait pourtant être possible en toutes situations ou laissée à la libre appréciation de son titulaire. L'opposition intervenant en amont des relations juridiques, celle-ci doit nécessairement être encadrée, si ce n'est contrôlée préalablement à son exercice, afin d'éviter qu'elle ne paralyse toute activité. Les événements susceptibles de fonder le recours à l'opposition sont ainsi précisément déterminés par le législateur, indépendamment de leur caractère ou non licite. La diversité des situations à l'origine de l'opposition explique d'ailleurs celle des titulaires autorisés à s'opposer et, en dépit de l'encadrement dont l'opposition fait l'objet, celle-ci s'affirme être un instrument de protection d'une grande adaptabilité.

627.- En général, il ne suffit pas d'être un tiers justifiant d'un intérêt pour s'opposer, il faut encore être un tiers dûment qualifié et habilité. La qualité requise à cet effet révèle un lien de corrélation certain avec la légitimité de l'intérêt à protéger. La position de tiers se présente donc comme une condition nécessaire à l'accès à l'opposition mais pas toujours suffisante, en raison de la sélection des tiers en fonction de leur qualité. Il est, à cet égard, indifférent que le tiers s'assimile à un simple tiers ou à une partie putative, l'exercice de l'opposition étant alors seul à même de le faire passer de l'état de tiers à celui de partie. Néanmoins, la sélection comme l'information des tiers, aux fins d'opposition n'en font pas une technique toujours satisfaisante. La responsabilisation des ascendants lors de l'exercice

de leur prérogative s'avère tout autant indispensable que la disparition de celle des syndicats majoritaires. Le droit d'opposition des ascendants à mariage ne saurait effectivement servir, en toute impunité, un intérêt purement personnel à la place de l'intérêt général. De même, celui reconnu aux syndicats majoritaires ne saurait défendre de manière optimale l'intérêt collectif en raison de sa contrariété manifeste avec la finalité poursuivie par la négociation collective. La légitimité à laquelle appellent les conventions et les accords collectifs de travail ne doit pas dépendre d'une majorité négative ou positive, trop liée aux aléas issus de l'abstentionnisme électoral. La substitution d'une instance paritaire de négociation semble seule à même de concourir, de manière pérenne, à la légitimité et l'autorité nécessaire à l'application des conventions et accords collectifs de travail.

628.- La protection d'intérêts légitimes réalisés par l'opposition amène à la rattacher à la catégorie des actes conservatoires. A ce titre, l'opposition se distingue surtout par son caractère préventif. La notion de prévention ne doit cependant pas faire l'objet d'une interprétation purement chronologique. Conserver, ce peut être empêcher la réalisation de la menace ou en limiter les effets. En ce sens, toute action conservatoire n'est pas exclue en dépit de la réalisation de la menace, chaque fois que celle-ci apparaît réversible. La défense conservatoire opposée par l'opposition l'oblige à se manifester sous la forme d'un acte formaliste. Les garanties formelles dont s'entoure l'opposition tiennent tant à la nécessité de la porter à la connaissance de son destinataire que de lui offrir, le cas échéant, les moyens de la contester. A cet égard, la motivation de l'opposition apparaît essentielle : celle-ci responsabilise son titulaire et facilite le contrôle du juge de façon à sanctionner tout défaut de droit ou tout abus du droit d'opposition.

629.- Le formalisme de l'opposition s'explique en grande partie par les effets plus ou moins rigoureux qu'elle produit à l'égard d'autrui. Pour sauvegarder les intérêts de son titulaire, l'opposition neutralise tout ou partie des effets de l'acte préjudiciable à ceux-ci. A ce titre, ses effets ne se réalisent pas toujours en un seul trait de temps et l'opposition appelle le plus souvent à des mesures de dénouement. Elle s'affirme alors comme un acte éminent transitoire dont les effets ne cessent qu'une fois la conservation des intérêts de son titulaire devenue définitive, sous réserve des situations où le dénouement de l'opposition résulte de procédures de mainlevées.

Instrument de protection, l'opposition constitue aussi un facteur de transition, destiné à permettre le passage d'une situation juridique fragilisée à une situation juridique stabilisée. La régulation des situations juridiques par l'opposition en amont de leur accomplissement lui confère à cet effet une efficacité certaine dont la pérennité implique un recours mesuré à l'opposition.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES
(Les chiffres renvoient aux pages)

INTRODUCTION p. 2

PREMIÈRE PARTIE : L'OPPOSITION, INSTRUMENT DE PROTECTION p. 26

TITRE I : L'EXISTENCE D'UN INTÉRÊT LÉGITIME MENACÉ p. 28

CHAPITRE I : LA LÉGITIMITÉ DE L'INTÉRÊT MENACÉ p. 30

Section I : La légitimité de l'intérêt personnel menacé p. 31

§ I. Le respect d'un droit à la tranquillité p. 31

A. Le droit à la tranquillité, composant du respect de la vie personnelle p. 32

1°) Le droit à la tranquillité, inhérent au droit de s'opposer au fichage de son identité civile p. 32

2°) Le droit à la paix des familles sous-jacent à l'opposition au partage p. 35

B. La jouissance paisible de ses prérogatives, composante du droit à la tranquillité p. 36

1°) Le droit de jouir paisiblement du nom p. 37

2°) Le droit de jouir paisiblement de la marque p. 39

§ II. Le respect de droits fondamentaux procéduraux p. 40

A. Le respect des droits de la défense p. 41

B. Le respect de la liberté individuelle d'agir p. 43

Section II : La légitimité de l'intérêt général menacé p. 46

§ I. La légitimité de l'intérêt collectif protégé par le droit d'opposition des syndicats majoritaires p. 47

A. L'opposition, pouvoir de décider de l'intérêt collectif p. 48

B. L'opposition, pouvoir exercé en fonction de l'intérêt collectif p. 50

§ II. La légitimité de l'intérêt général protégé par le droit d'opposition en présence d'une situation illicite p. 54

A. La légitimité de l'intérêt général protégé par l'opposition à mariage p. 55

B. La légitimité de l'intérêt économique protégé par l'opposition relative aux instruments de paiement p. 56

CHAPITRE II : LA MENACE PESANT SUR L'INTÉRÊT PROTÉGÉ p. 60

Section I : La nature des menaces p. 62

§ I. L'opposition, droit de réaction contre l'opposabilité des actes juridiques p. 63

A. L'opposition, droit de réaction contre un risque de fraude p. 64

1°) Le risque de fraude issu de la cession du fonds de commerce ou d'un lot en copropriété p. 64

2°) Le risque de fraude issu du partage p. 66

B. L'opposition, droit de réaction contre un risque d'insolvabilité p. 68

1°) L'insolvabilité présumée en cas d'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire p. 68

2°) L'insolvabilité présumée en cas de transmission universelle du patrimoine d'une société p. 69

§ II. L'opposition, droit de réaction aux fins d'opposabilité des prérogatives juridiques p. 70

A. L'opposition, moyen de renforcer l'opposabilité de ses prérogatives juridiques sur un instrument de paiement p. 71

1°) Un droit de réaction réservé à la dépossession involontaire p. 72

2°) Un droit de réaction exclusif de toute dépossession volontaire p. 75

B. L'opposition, moyen de renforcer l'opposabilité de ses prérogatives juridiques sur un droit subjectif p. 77

1°) Le risque de confusion entre le nom de l'opposant et celui du tiers p. 77

2°) Le risque de confusion entre la marque de l'opposant et celle du tiers p. 79

Section II : La nécessité d'une défense efficace p. 81

§ I. Le caractère de l'efficacité induit de la nécessité p. 82

A. Un acte nécessaire au regard du but à atteindre p. 82

B. Un acte efficace au regard du résultat attendu p. 86

§ II. Le caractère de l'efficacité, condition du recours à l'opposition p. 89

A. L'efficacité de l'opposition nécessaire à la protection des intérêts de son titulaire p. 89

B. L'efficacité de l'opposition garantie par la sanction de sa violation p. 92

1°) L'inopposabilité de l'acte accompli au mépris de l'opposition p. 93

2°) Les autres sanctions du non-respect de l'opposition p. 95

TITRE II : LES TITULAIRES DU DROIT D'OPPOSITION p. 100

CHAPITRE I : LES TITULAIRES DÉSIGNÉS p. 102

Section I : La détermination des titulaires p. 103

§ I. L'assimilation de l'opposant à un tiers p. 104

A. Le principe de l'assimilation de l'opposant à un tiers p. 104

1°) Une condition déterminante de la tierce opposition p. 105

a. La qualité de tiers, exclusive de la qualité de partie p. 105

b. La qualité de tiers, exclusive de toute représentation p. 107

i. Les contours de la représentation p. 107

ii. Les exceptions à la représentation p. 111

2°) Une condition sous-jacente à l'opposition p. 112

a. La réfutation de toute assimilation du créancier à un ayant cause universel p. 113

b. La réfutation de toute représentation du créancier opposant par le débiteur p. 115

B. Les exceptions apparentes à l'assimilation de l'opposant à un tiers p. 117

1°) Les parties putatives à l'instance p. 117

a. L'opposant à un jugement rendu par défaut, partie putative à l'instance p. 118

b. L'opposant à une injonction de payer, partie putative à l'ordonnance p. 120

2°) Les créanciers opposants à une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire p. 121

§ II. La sélection des tiers titulaires de l'opposition p. 123

A. La sélection des tiers titulaires de l'opposition par leur titre p. 123

1°) L'antériorité du titre servant à l'opposition p. 124

2°) La nature de la créance servant à l'opposition p. 127

a. L'indifférence de la nature chirographaire ou hypothécaire de la créance p. 127

b. L'exigence d'une créance au moins certaine en son principe p. 128

i. La nécessité d'une créance certaine en son principe p. 128

ii. Les excès de l'exigence d'une créance certaine, liquide et exigible p. 130

B. La sélection des titulaires de l'opposition par leur qualité p. 132
1°) La sélection des opposants par leur aptitude à défendre l'ordre public matrimonial p. 132
a. Les tiers opposants en raison de leurs liens avec l'un des futurs époux p. 133
b. Le Ministère public p. 135
2°) La sélection des opposants par leur aptitude à défendre un intérêt collectif p. 137
a. La sélection des syndicats de salariés au regard de leur qualité majoritaire p. 138
i. Une majorité organique aux niveaux supérieurs à l'entreprise p. 138
ii. Une majorité électorale au niveau de l'entreprise p. 140
b. La sélection de l'opposant par sa qualité de syndic de copropriété p. 144

