



---

---

---

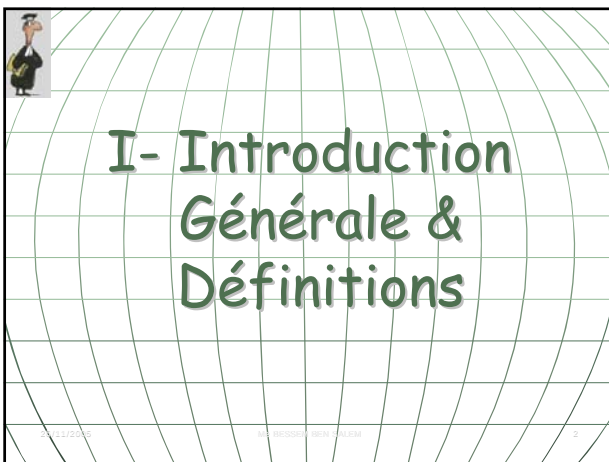
---

---

---

---

---



---

---

---

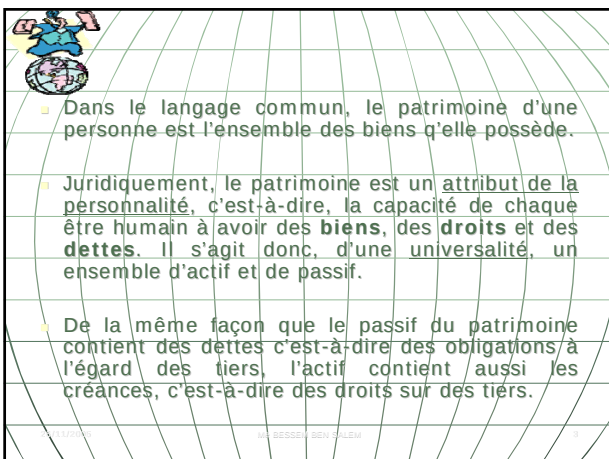
---

---

---

---

---



---

---

---

---

---

---

---

---



## 1. Droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux

- Tous les droits ne figurent pas nécessairement dans le patrimoine, qui englobe uniquement les droits dont on peut disposer et qui sont donc des droits évaluables en argent.
- Ce sont les droits patrimoniaux qui constituent des richesses matérielles, des sommes d'argent, des droits à caractères économique, c'est-à-dire essentiellement des biens et des créances.
- Les biens sont entendus donc dans le sens de l'article 1er du CDR qui les définit comme étant « toutes choses qui ne sont pas hors du commerce par leur nature ou par disposition de la loi et qui peuvent faire l'objet d'un droit ayant une valeur pécuniaire ».

20/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

4

---

---

---

---

---

---

---

---



## 1. Droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux

- La personne dispose d'autres droits qui ne figurent pas dans le patrimoine et, pour cela, ils sont des extrapatrimoniaux.
- c'est le cas
  - des droits politiques (droit de vote et droit d'éligibilité...),
  - des droits familiaux (droit de garde et droit à la fidélité...),
  - des droits fondamentaux de la personne humaine (droit à la vie, droit à l'intégrité et droit sur son nom...).

20/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

5

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. Droits réels et droits personnels

- Le droit personnel (droit de créance) est le rapport de droit entre deux personnes, le créancier et le débiteur en vertu duquel l'un, le débiteur, est obligé vis-à-vis de l'autre, le créancier, de donner, de faire, ou de ne pas faire quelque chose.
  - Acte positif: transporter dans le contrat de transport, construire dans un contrat d'entreprise et délivrer le bien dans un contrat de vente.
  - Acte négatif: le vendeur d'un fonds de commerce ne doit pas se réinstaller à proximité.

20/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

6

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. Droits réels et droits personnels

- A l'opposé du droit personnel qui a pour objet l'activité d'une personne, le droit réel a pour objet une chose.
- Il est le pouvoir juridique exercé sur une chose. L'exemple typique du droit réel est le droit de propriété.
- Donc, dans le droit réel on n'est plus en présence de deux personnes mais d'une seule, la personne titulaire du droit qui exerce sur une chose les prérogatives que lui reconnaît la loi.