Section II : L'information des titulaires p. 147
§ I . L'information nécessaire à l'exercice de l'opposition p. 147
A. La relativité des mesures de publicité p. 148
B. L'efficacité des mesures d'information individuelles p. 152
1°) La notification des décisions rendues en l'absence de contradictoire p. 152
2°) Les procédures de notification en droit du travail p. 154
a. La notification de l'action de substitution p. 154
b. La notification des accords collectifs minoritaires p. 156

§ II. L'information justifiée par la forclusion rapide de l'opposition p. 160
A. L'obligation d'agir dans de brefs délais p. 161
B. L'obligation d'agir immédiatement p. 164

CHAPITRE II : LES TITULAIRES SOUHAITÉS p. 168

Section I : La reconfiguration du droit d'opposition des ascendants p. 170

§ I. La suppression possible de l'opposition des ascendants p. 171

A. La disparition des oppositions familiales p. 171
B. La substitution de l'avis officieux aux oppositions familiales p. 173

§ II . La responsabilisation souhaitable des ascendants p. 175

A. Le difficile contrôle préalable de la conformité de l'opposition p. 175
B. La suppression de l'immunité de responsabilité des ascendants p. 178

Section II : La transformation de la majorité d'opposition des syndicats p. 182

§ I. La contestation d'une majorité syndicale inversée p. 183

A. Une majorité conférant une légitimité relative p. 183

1°) Une majorité peu accessible dans les petites et moyennes entreprises p. 184
2°) Une majorité catégorielle peu accessible p. 185

B. Une majorité contrariant la finalité de la négociation collective p. 186

1°) L'opposition, synonyme d'échec de la négociation p. 187
2°) L'absence de toute obligation de renégociation de l'accord p. 188

§ II. La substitution d'une majorité réaliste à la majorité d'opposition p. 190

A. L'adhésion à une majorité d'engagement effective p. 191

1°) La soumission de l'accord à une majorité relative p. 191

a. Une majorité relative, dépendante de l'absence d'une majorité plus forte p. 192
b. Une majorité relative, supplétive de l'absence de majorité absolue p. 193

2°) L'adhésion à une majorité fonction d'élections spécifiques p. 194

a. Une majorité appréciée dans le cadre d'élections de représentativité p. 195
b. Une majorité appréciée dans le cadre d'une instance de négociation mixte p. 196

B. La réfutation d'une majorité référendaire p. 199

1°) L'essor du recours au référendum p. 199
2°) L'inopportunité du recours au référendum p. 201

SECONDE PARTIE : L'OPPOSITION, FACTEUR DE TRANSITION p. 209

TITRE I : UN MOYEN DE DÉFENSE CONSERVATOIRE p. 211

CHAPITRE I : LES CARACTÈRES FONDAMENTAUX p. 213

Section I : L'altération de l'aspect préventif de l'acte conservatoire p. 215

§ I. La réfutation du caractère exclusivement chronologique de la prévention p. 216

A. Les limites de l'aspect chronologique de la prévention p. 216

B. Les limites de la distinction chronologique entre prévention, réparation et sanction p. 218

§ II. L'appréhension de la notion de prévention au regard de ses effets p. 221

A. La notion de prévention dépendante des effets de l'acte p. 221

B. La distinction entre prévention et réparation dépendante des effets de l'acte p. 224

Section II : Un acte conservatoire indifféremment provisoire p. 229

§ I. La réfutation du caractère provisoire de l'acte p. 230

A. La relativité du lien entre le provisoire et l'absence de retentissement au fond de l'acte p. 231

B. La relativité du caractère temporaire de l'acte p. 233

§ II. La réfutation de la distinction entre conservatoire et conservation, issue du provisoire p. 235

A. Le principe de la distinction entre conservatoire et conservation p. 236

B. Les limites de la distinction entre conservatoire et conservation p. 237

CHAPITRE II : LE CARACTÈRE FORMALISTE p. 242

Section I : Les formes de l'opposition p. 244

§ I. Les formes solennelles p. 244

A. L'intervention d'un officier public nécessaire à la forme signifiée de l'opposition p. 245

1°) L'exigence d'un acte extrajudiciaire p. 245

2°) La sanction de l'inobservation de la forme extrajudiciaire p. 247

a. L'inexistence de l'acte, sanction inadéquate p. 247

b. La nullité de l'acte, sanction adéquate p. 251

B. La constitution d'un écrit nécessaire à la forme simplifiée de l'opposition p. 252

1°) L'opposition relative aux instruments de paiement p. 253
2°) L'opposition à un accord collectif minoritaire p. 255

§ II. L'opposition dénaturée en l'absence de solennités p. 256
A. L'opposition dénuée de tout formalisme en cas d'acceptation bénéficiaire p. 256
B. L'opposition dénuée de tout formalisme en matière de partage p. 259
Section II : Le formalisme des mentions p. 262
§ I. Les énonciations spécifiques à l'opposition p. 262
§ II. La motivation de l'opposition p. 264
A. Le contenu de l'obligation de motivation p. 266
B. Le contrôle de la motivation p. 269
1°) Le contrôle extrajudiciaire de la motivation p. 269
2°) Le contrôle judiciaire de la motivation p. 272

TITRE II : UN MOYEN DE DÉFENSE TRANSITOIRE p. 279

CHAPITRE I : L'ACCOMPLISSEMENT DE L'OPPOSITION p. 280

Section I : L'effet suspensif p. 281

§ I. L'effet suspensif accessoire à la finalité conservatoire des oppositions processuelles p. 281
A. L'opposition, moyen de prolonger l'effet suspensif p. 282
B. L'opposition, moyen d'instaurer un débat contradictoire p. 284
1°) L'instauration d'un débat contradictoire par l'ouverture de l'instance p. 284
2°) L'instauration d'un débat contradictoire par la reprise de l'instance p. 285
§ II L'effet suspensif de l'opposition au paiement p. 288
A. L'indisponibilité, effet légal de l'opposition p. 288
1°) Le lien subjectif de l'indisponibilité p. 289
2°) Le lien objectif de l'indisponibilité p. 291
B. L'indisponibilité, effet jurisprudentiel de l'opposition p. 294
1°) L'indisponibilité, effet ajouté de l'opposition à partage p. 295
2°) L'indisponibilité, effet induit de l'opposition à l'acceptation bénéficiaire p. 297

Section II L'effet extinctif p. 302

§ I. L'effet extinctif consécutif à l'exercice de l'opposition p. 302

A. L'opposition, empêchement à la célébration de l'union irrégulière p. 303

B. L'opposition, empêchement à la validité des accords collectifs minoritaires p. 304

§ II. L'effet extinctif consécutif à l'admission de l'opposition p. 308

A. L'enregistrement de la marque empêché en présence d'une opposition bien-fondée p. 309

B. Le changement de nom empêché en présence d'une opposition bien-fondée p. 312

CHAPITRE II : LE DÉNOUEMENT DE L'OPPOSITION p. 315

Section I : Le dénouement de l'opposition issu du paiement p. 316

§ I. L'opposition, acte préparatoire au paiement p. 317

A. La réalisation du paiement dans le cadre de procédures de répartition p. 317

1°) La distribution amiable des deniers p. 317

2°) La distribution judiciaire des deniers p. 319

B. La réalisation du paiement en dehors de toute procédure de répartition p. 321

1°) Le paiement anticipé des créanciers sociaux p. 321

2°) Le paiement des créanciers personnels du débiteur copartageant p. 322

§ II. Les dérogations au principe de l'absence de privilège lié à l'opposition p. 323

A. Les privilèges issus de la disparition de l'opposition en dehors de tout paiement p. 324

1°) Les garanties consenties aux créanciers sociaux p. 324

2°) Les garanties issues du cantonnement de l'opposition p. 325

B. Les privilèges issus de droits accessoires à l'opposition p. 327

1°) Le privilège issu de l'opposition régulière du syndic p. 327

2°) Le privilège incertain issu du droit de surenchère p. 330

Section II Le dénouement de l'opposition issu de sa contestation p. 332

§ I. Les procédures de mainlevée de l'opposition p. 332

A. La mainlevée volontaire de l'opposition p. 333

1°) La mainlevée volontaire de l'opposition au paiement p. 333

2°) La mainlevée volontaire de l'opposition à mariage p. 335

B. La mainlevée judiciaire de l'opposition p. 336

1°) Les procédures spécifiques de mainlevée de l'opposition au paiement p. 336

a. La mainlevée judiciaire de l'opposition au paiement d'un chèque p. 336

b. La mainlevée judiciaire de l'opposition au paiement du prix de vente d'un fonds p. 339

2°) La mainlevée accélérée de l'opposition à mariage p. 340

§ II. La responsabilité de l'opposant p. 342

A. La responsabilité pénale de l'opposant p. 343

B. La responsabilité civile de l'opposant p. 344

CONCLUSION GÉNÉRALE p. 351

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Abus de droit 468

Accords collectifs et conventions collectives 267, 317, 231, 439, 519

Acte conservatoire 26, 128, 131, 366

C

Cantonnement 568

Contradictoire 61, 259, 487

Créanciers 188, 194, 208, 214

D

Défaut de droit 468

Délais 272, 274

E

Effet suspensif 482, 493

Effet extinctif 518, 529

F

Formes 419, 435, 450, 505

Fraude 95, 100, 114

I

Indisponibilité 494, 505

Inexistence 426

Information 248, 258

Inopposabilité 149

Intérêt

Communauté d'intérêts 179

Intérêt et droit subjectif 36
Intérêt collectif 69, 76, 145, 231
Intérêt général 81

M

Mariage
Ascendants 224, 287, 295
Ministère public 228, 298

Majorité
D'opposition 232, 306
Elective 237, 334
Organique 233
Relative 309, 327

Motivation 454, 457, 462, 467

N

Nullité 23, 251, 433

O

Opposition
Action de substitution 64, 262
Bénéfice d'inventaire 103, 154, 205, 442, 509
Carte de paiement 85, 72, 155, 436
Changement de nom 53, 120
Chèque 85, 72, 117, 155, 279
Fonds de commerce 97, 211, 217, 255, 339
Fusion 107
Injonction de payer 63, 202, 486, 488
Jugement par défaut 199, 485, 490
Lettre de change 85
Mariage 82, 223, 525, 602
Marques 123, 532
Paiement 494, 548

Partage 49, 100, 150, 446, 506, 561
Syndicats 69, 76, 145, 231, 237, 306, 327
Syndic 243, 573
Traitement des données 45, 172, 184
Tierce opposition 491

P

Publicité 252
Privilège 564, 572
Provisoire 394

R

Référendum 340, 344
Référés 592
Refus 9
Représentativité 12
Représentation 177, 181, 184
Responsabilité 611

T

Tiers 169 et s.
Tiers putatif 198

V

Veto 7, 10, 17

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

I. –OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

AUBRY (CH.) ET RAU (CH.- F.),

Droit civil français, Mariage. Divorce, Tome VII, 7ème éd. Par P. Esmein et A. Ponsard, Litec, 1962.

Droit civil français, Les successions, Tome VIII, 6ème éd. Par P. Esmein, Litec, 1954.

BÉNABENT, Droit civil, La famille, Litec, 11ème éd., 2003.

BRENNER (Cl.), Voies d'exécution, 2ème éd, Dalloz, 2001.

BONNEAU (Th), Droit bancaire, 5ème éd., Montchrestien, 2003.

CADIET (L.) et JEULAND (E.), Droit judiciaire privé, 4ème éd., *Litec*, 2004.

CARBONNIER (J.)

Droit civil, Introduction, 26ème éd., P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 2001.

Droit civil, Tome 1, Les personnes, 21ème éd., P.U.F., Coll. Thémis, 2000.

Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple, 21ème éd., P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 2002.

CORNU (G.),

Droit civil, La famille, 8ème éd., Montchrestien, Coll. Domat droit privé, 2003.

Vocabulaire juridique, Association Henri CAPITANT, 6ème éd., PUF, 2004.

CORNU (G.) et FOYER (J.), Procédure civile, 3ème éd., P.U.F., Coll. Thémis Droit privé, 1996.

DE JUGLART (M.) ET IPPOLITO (B.), Traité de droit commercial, Les effets de commerce, t. 2, 3ème éd. par J. DUPICHOT et D. GUEVEL, Montchrestien, 1996.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), avec la collaboration de E. BARRY-CLEMENT, Droit commercial. Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation, 8ème éd., Montchrestien, 2004.

DEMOGUE (R.), Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911.

DONNIER (M.) et DONNIER (J.-B.), Voies d'exécution et procédure de distribution, Litec, 7ème éd. 2004.

ESMEIN (A.), Le mariage en droit canonique, t. 1, 2ème éd. par R. GENESTAL, Sirey, 1929.

FLOUR (J.) et AUBERT (J.L.), Les obligations, 1 L'acte juridique, *Droit U*, Armand Colin, 11ème éd., 2004.

GALVADA (C.) et STOUFFLET (J.), Instruments de paiement et de crédit, 5ème éd. Litec, 2003.

GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, Introduction générale, 4ème éd., L.G.D.J., 1994.

GOUBEAUX (G.), Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, Les personnes, L.G.D.J.,1989.

GRIMALDI (M.), Droit civil, Successions, 6ème éd., Litec, 2001.

GUYON (Y.), Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés, 12ème éd., Economica, 2003.

HAUSER (J.) et HUET-WEILLER (D.), Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, Tome I, La famille. Fondation et vie de la famille, LGDJ, 2ème éd., 1993.

HÉRON (J.), Droit judiciaire privé, 2ème éd. par Th. LE BARS, Montchrestien, Domat Droit privé, 2002.

JEANTIN (M.) et LE CANNU (P.), Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit Entreprises en difficultés, 6ème éd., Dalloz, 2003.

LUCAS (A.), DEVÈZE (J.), FRAYSSINET (J.), Droit de l'informatique et de l'Internet, PUF, Coll. Thémis, 2001.

MARTY (G.) ET RAYNAUD (P.), Droit civil, Les successions et les libéralités, Sirey 1983.

MAZEAUD (H., L., J.),

Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit, t.1, 1er vol., 11ème éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1996.

Leçons de droit civil, La famille (Mariage. Filiation. Autorité parentale. Divorce et séparation de corps, t.1, 3e vol., 7ème éd. par L. LEVENEUR, Montchrestien, 1995.

Leçons de droit civil, Successions. Libéralités, t. 4, 2e vol., 5ème éd. par L. et S. LEVENEUR, Montchrestien, 1999.

PÉLISSIER (J.), SUPIOT (A.), JEAMMAUD (A.), Droit du travail, 22ème éd, Dalloz, Coll. Précis, 2004.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), Traité pratique de droit civil français, L.G.D. J.

t. 2, La famille par A. ROUAST, 2ème éd. Paris 1952.

t.4, Successions avec le concours de J. MAURY et H. VIALLETON, 2ème éd.,1956.

t. 8, Les régimes matrimoniaux par J. BOULANGER, 2ème éd. Paris 1959.

STEFANI (G.), LEVASSEUR (G.), BOULOC (B.), Procédure pénale, 19ème éd., Dalloz, Coll. Précis, 2004.

RAY (J.-E.), Droit du travail-Droit vivant, 13ème éd., Liaisons, 2004.

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.),

Traité de Droit commercial, T.1, 17ème éd. par M.GERMAIN et L. VOGEL, L.G.D.J., 1998.

Effets de commerce, Banque, Bourse, Contrats commerciaux et procédures collectives, T. 2, 17ème éd. par P. DELEBECQUE et M. GERMAIN, L.G.D.J., 2004.

ROUBIER (P.), Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz, Coll. philosophie du droit, Paris 1963.

SUPIOT (A.), Traité de droit du travail, Les juridictions du travail, sous la direction de G. H. CAMERLYNCK, tome 9, Dalloz 1987.

SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), Les sûretés, la publicité foncière, 4ème éd., Dalloz, Coll. Précis, 2004.

TERRÉ (F.), Droit civil, Introduction générale, 6ème éd., Dalloz, Coll. Précis, 2003.

TERRÉ (F.) et FENOUILLET (D.), Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités, 7ème éd., Dalloz, Coll. Précis, 2005.

TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.), Droit civil, Les successions. Les libéralités, Dalloz, Coll. Précis, 3ème éd., Paris 1997.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), Droit civil, Les obligations, 8ème éd., Dalloz, Coll. Précis 2002.

TEYSSIÉ (B),

Droit civil, Les personnes, 8ème éd., Litec, 2003.

Droit du travail, Relations collectives, 3ème éd., Litec, 2002.

VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.), Procédure civile, 27ème éd., Dalloz, Coll. Précis, 2003.

WEISMANN (M.), Copropriété, Statut- gestion-contentieux, 18ème éd., Encyclopédie Delmas, 2004.

II. – OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIES

ALBESSART (A.), L'opposition à partage, thèse Paris 1910.

AUBERT (J.-L.), Notions et rôles de l'offre et l'acceptation dans la formation du contrat, Préf. J. Flour, th. L.G.D.J., Bibl. dr. pr., t. 109, 1970.

BARREAU-SALIOU (C.-T.), Les publicités légales. Informations du public et preuve des actes, L.G.D.J. 1990.

BOCQUILLON (F.), La dérogation en droit du travail, thèse Strasbourg 1999.

BORÉ (L.), La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions judiciaires et administratives, Préf. G. Viney, th. LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 278, 1997.

BRAHIC-LAMBREY (C.), L'injonction, Etude de la dynamique d'un processus, thèse Aix 3, PUAM, 2003

BRENNER (Cl.), L'acte conservatoire, Préf. P. Catala, th. L.G.D.J., Bibl. dr. pr., t. 323, 1999.

BRUNETTI-PONS (Cl.), L'obligation de conservation dans les conventions, Préf. Ph. Malinvaud, PUAM, 2003.

BUSSY-DUNAUD, Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties, th. L.G.D.J. Bibl. dr. pr., t. 201, 1988.

COLIN (N.), Convention et accord collectif de droit social à l'épreuve du temps » L'harmattan, 2000, p.399.

CORBET (L.-A.), Des oppositions à mariage, thèse Paris 1906.

CORNELOUP (S.), La publicité des situations juridiques. Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé, Préf. P. Lagarde, th. L.G.D.J., Bibl. dr. pr., t. 388, 2003.

CUNIBERTI (G.), Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger, Préf. H. Muir-Watt, th. L.G.D.J., Bibl. dr. pr., t. 341, 2000.

DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.), Le tiers à l'acte juridique, Préf. J. Hauser, th L.G.D.J., Bibl. dr. pr., t. 333, 2000.

DEKEUWER-DÈFOSSEZ (F.), « Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps », Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, du groupe de travail présidé par F. Dekeuwer-Défossez, La documentation française, 1999.

DIDIER (PH.), De la représentation en droit privé, Préf. Y. Lequette, th L.G.D.J., Bibl. dr. pr., t. 339, 2000.

DUCLOS, L'opposabilité. Essai d'une théorie générale, Préf. D. Martin, th. L.G.D.J., Bibl. dr. pr., t. 179, 1984 .