21/11/2020

ME BESSEM BEN SALEM

7

---

---

---

---

---

---

---

---



## 3. Droits mobiliers et droits immobiliers

- La distinction des droits mobiliers et des droits immobiliers est inséparable de la classification des biens corporels en meubles et immeubles.

### 3.1. Immeubles:

- Ils sont définis à l'article 3 du CDR qui considère comme immeuble « toute chose fixe qu'on ne peut déplacer sans dommage ».
- Il s'agit des fonds de terre, des bâtiments et de tout ce qui leur est matériellement attaché, comme par exemple les plantes.

21/11/2020

ME BESSEM BEN SALEM

8

---

---

---

---

---

---

---

---



## 3. Droits mobiliers et droits immobiliers

### 3.2. Meubles:

- D'après l'article 14 du CDR, sont meubles par nature « les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit par eux mêmes soit par l'effet d'une force étrangère ».
- Il s'agit de toutes les choses matérielles qui ne sont pas par nature immeubles, comme par exemple les plantes détachées du sol.
- La vente d'un champ implique la vente des fruits s'ils sont encore dans l'arbre au moment de la conclusion du contrat.
- Le vendeur a, au contraire, droit aux fruits s'ils étaient déjà cueillis quoique non enlevés.

21/11/2020

ME BESSEM BEN SALEM

9

---

---

---

---

---

---

---

---



### 3. Droits mobiliers et droits immobiliers

#### 3.3. Les immeubles par destination :

- Certains objets, meubles par nature, seront qualifiés juridiquement comme étant des immeubles par une sorte de fiction créée par la loi.
- Cette fiction est justifiée dans la mesure où par exemple une maison devient difficilement habitable si l'on enlève les installations sanitaires qui y sont montées.
- L'artifice utilisé par la loi a ainsi une fonction économique, celle de maintenir l'unité de l'accessoire et du principal.

25/11/2020
MR BESSEM BEN SALEM
10

---

---

---

---

---

---

---

---



### 3. Droits mobiliers et droits immobiliers

- L'article 10 du CDR qualifié d'immeuble par destination, les meubles qui sont attachés à l'immeuble « *de telle sorte qu'on ne saurait les en détacher sans les détériorer ou sans détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés* ». Cet article vise donc, les portes, les installations sanitaires, les radiateurs etc ...
- L'article 9 du CDR considère comme immeuble par destination les animaux, le matériel et autres objets que le propriétaire du fonds y a placé pour le service et l'exploitation de ce fonds.

25/11/2020
MR BESSEM BEN SALEM
11

---

---

---

---

---

---

---

---



### 3. Droits mobiliers et droits immobiliers

#### 3.4. Les immeubles par leur objet :

- Lorsqu'il porte sur un bien immeuble, le droit est appelé droit réel immobilier et assimilé lui-même à un immeuble.
- Le principal droit réel immobilier est la propriété auquel s'ajoute aussi l'usufruit, les servitudes telles que le droit de passage, les hypothèques, les sûretés portant sur des immeubles et tous les droits ayant pour objet un immeuble.
- L'article 12 du CDR contient une énumération exhaustive des droits réels immobiliers dont certains n'ont plus d'effets pratiques ou ont disparu après la promulgation de ce code. C'est le cas des droits d'enzel et de kirdar grevant les immeubles à vocation agricole qui ont été liquidés pour le passé et annulés pour l'avenir par la loi 74-24 du 18 mars 1974.

25/11/2020
MR BESSEM BEN SALEM
12

---

---

---

---

---

---

---

---



### 3. Droits mobiliers et droits immobiliers

- Sont aussi qualifiés immeubles les actions fondées sur les droits immobiliers.

#### 3.5. Les meubles par détermination de la loi :

- l'article 15 du CDR qualifié de meubles les actions et droits réels portant sur les meubles (usufruit d'un meuble, gage etc...), ainsi que les créances, les parts sociales, les actions et les obligations émises par toute société.