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), L'acte unilatéral dans les rapports contractuels, Préf. A. Lyon-Caen, thèse L.G.D.J., Bibl ; dr. pr., t. 254.

FRAYSSINET (J.), Informatique, fichiers et libertés, Litec, 1992.

GAILLARD (E.), Le pouvoir en droit privé, Préf. G. CORNU, Economica, 1985.

GAMDJI (M.), La sécurité du chèque - prévention et répression de l'émission de chèques irréguliers, bilan de la loi du 30 décembre 1991, L'harmattan 1998.

GUERRIERO (M.-A.), L'acte juridique solennel, Préf. J. Vidal, th. L.G.D.J., Bibl. dr. pr., t. 137, 1975.

FRIER(P.-L.), L'urgence, thèse LGDJ, Bibl. dr. pub., t. 150, 1987.

HIEZ (D.), Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel, préf. P. JESTAZ, th. L.G.D.J., Bibl. dr. pr., t. 399, 2003.

JESTAZ (PH.), L'urgence et les principes classiques du droit civil, Préf. P. Raynaud, th. L.G.D.J., Bibl. dr. pr., t. 87, 1968.

LEDUC (F.), L'acte d'administration en droit privé. Nature et fonctions, l'Espace juridique, Ester Editions, 1992.

LE GAC-PECH (S.), La proportionnalité en droit des contrats, Préf. H. Muir-Watt, th. L.G.D.J., Bibl. dr. pr., t. 335, 2000.

LOISEAU (G.), Le nom objet d'un contrat, Préf. J. GHESTIN, thèse LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 274, 1997.

MARTIN DE LA MOUTTE (J.), L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, thèse Toulouse 1949.

MEKKI (M.), L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, Préf. J. GHESTIN, th. L.G.D.J., Bibl. dr. pr., t.. 411, 2004.

MERLAND (L.), Recherche sur le provisoire en droit privé, préf. J. Mestre, PUAM, 2001.

MESSI-ABANDA (R.), L'opposition au paiement du chèque bancaire, Thèse Paris I, 1984.

MIRABAIL (S.), La rétractation en droit français, Préf. J.-P. Marty, th. L.G.D.J., Bibl. dr. pr., t. 284, 1997.

PAGEAUD (P.-A.), Un aspect de la sécurité juridique : l'acte conservatoire comme acte nécessaire, thèse Poitiers 1941.

PALLARD (R.), L'exception de nécessité en droit civil, th. Paris, LGDJ, 1949.

PETIT (F.), La notion de représentation dans les relations collectives de travail, Préf. P. Rodière, th. L.G.D.J. Bibl. dr. pr., t. 291, 2000.

RADÉ (Ch.), Droit du travail et responsabilité civile, Préf. J. HAUSER, th. L.J.D.J., Bibl. dr. pr., t. 282, 1997.

ROUBIER (P.), Droits subjectifs et situations juridiques, Collection philosophie du droit, Dalloz, 1963.

ROUJOU DE BOUBÉE (M.-E.), Essai sur la notion de réparation, thèse LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 135, 1974.

ROULLET (G.) , Du droit d'opposition accordé aux créanciers en matière de partage, thèse Toulouse 1907.

ROLAND (H.), Chose jugée et tierce opposition, thèse Lyon 1958.

SAINT-PAU (J.-C.), L'anonymat et le droit, Thèse Bordeaux 1998, t. 2.

TERCINET (M.-R.), L'acte conservatoire en droit administratif, thèe LGDJ, Bibl. dr. publ., t. & »é, 1979.

VIDAL (J.), Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Dalloz, 1957.

III. ÉTUDES

ATIAS (C.), *Rép. civ. Dalloz*, 2002, V. Copropriété des immeubles bâtis.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), *J.-Cl. Civil*, 2002, Successions. Paiements des dettes et créanciers opposants, art. 882, Fasc 180.

CABRILLAC (M.), *Rép. com. Dalloz*, 2004, V. Chèque.

CADIET (L.) et LE TOURNEAU (P.), *Rép. civ. Dalloz*, 2002, V. Abus de droit,

CHEVALIER (P.)
J.-Cl. Procédure civile, Parties à l'instance, 2002, Fasc. 105.

COQUELET (M.-L.), *J.-Cl. Sociétés*, 2000, Fasc 159-10, Réduction du capital,

DERRUPPÉ (J.), *Rép. com. Dallloz*, 1998, V. Fonds de commerce.

DESDEVISES (Y.),

J.-Cl. Proc. Civ., 2002, Jugements par défaut stricto sensu, opposition conditions, délais, formes, Fasc. 546.
J.-Cl. Proc. Civ., 2002, Jugements par défaut stricto sensu, opposition, effets, Fasc. 548.

FRICERO (N.), *Rép. proc. civ. Dalloz*, 1995, V. Tierce opposition.

FROSSARD (J.), *J.-Cl. Travail*, 1997, Syndicats professionnels, Fasc. 12-20.

GIBIRILA (D.), *Rép. com. Dalloz*, 2003, V. Carte de paiement.

GORÉ (M.), *J.-Cl. Civil*, 1999, Bénéfice d'inventaire, art. 802-810.

HAUSER (J.) ET LEMOULAND (J.-J.), *Rép. dr. civ. Dalloz*, 2004, V. Ordre public et bonnes mœurs.

HUGOT (J.), *J. –Cl. Notarial Formulaire*, 1998, Fonds de commerce, Opposition sur le prix, Fasc. 190.

GASSIN (R.), *Rép. Pén. Dalloz*, 1987, V. Informatique et libertés.

ISSA-SAYEGH (J.), *J.-Cl. commercial*, refondu par T. MASSART 2000, Cession amaible du fonds de commerce, Fasc. 3000.

JEANTIN (M.*),*
J.-Cl. Sociétés, 1998, Fusions. Apport Partiel d'actif, Fasc. 164-10.

J.-Cl. Sociétés, 1998, Fusions-Scissions, Effets sur les actionnaires et les créanciers sociaux, Fasc. 164-E.

JULIEN (P.), *Rép. proc. civ. Dalloz*, 1999, V. Opposition.

LAFOND (J.) *J.-Cl., Notarial*, 1995, Fasc. 222, Vente d'un lot de copropriété, Formalités postérieures.

LAMARCHE (M.) ET LEMOULAND (J.J.), *Rép. dr. civ. Dalloz*, 2000, V. Mariage.

LAMBOLEY (A.), *J.-Cl. civil*, 1998, Mariage. Oppositions., art. 172 à 179, Fasc. 90.

MARTIN (R.), *J.- Cl. Procédure civile*, 1995, Fasc. 738, Tierce opposition.

MAS (D.), *Rép. com. Dalloz*, 2003, V. Injonction de payer.

MIGUET (J.), *J. Cl. Procédure civile*, 1997, Injonction de payer, Fasc. 990.

MEYER (X.), *J.-Cl. Notarial Formulaire*, 1997, V. Bénéfice d'inventaire, Fasc. 20.

PANSIER (J.), *Rép. civ. Dalloz*, 2004, V. Délai.

PONSARD (A) et LAROCHE-GISSEROT (F.), *Rép. Civ. Dalloz*, 1997, V. Nom-Prénom.

RAVANAS (J.), *J- Cl. Notarial Répertoire*, 1999, Vie privée, Fasc. 20.

SÉRIAUX, *Rép. civ. Dalloz*, 1997, V. Patrimoine.

SCHÜTZ (R.), *Rép. civ. Dalloz*, 1999, V. Inaliénabilité.

STRASSER (P.), *J.-Cl. civil*, 1991, V. Contrats et obligations. Force probante de la date d'un acte de sous seing privé, Date certaine, art. 1328, Fasc. 142.

THRIERR (A.)*, J. Cl. Marques*, 1994, Acquisition du droit sur la marque, Fasc. 7200.

THRIERR (A.), *J.- Cl. Marques*, 2001, Enregistrement de la marque, Fasc. 7210.

IV. ARTICLES, CHRONIQUES

ADAM (G.), « La négociation collective en France », *Dr. soc.* 1978, p. 833-835.

AGOSTINI (E.)

« Le mariage homosexuel ? Peut-être jamais, peut être demain ; mais pas aujourd'hui c'est certain ! Carmen Acte I, scène II », *D.* 2004, p. 2392-2395.

« La protection du nom patronymique et la nature du droit au nom », *D.* 1973, p. 313-318.

ANTONMATTEI (P.H.),

« Loi Fillon IV : évolution ou révolution ! », *LPA* 2004, n° 97, p. 12-13.

« Négociation collective : brève contribution au débat sur la réforme », *Dr. soc.* 2003, p. 87-91.

ARSEGUEL (A.), « Réflexions sur la théorie de la représentation syndicale », *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, PUSS Toulouse, 2002, p. 401-427.

ATIAS (CH.), « L'avis d'adjudication d'un lot de copropriété », *D.* 1988, chron. p. 47-50.

AUBRY (H.), « Réflexions sur le chèque remis en garantie », *Dalloz aff.* 2000, chron. p. 555-562.

BAILLOD (R.), « A propos des clauses réputées non-écrites », *Mélanges dédiés à L. BOYER*, PUSS, 1996, p. 15-38.

BARRÈRE (J.), La rétractation du juge civil, *Mélanges P. HEBRAUD,* Dalloz, 1981, p. 1-15

BARTHÉLÉMY (J.),

« Horaires individualisés et accord collectif », *Dr. soc.* 2001, p. 720-722.

« L'aménagement conventionnel de l'organisation et de la durée du travail », *Dr. soc*. 1994, p. 156.

« Le référendum en droit social », *Dr. soc.* 1993, p. 89-96.

« La procédure de veto de l'article L. 132-26 du Code du travail », *Bulletin du travail* 1990, p. 1-3.

BELTZ, « Les différences de la procédure d'injonction de payer en droit allemand et en droit français », *LPA* 6 mars 1992, n°29, p. 11-12.

BÉRAUD (R.), « L'indisponibilité juridique », *D.* 1952, chron., p. 187-190.

BERCHON (P.) « La mainlevée par le juge des référés de l'opposition du tireur au paiement du chèque », *RJ com*. 1988, p. 325-344.

BIASCA (P.), « Fusions, scissions de sociétés et droits des tiers », *Gaz. Pal*. 1969, I, doct. p. 86-88.

BIDEGARAY (C.) et EMERI (Cl.), « Du pouvoir d'empêcher : veto ou contre pouvoir », *Revue de droit public* 1999, p. 325-351.

BOCQUILLON (F.), « Vraies-fausses idées sur les rapports entre la dérogation et la hiérarchie des normes (l'exemple du droit du travail) », *Études dédiées à la mémoire de P. ORTSCHEIDT*, PUS 2003, p. 25-43.

BOLARD (G.), « Les juges et les droits de la défense »*, Etudes offertes à P. BELLET*, Litec, 1991, p. 49-63.

BORENFREUND (G.),

« La négociation collective dans les entreprises dépourvues de délégués syndicaux », *Dr. soc*. 2004, p. 606-619.

« L'idée majoritaire dans la négociation collective », », *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, PUSS Toulouse, 2002, p. 429-444.

« Propos sur la représentativité syndicale », *Dr. soc.* 1998, p. 476-488.

« Pouvoir de représentation et négociation collective » *Dr. soc*. 1997, p. 1006-1014.

« La représentation des salariés et l'idée de représentation » *Dr. soc*. 1991, p. 685-695.

BOUILHOL, « La loi du 31 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement », Banque 1992, p. 668-672.

BOURDILLAT (J.-J.), « Nullité de l'avis à un tiers détenteur de l'article 3 de la loi du 17 mars 1909 », *JCP N* 1998 p. 361-363.

BOYER (A.), « La gestion de la vente amiable d'un lot en copropriété », *Administrer*, n°311, 1999, p. 23-28

BOYER (L.), « Les effets des jugements à l'égard des tiers », *RTD civ.* 1951, p. 163-207.

BRENNER (Cl.), « L'organisation des paiements dans les successions acceptées sous bénéfice d'inventaire : du vin vieux dans de vieilles outres », *D.* 2002, chron., p. 1769-1773.

BUSSY (F.), « La notion de partie à l'instance en procédure civile », *D.* 2003 chron. p. 1376-1379.

CABRILLAC (M.),

« Variations nouvelles sur des airs anciens ou les délits de retraits et de blocage de la provision après 1991 », *Mélanges en l'honneur du Professeur J. LARGUIER*, Droit pénal, Procédure pénale, P.U.G. 1993, p. 57-66.

CHALARON (Y.), « Les syndicats non signataires d'un accord d'entreprise », *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, PUSS Toulouse, 2002, p. 477-496.

CATALA (P.), « La transformation du patrimoine en droit civil moderne », *RTD civ.* 1966, p. 185-215.

CHAPUT, « La loi n° 91-1383 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement, *D.* 1992, chron., p. 107.

CHAVANNE (A.), « L'opposition dans la procédure du dépôt de la marque », *Mélanges en hommage à André BRETON et Fernand DERRIDA, Dalloz*, 1991, p. 41-48.

CHOLET (D.),

« La définition de l'utilisation frauduleuse du chèque après les arrêts récents de la Cour de cassation », *RD bancaire et fin.* 2001, p. 178-182.

« La distinction des parties et des tiers appliquée aux associés », *D.* 2004, chron., p. 1147-1153.

COHEN (M),

« Les nouvelles attributions des comités d'entreprise depuis la loi de modernisations sociale, » *Dr. soc.* 2002, p. 298-303.

« Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats », *Dr. soc.* 1990, p. 790-793.

COIN (G.), « Politique contractuelle : l'accord interprofessionnel du 31 octobre 1995 », *Dr. soc.* 1996, p. 3-10.

CORPART- OULERICH (I.), « De l'intention matrimoniale où le mariage était blanc », *Gaz. Pal*. 1993, 2, doct., p. 1257.

COTTEREAU (V.), « La clause réputée non écrite », *JCP G* 1993, I, 3691, 315-321.

COUTURIER (G.),

« Le choix de la procéduralisation conventionnelle », *Semaine sociale Lamy* 2004, supplément n°1152, p. 6.

« Les finalités et les sanctions du formalisme », Colloque J. FLOUR, Association H. CAPITANT, *Defrénois* 2000, p. 880-896.

« L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *Etudes offertes à J. FLOUR*, Defrenois 1979, p. 95-107.

DAIGRE (J.J.),
« La dissolution d'une filiale à 100% est une fusion », *JCP G* I 1993, 3638.

DÉCAMPS (J.), « Le ministère public gardien des libertés des personnes et de la famille », *Dr. famille*, juin 2000, p. 7-12.

DELEUZE (N.), « Le renforcement des droits du porteur face aux risques liés à l'utilisation de la carte de crédit », *RJ com*. 2002, p. 265-271.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.) et VAUVILLÉ (F.), « Le droit de la famille face à la fraude à l'insertion familiale », in le droit de la famille à l'épreuve des migration transnationales, LGDJ 1993, p. 83-99.

DESPAX (M),

« Observations sur la représentativité des organisations syndicales au regard du droit des conventions collectives », *Dr. soc.* 1979, p. 259-267.

FABRE-MAGNAN (M.), L'obligation de motivation en droits des contrats », *Mélanges offerts à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 301-330.

FORTIS (E.) et REYGROBELLET (A.), « L'absence d'un système cohérent de publicité légales », in Publicité légales et information dans les affaires, sous la direction A. SAYAG, Litec 1992, p. 53.

JESTAZ (Ph.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1987, chron., p.197-204.

GAMDJI (M.), « De l'opposition au paiement par chèque », *Banque et droit* 1996, n° 48, p. 20-24.

GARÉ (T.), « Le mariage simulé », in Chronique Droit de la famille, *JCP G* 1992, I, 3547, n°1.

GAURIAU (B.),

« Le référendum et les accords Aubry II », *Dr. soc.* 2000, p. 311-317.

« Le référendum, un préalable nécessaire ? », *Dr. soc*. 1998, p. 338-346.

GAVALDA (C.) ET STOUFFLET (J.), La mise en œuvre de la loi du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des « cartes de paiement », *Revue de droit bancaire et de la bourse* 1992, n°34, p. 228-231.

GELINET (M.), « L'opposition de l'article 20 de la loi du 10 juillet 1965 », Etudes et commentaires, *Administrer* 1992, p.35-39.

GERVAIS (A.), « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in Théorie générale du droit et du droit transitoire, *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, tome I, 1961, p. 241-252.

GIVERDON (Cl.), « L'efficacité du privilège immobilier spécial du syndicat des copropriétaires est-elle compromise ? », *Loyers et copropriété* 2003, chron. 1, p. 4-6.

GRIMALDI D'ESDRA (J.), « Nature et régime juridique du référendum en droit social », *Dr. soc.* 1994, p. 397-411.

HOUIN (R.), « Les incapacités », *RTD civ.* 1947, p. 383-405.

HOFMAN (P.), « Les lois Auroux : un droit qui encadrera ou qui stimulera », *Dr. soc.* 1982, p. 273-277.

VER HULST (C.-C.), « La compétence d'attribution du président du T.G.I. en matière de mainlevée d'opposition au paiement du prix dans les ventes de fonds de commerce », *LPA* 7 mars 2001, n° 47, p. 5-8.

JAVILLIER (J.-C.), « Ordre juridique, relations professionnelles et flexibilité. Approches comparatives et internationales », *Dr. soc*. 1994, p. 156.

JEANTIN (M.), « La transmission universelle d'une société, les activités et les biens de l'entreprise », *Mélanges offerts à Jean DERUPPÉ*, Litec 1991, p. 287-299.

KAYSER (P.), « Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile, *Mélanges R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 408.

KOUBI (G.), Noms de consonance étrangère et francisation du nom patronymique, *LPA* 1989, n° 83, p. 29-33.

KULLMAN (J.), « Remarques sur les clauses réputées non-écrites », *D.* 1993, chron. p. 60-66.

LAFOND (J.), « Les oppositions par lettre reçues par les notaires », *JCP N* 1997, I, p. 197.

« Du nouveau en matière de mutation de lots de copropriété », *JCP N* 1995, prat. p. 471-475.

LAGARDE (X.),

« Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G*, I, 170, p. 1767-1775.

« La motivation des actes juridiques », *in la motivation*, Travaux de l'association H. CAPITANT, 1998, LGDJ, 2000 p. 74.

LAROCHE-GISSEROT (F.), « Le crépuscule des mariages naturalisants : lois du 22 juillet, 24 août et 30 décembre 1993 », *Gaz. Pal*. 1994, 2, doctr. p. 629.

LE BARS (Th.), « La computation des délais de prescription et de procédure », *JCP G* 2000, I, 258, p. 1747-1750.

LEBATTEUX (P.), « Le recouvrement des charges de copropriété après l'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 21 juillet 1994 sur la copropriété » , *Administrer avril* 1995, p.4-15.

LE MAZIER (J.-P.), La protection des tiers dans la vente du fonds de commerce » Rapport de la 4ème commission au 86ème congrès des notaires de France, Lille 20-23 mai 1990, *JCP N*, 1990, prat., p. 107.

LEMOULAND (J.J.), « A propos de l'article 175-2 du Code Civil », *LPA* 1994, n°105.

LORVELLEC (L.), « Remarques sur le provisoire en droit Privé », *Etudes dédiées à A. WEILL*, Dalloz-Litec 1983, p. 385-403.

LUCAS DE LEYSSAC (Cl.), « Le cas d'opposition au paiement d'une opération-carte », Perspectives de droit économique, *Dialogues avec M. JEANTIN*, Dalloz 1999, p. 329-339.

LYON-CAEN (G.), « Pour une réforme enfin claire et imaginative du droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 2003, p. 355-360.

MAS (D.), « Les voies de recours en matière d'injonction de payer », *Rev. des huissiers* 1997, p. 801-807.

MAZEAUD (A.), « Sur l'autonomie collective des partenaires sociaux depuis la Position commune du 16 juillet 2001 », *Dr. soc.* 2003, p. 361-364.

MIRBEAU-GAUVIN (J.-P.), « Réflexions sur les mesures conservatoires », *D.* 1989, p. 39-43.

MOLFESSIS (N.), « La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel », *JCP G* 2000, I, 210.

MOLTUSKY (H.), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense », *Mélanges en l'honneur de P. ROUBIER*, t. 2, Dalloz, 1961, p. 175-200.

MOREL (R.L.), Des droits des créanciers chirographaires en cas d'aliénation d'un fonds de commerce, *Annales de droit commercial*, 1912, p. 103-129 et p. 177-195.

MORIN (M.-L.),

« Principe majoritaire et négociation collective : un regard sur le droit comparé », *Dr. soc.* 2000, p. 1080-1090.

« La signature des accords collectifs. A propos de la réforme de la procédure de révision », *RJS* 1993, p. 74-86.

« Des titulaires du droit à la négociation collective », *Dr. soc.* 1988, p. 24-32.

MURAT (P.), « Le renforcement légal et jurisprudentiel de l'ordre public matrimonial », in Chronique Droit de la famille, *JCP G* 1994, I, 3729, n°4.

NADAL (S.), « Contribution à l'étude de l'extension des conventions collectives de travail », *Dr. ouvrier* 2002, p. 423-435.

PASCRÉ (R.), « La négociation collective après la loi du 13 novembre 1982 », *Dr. ouvrier* 1983, p. 39-57.

PÉLISSIER (J.),

« Droit des conventions collectives, Evolution ou transformation », *Mélanges en l'honneur de J. M. VERDIER*, *in Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du 21ème siècle*, Dalloz 2001, p. 95-111.

PELTIER (V.), « Contribution à l'étude de la notion d'inexistence en droit privé », *RRJ* 2000-3, p. 937-976.

PERROT (R.), « Du provisoire au définitif », *Mélanges offerts P. DRAI*, Dalloz, 2000, p. 447-461.

PIGNARRE (G.), « Licenciements privés d'effets en cas de transfert d'entreprise. La revanche du droit des contrats, Réflexions suscitées par l'arrêt Maldonado », *Dr. soc*. 2003, p. 14-20.

RADÉ (Ch.),

« Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social », *RDC* 2004, p. 1001-1007.

« Liberté, égalité, responsabilité », *Les cahiers du conseil constitutionnel*, n° 16, 2004, p. 111-122.

« L'ordre public social et la renonciation du salarié », *Dr. soc*. 2002, p. 931-938.

« Le principe de responsabilité personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *LPA* n° 108 du 8 sept. 1995, p. 4-8.

RALSER (E.), « La maladie du mariage blanc », *Dr. de la famille* 2004, chron. n° 4, p. 6-10.

RAY (J- E.),

« Les curieux accords dits majoritaires » : *Dr. soc*. 2004, p. 590-598.

« La négociation d'entreprise : quel avenir ? », », *Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, PUSS Toulouse, 2002, p. 445-475.

REMY (P.), « Représentation dans la négociation collective : les limites du principe majoritaire », *Dr. ouvrier* 1999, p. 1014.

REMERY (J.P.), L'institution d'une nouvelle procédure de distribution des deniers en dehors de toute procédure d'exécution, *D.* 1997, chron. p. 75-78.

REVET (Th.), « L'ordre public dans les relations du travail », *in L'ordre public à la fin du XX*ème *siècle*, Dalloz 1996, p. 43-62.

RIEG (A.), « Les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », Travaux de l'association H. CAPITANT, t. 20, Journées Suisses 1968, Dalloz 1972, p. 43- 57.

SAMARITO (F.), « A la recherche d'une majorité dans la négociation collective », *Dr. ouvrier* 2000, p. 428-441.

SANDER (E.), » Privilège du syndicat des copropriétaires et régime hypothécaire », *JCP N* 1998, p. 1525-1528.

SAVATIER (J.), « Les transformations de la fonction représentative des syndicats », *Mélanges G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 1990.

SAVATIER (R.), « L'ordre public économique », *D.* 1963, p. 37-44.

SÉGUR (L.), « L'inexistence en procédure civile », *JCP 1968*, I, 2129.

SIZAIRE (D.), » Le privilège de la loi du 21 juillet 1994 », *Administrer* 1996, n° 276, p. 42-48.

SOUBIÉ (R.), « Les accords donnant-donnant », *Dr. soc.* 1985, p. 614-619.

SOULIER (P.), « Les révisions des conventions et des accords collectifs de l'inopposabilité à l'opposition », *Etudes offertes à J. BARTHÉLÉMY*, *Revue Travail et Sécurité sociale*, 1994, hors-série, p. 17.

SOURIAC, (M.-A.)

« L'articulation des niveaux de négociation » *Dr. soc*. 2004, p. 579-589.

« Engagements et arrangements sur l'emploi : quelle efficacité », Dr. soc. 1997, p. 1061.

SOURIAC (M.A.) et BORENFREUD (G.), « La négociation collective entre illusions et désillusions », *Mélanges en l'honneur de J. M. VERDIER*, Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du 21ème siècle », Dalloz 2001, p.181-223.

SUPIOT (A.),

« La protection du droit d'agir en justice », *Dr. soc.* 1985, p. 774-780.

« Les syndicats et la négociation collective », *Dr. soc.* 1983, p. 63-73.

TEYSSIÉ (B.),

« Négociation d'accords collectifs par des représentants du personnel ou des salariés mandatés », *D.* 2004, p. 2383-2391.

« La négociation des conventions et accords collectifs après la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 », *D.* 2004 chron. p. 2060-2068.

THIBAUT (F.), « Le nom patronymique et l'attitude de l'Etat français à l'égard des changements de noms », *RRJ* 1989, p. 18-58.

TCHOTOURIAN (Y.), « Paiement par carte bancaire : falsifications de l'ordre et conséquences de l'absence d'une confirmation de l'opposition », *RJDA* 8-9/02, chron., p. 715-719.

VACHET (G.), « La réforme de la négociation collective », *JCP E* 2004, 1245, p. 1332-1338.

VASSEUR (M.),
« Le banquier est –il en droit de payer un chèque frappé d'opposition par le titreur pour un motif autre que ceux prévus par la loi ? », *JCP G.* 1992, 3598.

« Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure », *RTD civ.* 1950, p. 439-472.

- VEAUX (D.),

« Les surprises de la tierce opposition, La terre, la famille et le juge », *Etudes offertes à H.-D. COSNARD*, *Ed. Economica* 1990, p. 409-440.

« La représentation mutuelle des coobligés », *Etudes dédiées à A. WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 547-567.

VERDIER (M.)
« Les réformes et le droit syndical », *Dr. soc.* 1982, p. 291-298.

« Réalité, authenticité et représentativité syndicale », *Études de droit du travail offertes à A. BRUN*, Dalloz, 1974, p. 571-588

VIATTE (J.), « L'exécution provisoire nonobstant opposition », *Gaz. Pal.* 1997, doct. p.213.

WAGNER (A.), « Le rôle des syndicats et des associations dans la défense des droits et l'accès à la justice des salariés », *Dr. ouvrier* 1990, p. 291-295.

WEIL (P.), « La nouvelle injonction de payer », *Gaz. Pal*. 1981, 2, p. 484-488.

WIEDERKEHR (G.),

« Droits de la défense et procédure civile », *D.* 1978, p. 36-38.

« La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile », *D.* 1984, chron., p. 165-168.

V. COMMENTAIRES, CONCLUSIONS, NOTES ET OBSERVATIONS

Cartes de paiement

- Cass. com., 23 juin 2004 : *D.* 2004, jurisp., p. 1972, NDLR.

- Cass. com., 26 mars 20002 : *RJDA* 2002, chron., p. 715, Y. TCHOTOURIAN.

- Cass. com. 1er mars 1994 : *JCP E* 1994, p. 581, note C. GAVALDA.

- Recomm. CE 97/489/CE du 30 juillet 1997 : *JOCE* L 208 2 août 1997.

Chèques

- Cass. com, 8 oct. 2002 : *D.* 2002, act. jurisp., p. 2940, note V. AVENA-ROBARDET ; *JCP E* 2003, p. 222, note D. CHOLET.

- Cass. com., 24 oct. 2000 : *RTD com*. 2001, p. 195-196 obs. M. CABRILLAC ; *JCP E* 2001, 1096-1098, note D. CHOLET.

- CA Bastia, 13 décembre 1999 : *Banque et droit* 2000, n°73, obs. J.-L. GUILLOT.

- Cass. com. 17 novembre 1998 : *RTD com.* 1999, p. 165, obs. M. CABRILLAC.

- Cass. com. 26 mars 1996, *RTD. com*. 1996, p. 502, obs. M. CABRILLAC.

-CA Aix en Provence, 18 juin 1994 : *D.* 1986 IR, p. 326, obs. M. VASSEUR.

- CA Paris, 27 mai 1994 : *RTD. com*. 1994, p. 531 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

- CA Orléans, 2 fév. 1994 : *D.* 1998, jurisp., p. 37-39, note C. LUCAS DE LEYSSAC.

- CA Paris, 8 décembre 1993 : *RJC* 1994, n° 1393, p. 113, note L.R ; *RTD. Com*. 1994, p. 324, n° 2, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

- Cass. com. 22 juin 1993 : *D.* 1993, som. p. 315, obs. M. CABRILLAC.

- Cass. com., 12 janvier 1993 : *JCP E* 1993, II, p. 425 obs. M. CABRILLAC.

- TGI Paris, 28 décembre 1992 : *D.* 1993, somm. p. 315, obs. M. CABRILLAC.

- TGI Paris, 26 avril 1993 : *D.* 1994, jurisp., p. 227-228, note A.-M. ROMANI.

- Cass. com., 16 juill. 1985 : *D.* 1986, p. 393, note J.L. AUBERT, *D.* 1986, IR p. 313, obs. M. VASSEUR, *RTD civ.* 1986, p. 110, obs, J. MESTRE, *RTD com.* 1986, p. 123 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

- Cass. com., 31 janvier 1984 : *D.* 1985 IR p. 81, obs. M. CABRILLAC ; *RTD com.* 1984, p. 698 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

- Cass. crim., 13 avril 1983 : *RTD com.* 1983, p. 439, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

- Cass. com., 27 avr. 1982 : *RTD com*. 1982, p. 589, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

- Cass. com., 9 février1982, *RTD. Com*. 1982, p. 590 obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

- CA Pau, 6 mars 1981 : *D.* 1982, IR p. 172, obs. M. CABRILLAC

- Cass. com., 9 février 1981 : *D.* 1981, IR, p. 303, obs. M. CABRILLAC.

- Cass. crim., 22 juillet 1980 : *JCP G* 1980, 9211, obs. C.-J. BERR et G. VIGNAL.

- Cass. com., 10 juin 1980 : *RTD com.* 1981, p. 110, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGES.

- Cass. com., 26 juin 1979 : *D*. 1980, IR, p. 134, obs M. CABRILLAC.

- Cass. crim., 3 avril 1979 : *D.* 1979 IR p. 525 obs. M. PUECH.

- Cass. com., 26 juin 1979 : *D.* 1980 IR, p. 134 obs. M. CABRILLAC.

- TGI. Dunkerque, 20 octobre 1977 : *D.* 1978 IR p. 81, obs. M. CABRILLAC.

- Cass. com. 20 juin 1977 : *RTD. com*. 1977 ; *D.* 1978, jurisp., p. 398, note C. GAVALDA ; *JCP* 1978, II, 18808, note J. VEZIAN.

- Cass. com., 21 novembre 1972 : *D.* 1973, p. 265-272, note M. VASSEUR ; *RTD com.* 1973, p. 119, obs. M. CABRILLAC et J. L. RIVES-LANGES.

Copropriété

- Cass. 3ème civ., 15 mai 2002 : *Defrenois* 2003, art. 37691, obs. P. THERY.

- CA Paris, 2 octobre 2000 : *Gaz. Pal.* 2001, jurisp., p.10-15, note F.-J. PANSIER.

- Cass. 3ème civ., 18 décembre 1996 : *JCP N* 1997, II, 22859, note DJIGO.

- CA Paris, 10 oct. 2000 : *Gaz. Pal*. 2000, note F-J. PANSIER.

- CA Paris, 15 janvier 1997 : *Procédures* Décembre 2000, Hors-série, n° 312, obs. H. CROZE

- Cass. avis, 16 juin 1995 : *Procédures* Décembre 2000, Hors-série, n° 311, obs. H. CROZE.

- CA Versailles, 2 fév. 1984 : *D.* 1985, IR, p. 425, obs. Cl. GIVERDON ; *Administrer* juin 1984, p. 35, comm. J. LOT.

- CA Paris, 12 octobre 1983 : *RTD civ.* 1984, p. 128, note Cl. GIVERDON.

- Cass. 3ème civ., 14 avril 1982 : *D.* 1982 IR p.433 obs. Cl. GIVERDON.

- Cass. 3ème civ., 19 fév. 1976 : *JCP G* 1976, II, 18508 note E. J. GUILLOT.

Fonds de commerce

- Cass. com., 6 mai 2002 : *RTD com*. 2002, p. 652, obs. B. SAINTOURENS.

- Cass. com, 6 juillet 2000 : *D.* 2000, J, p. 371, obs. A-L.MONÉGER-DUPUIS ; *RTD com*. 2000 p. 850, obs. J. DERRUPPÉ.

- Cass. 2ème civ., 16 mars 2000 : *RTD com*.2000 p. 589, obs. J. DERRUPPÉ.
.
- CE, 28 nov. 19997 : *JCP N* 1998, p. 177, note J.-J. BOURDILLAT.

- Cass. com., 16 janvier 1996 : *RTD com.* 1996, p.239, obs. J. DERRUPPÉ.

- Cass. com., 1er mars 1994 : *Defrénois* 1994, p. 118, obs. D. MAZEAUD.

- CA Paris, 16 mai 1990 : *RTD Com.* 1990, p.376, obs. J. DERRUPPÉ.

- Cass. 2ème civ., 12 mai 1986 : *RTD civ*. 1986, p. 395, obs. J. DERRUPPÉ ; *JCP N* 1987, IV, J. LAFOND.

- Cass. com., 1er juin 1981 : *D.* 1981, p. 654, note J-P. MARTY.

- Cass. com., 24 février 1981 : *RTD com.* 1981, p. 720, obs. J. DERRUPPÉ.

- Cass. civ., 20 juin 1979 : *RTD com*. 1979, p. 709, n° 22, obs. J. DERRUPPÉ.

- Cass. 2ème civ., 10 février 1997 : *RTD com*. 1977, p. 489, obs. J. DERRUPPÉ.

- CA Paris, 26 mars 1966 : *RTD com* 1967, p. 131, obs. A. JAUFFRET.

- Cass. com., 5 avril 1965 : *JCP G.* 1965, II, n°142316, note A. JAUFFRET.

- CA Poitiers, 27 mars 1962 : *RTD Com* 1964, p. 638, obs. A. JAUFFRET.

- CA Paris, 5 nov. 1957 : *RTD com*. 1958, p. 69, obs. A. JAUFFRET.

- Trib. Civ. Seine, 19 juin 1957 : *RTD civ.* 1858, obs. P. HÉBRAUD et P. RAYNAUD.

- Cass. com., 9 mai 1956 : *JCP* 1956, II, 9461, note E. M.

- Cass. com., 29 juin 1954 : *JCP* 1954, 8278, note A. C.

- Cass. civ., 28 février 1933 : *S.* 1935, I, p. 57, note P. HÉBRAUD.

- Cass. civ., 5 juillet 1932 : *D.P.* 1933, p.165, note M. NAST.

- CA Paris, 5 mai 1924 : *DP* 1927, II, p. 65, note A. CHÉRON.

Injonction de payer

- Cass. avis, 16 septembre 2002 : *RTD civ.* 2003, p. 142, obs. R. PERROT.

- Cass. civ., 1er juillet 1992 : *JCP G* 1992, IV, 2533 p. 427.

- Cass. 2ème civ., 13 juin 1990 : *RTD civ.* 1992, p. 648, obs. R. PERROT.

- Cass. 2ème civ., 14 janvier 1987 : *RTD civ.* 1987, p. 411, note R. PERROT.

- Cass. civ. 13 février 1980 : *RTD civ.* 1981, p. 223, note R. PERROT.

- Cass. com., 5 décembre 1978 : RTD civ. 1979, p. 444, obs. R. PERROT.

- Cass. com., 22 fév. 1977 : *D.* 1977, IR, p. 230, obs. P. JULIEN.

- Cass. 2ème civ., 8 mars 1973 : *JCP* 1973, IV, note A. JAUFFRET.

Mariage

- TGI Bordeaux, 27 juill 2004 : *D.* 2004, jurisp., p. 2392-2395, note E. AGOSTINI.

- TA Bordeaux, 9 juill. 2004 : *Dr. de la famille* 2004, n° 138 note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

- CA Paris, 29 avril 2003 : *D.* 2003, p. 1938, note J.- J. LEMOULAND.

- CA Paris, 23 avril 2002 : *D.* 2003, jurisp., 2716-2717, note J.- J. LEMOULAND.

- CA Paris, 14 mars 2003 : *D.* 2003 somm. p. 1937, obs. J.-J. LEMOULAND ; *RTD civ.* 2003 obs. J. HAUSER ; *Dr. de la famille* 2004, n°46 note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

- TGI Paris, ord., 5 juill. 2002 : *Dr. de la famille* 2002, n°138, obs. H. LÉCUYER.

- Cons. Const., 9 nov. 1999, déc. n°99-419DC : *JCP G* 2000, I, 280, obs. G. VINEY (PACS).

- CA Rennes, 25 octobre 1999 : *Droit de la famille* 2000, p. 13, n° 71 com. H. LÉCUYER.

- CA Paris, 13 nov. 1998 : *RTD civ.* 1999, p. 363, obs. J. HAUSER.

- CA Limoges, 19 décembre 1996 : *Droit de la famille* 1997, n° 95 comm. H. LÉCUYER.

- CA Aix-en-Provence, 22 novembre 1993 : *RTD civ.* 1994, p. 325, note J. HAUSER.

- CA Versailles, 15 juin 1990 : *D.* 1991, p. 682 et *RTD. civ*. 1991, p. 297 note J. HAUSER ; *JCP G* 1991, II, 21759, note F. LAROCHE-GISSEROT.

- CA Paris, 17 février1984 : *D.* 1984, p. 350, note M.-L. RASSAT ; *RTD civ.* 1985, p. 135, J. RUBELLIN-DEVICHI.

- TGI 13 déc. 1983 : *D.* 1984, jurisp., p. 350, note M.-L. RASSAT ; *RTD civ.* 1985, p. 135, J. RUBELLIN DEVICHI.

- TI Fougères 21 novembre 1962 : *RTD civ*. 1963 p. 696, obs. H. DESBOIS.

Marques et Nom

- CA Paris, 31 oct. 2001 : *D.* 2003 somm., p. 127, obs. DURRANDE (marque).

- CA Paris, 15 déc. 2000 : *D.* 2002 somm., p. 1135, obs. DURRANDE (marque).

- CE, 19 avril 2000 : *RTD civ.* 2000, p. 541, obs. crit. J. HAUSER (nom).

- CE, 20 décembre 1993 : RTD. Civ. 1994, p. 321, obs. J. HAUSER (nom).

- CE, 9 déc. 1983 : *D.* 1984, p. 154, note B. GENEVOIS (nom).

- CE, 9 juin 1978 : *AJDA* 1978, doct., p. 554, note O. DUTHEILLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU (nom).

- CE, 13 mars 1953 : *S.* 1953, III, p. 49, concl. DEVOLVÈ (nom).

Opposition à un jugement rendu par défaut

- Cass. 2ème civ., 5 fév. 1997 : *D.* 1999, note S. DENOIX DE SAINT MARC.

- Cass. avis, 8 mars 1996 : *D.* 1996, p. 360, somm. P. JULIEN ; *RTD civ*. 1996, p. 714, obs. R. PERROT.

- Cass. 2ème civ., 10 janvier 1990 : *Rev. des huissiers* 1991, p. 511, note J.-P. FAGET.

- CA Aix, 5 juillet 1984 : *Gaz. Pal*. 1985, I, p. 399 note C. DUREUIL ; *RTD Civ*. 1985, p. 619, obs. R. PERROT.

- Cass. civ., 4 août 1913 : DP 1917, I, p. 121, note Ch. CESAR-BRU.

Opposition à une injonction de payer

- Cass. 2ème civ. 1999 : *Procédures* 1999, comm. 90, R. PERROT.

- Cass. 2ème civ., 14 janvier 1987 : *RTD civ.* 1987, p. 411, obs. R. PERROT.

- Cass. 2ème civ., 13 nov. 1974 : *Gaz. Pal*. 1975, p. 139 ; *RTD civ.* 1975, obs. R. PERROT.

- Cass. civ., 4 août 1913 : *DP* 1917, I, P. 121, note Ch. CÉSAR-BRU.

Opposition des syndicats majoritaires

- CE, 5 nov.2004 : *Dr. soc.* 2004, p. 1098, concl. J.-H. STAHL.

- Cass. soc., 24 mai 2004 : *Sem. Soc. Lamy* 1er juin 2004, rapport M.-L. MORIN ; *Lexbase* n° N1796AB7 com. Ch. RADÉ.

-TPICE, 17 juin 1998 : *Dr soc*. 1999, p. 53, note M.-A. MOREAU.

- Cass. soc, 10 juill. 2002 : *Sem. Soc. Lamy 2002*, n° 1084, p. 7-11, concl. J.-Y. FROUIN.

- Cass. soc. 12 juillet 1999 : *Dr. ouvrier* 1999, p. 461-463, note A. LÉVY.

- Cass. soc. 18 novembre 1998 : *Dr. soc*. 1999, p. 104-105, obs. J. BARTHÉLÉMY ; *RJS* 1999, p. 3, chron. C. BARBEROT ; *JCP G* 1999, II, 10185, note L. BOUTITIE.

- CA Paris, 22 septembre 1998 : *Dr. ouvrier* 1998, p. 549-554, note A. LÉVY.

- CA Colmar, 23 novembre 1992 : *Action juridique CFDT* 1993, n° 101.

- CA Chambéry, 11 avril 1989 : *Dr. ouvrier*, p. 408-409, P. DARVES-BORNOZ.

- TGI Belley, 20 juin 1988 : *Dr. ouvrier* 1989, p. 141-144, note R. PASCRÉ.

Partage

- Cass. 1re civ., 5 novembre 1991 : *RTD civ*. 1992, p. 805, obs. J. PATARIN ; *JCP N* 1992, II, p. 206, obs. G. WIEDERKERHR.

- Cass. 1er civ., 5 novembre 1991 : *RTD civ.* 1992, p. 805, obs. J. PATARIN.

- Cass. 1re civ., 19 décembre 1990 : *JCP G* 1991, II, 21739 note M. BEHAR-TOUCHAIS.

- Cass. 1re civ., 25 février 1986 : *RTD civ.* 1987, p. 134, obs. J. PATARIN.

- Cass.1re civ., 3 déc. 1985 : *Gaz. Pal*. 1986, I, panor. p. 60 ; *RTD civ.* 1986, p. 601, obs. J. MESTRE.

- CA Paris, 21 mai 1984 : *D.* 1986, jur., p.131 note G. POTIRON ; *RTD civ.* 1980, p. 406, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN- DEVICHI.

- Cass. 1ère civ. 16 juin 1981 : *D.* 1982 IR p. 123 obs. M. VASSEUR.

- TGI Créteil, 15 novembre 1979 : *Gaz. Pal.* 1981, II, p. 495 note J.-P. CLAUX.

- Cass. 1re civ., 29 mai 1979 : *Defrenois* 1980, art. 32867, n° 33, p. 605, obs. CHAMPENOIS ; *D.* 1979, IR, p. 496, obs. D. MARTIN.

- TGI Clermont Ferrand, 27 octobre 1954 : *Gaz. Pal*. 1955, I, p. 61-62. obs. R. SAVATIER.

- CA Rouen, 9 mars 1904 : *DP* 1908, II, p. 145, note PLANIOL ; *S.* 1906, II, note DALMBENT.

- Cass civ., 23 juin 1903 : *D.* 1903, I, P. 454 ; *S.* 1904, I, p. 289, note TISSIER.

- Cass. req., 10 juin 1902 : *DP* 1904, I, p. 425, S. 1904, I, p. 121, note NAQUET.

- Cass. civ. , 18 juillet 1899, *DP* 1900, I, p.17-18, note P. DE LOYNES.

- Cass. 1er mars 1898 : *D.* 1898, I, p. 295 et *S.* 1898, I, p. 401 note A. WAHL.

- Cass. civ., 23 nov. 1897: *S.* 1898, I, p. 61, note C. LYON-CAEN.

- Cass. civ., 30 juill. 1895 : *DP* 1895, note E. GLASSON.

Sociétés

- CA Paris, 24 juin 1998 : *Droit des sociétés* 1998, n°159, note D. VIDAL ; *RTD com*. 1999, p. 135-138, note Cl. CHAMPAUD et D. DANET.

- CA Versailles, 13ème ch., 11 fév. 1993 : *Dr. Sociétés* 1993, n° 116, obs. Th. BONNEAU.

- Cass. com., 15 juillet 1992 : *Bull. Joly* 1992, p. 1111, § 363, note B. CAILLAUD et P. LE CANNU ; *RTD com*. 1993, p. 335, note E. ALFANDARI et M. JEANTIN. ; *Droit des sociétés*, 1992, n° 220, note T. BONNEAU.

- Trib. com. Paris, 7 juin 1985 : *Gaz. Pal.* 1986, I, jurisp., p. 89-90 note A.P.S.

Succession- Bénéfice d'inventaire

- Cass. 2ème civ., 18 oct. 2001 : D. 2002, chron., p.1769-1773, Cl. BRENNER ; *JCP G* 2002, II, 10 1444, note L. BOUTITIE.

- Cass. 1re civ., 22 nov. 1978 : *Defrénois* 1979, art. 32093, obs. G. CHAMPENOIS ; *D.* 1979, IR, p. 257, obs. D. MARTIN.

- Cass. Req. 17 décembre 1894 : *DP.* 1895, I, p. 193-195, note A. BOISTEL.

Tierce opposition

- Cass. 1re civ., 18 avr. 2000 : *Procédures* 2000, n° 184, obs. R. PERROT.

- Cass. 2ème civ., 22 déc. Cass. 1re civ., 8 déc. 1998 : *RTD civ. 1999*, p. 205-206, obs. R. PERROT.

- Cass. 2ème civ., 5 mai 1993 et CA Aix, 15 novembre 1993 : *Justices* 1995-1, p.248- 250, obs. G. WIEDERKEHR ; *JCP G* 1993, II, 22171, note E. DU RUSQUEC.

- CA Versailles, 5 avr. 1991 : *D.* 1992, somm. p. 129, obs. P. JULIEN.

- CA Rouen ; 29 août 1990 : Gaz. Pal. 1991, I, P. 317, note J.-P. MARCHI.

- Cass. 2ème civ., 16 déc. 1985 : Gaz. Pal. 1986, II, somm. p. 333, obs. S. GUINCHARD et T. MOUSSA.

- Cass. com., 4 oct. 1983 : *JCP G* 1985 II, 20374, note D. VEAUX.

- Cass. 3 ème civ. , 25 mai 1983 : Gaz. Pal. 1983, I, panor, p. 273, obs. S. GUINCHARD.

- Cass. com. 15 juill. 1975 : *D.* 1976, p. 65, note P. JULIEN, *RTD civ*. 1976, p. 404, obs. R. PERROT.

- CA Paris, 31 mars 1962 : *RTD civ.* 1963, p. 166, obs. P. RAYNAUD.

Autres catégories

- Cass. ass. plén., 7 mai 2004 : *D.* 2004 jurisp., p. 1545-1551, note J- M. BRUGUIÈRE et E. DREYER. (droit à l'image).

- CA Paris, 31 oct. 2001 : *D.* 2002, somm., p. 2374, obs. L. MARINO. (droit à l'image).

- Cass. soc., 1er fév. 2000 : *JCP G* 2000, II, 10451, E. JEULAND ; *JCP E* 2000 p. 760-763, note D. BOULMIER (action de substitution).

- Cass. civ. 2ème, 14 octobre 1999 : *RTD civ.* 2000, p. 169-170 note R. PERROT, *D.* 2000 jurisp., p. 754-757, note P. SOUSTELLE (saisie).

- Cass. 1re civ., 16 juill. 1998 : *D.* 1999 jurisp., p. 911, obs. J.-C. SAINT-PAU (droit à l'image).

- CEDH, 24 fév. 1995 : *JCP G* 1995, I, 3895, n° 10 obs. L. CADIET (contradictoire).

- Déc. n° 85-142 L, 13 nov. 1985 : *R.D. publ.* 1986, p. 385 note L. FAVOREU (contradictoire)

- Déc. 89-257 DC du 25 juill. 1989 : *Dr. soc*. 1989, p. 627 (action de substitution).

- Cass. 2ème civ., 25 oct. 1978 : *RTD civ.* 1979, p. 411, obs. R. PERROT (mesure conservatoire).