02/11/2020
Me BESSEM BEN SALEM
1.3

---

---

---

---

---

---

---

---



### 4. La création des droits subjectifs

- Il est classique de prendre la question par son envers et de traiter des sources des obligations. En effet, ce qui est un droit pour l'un est forcément une obligation pour l'autre.
- En conséquence, les procédés de création des droits subjectifs correspondent donc aux sources des obligations.
- A ce sujet, l'article 1 du CDR dispose que « les obligations dérivent des conventions et autres déclarations de volonté, des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits »

02/11/2020
Me BESSEM BEN SALEM
1.4

---

---

---

---

---

---

---

---



### 4. La création des droits subjectifs

#### 4.1. Les actes juridiques :

Les actes juridiques constituent la principale source d'obligations et des droits d'après la classification législative.

##### 4.1.1. Les différentes sortes d'actes juridiques :

La doctrine s'est employée à classer les actes juridiques en utilisant des critères différents:

(i). Acte unilatéral et acte bilatéral :

- L'acte unilatéral est celui qui résulte de la volonté d'une seule personne, alors que l'acte bilatéral résulte de la rencontre de deux volontés.
- Il est classique de distinguer au sein de la seconde catégorie les actes bilatéraux unilatéraux et les actes bilatéraux synallagmatiques.

02/11/2020
Me BESSEM BEN SALEM
1.5

---

---

---

---

---

---

---

---



## 4. La création des droits subjectifs

- On appelle acte bilatéral unilatéral le contrat qui produit une seule obligation.
- C'est le cas du contrat de prêt (il n'y a de contrat de prêt que si le prêteur a déjà livré la chose ou versé la somme d'argent objet du prêt) qui va produire une seule obligation à la charge de l'emprunteur, celle de rembourser la somme ou de rendre la chose prêtée.
- Le contrat est dit au contraire synallagmatique lorsqu'il crée deux obligations réciproques. C'est le cas par exemple du contrat de vente qui produit à la charge du vendeur l'obligation de livrer la chose vendue et à la charge de l'acheteur l'obligation de payer le prix.
- Ce critère de distinction néglige les actes multilatéraux comme les actes triangulaires par exemple le portage et la lettre de change.

21/11/2020
MR BESSEM BEN SALEM
16

---

---

---

---

---

---

---

---



## 4. La création des droits subjectifs

(ii). Acte à titre gratuit et acte à titre onéreux :

- L'acte à titre gratuit correspond en général à une volonté de bienfaisance (donation), alors que l'acte à titre onéreux est conçu au contraire comme une affaire, un échange équilibrée (vente).

(iii). Acte entre vifs et acte à cause de la mort :

- Les actes entre vifs, qui sont les plus courants, sont conçus pour produire leurs effets du vivant des parties.
- Alors que l'acte à cause de la mort, tel que le testament, a des effets liés au décès d'une personne.

21/11/2020
MR BESSEM BEN SALEM
17

---

---

---

---

---

---

---

---



## 4. La création des droits subjectifs

### 4.1.2 Les conditions de validité des actes :

(i). Les conditions de forme :

- A l'image des droits latins, le droit tunisien, fidèle au droit musulman, est fondé sur le principe de base de consensualisme.
- En effet, l'article 2 du COC qui énumère les conditions de validité des actes juridiques ne mentionne que les conditions de fond ce qui signifie clairement que le droit des contrats n'est entaché d'aucun formalisme.
- Nous assistons cependant, actuellement à la naissance d'un certain formalisme pour des actes déterminés et ce, dans le but de protéger les parties ou les tiers.
- C'est le cas du mariage, par exemple, pour lequel le législateur entoure la conclusion du contrat d'une certaine solennité. En effet, la loi du 19 août 1957 sur l'état civil exige que la célébration du mariage soit faite par l'officier d'état civil ou par deux notaires.

21/11/2020
MR BESSEM BEN SALEM
18

---

---

---

---

---

---

---

---



## 4. La création des droits subjectifs

- Cela permet de protéger les parties en dressant un acte authentique pour que le mariage puisse être prouvé d'une façon incontestable.
- La sanction du non respect de ce formalisme est souvent la nullité de l'acte juridique.
- C'est le cas de la vente immobilière pour laquelle le CDR prévoit dans son article 373 l'obligation d'inscrire l'acquisition à la conservation de la propriété foncière et ce, dans le but de protéger les éventuels acquéreurs.
- La sanction du non respect du formalisme dans ce cas n'est pas la nullité, étant donné les intérêts en jeux, cependant, si l'immeuble est par exemple aliéné une seconde fois et si le second acheteur inscrit son achat avant le premier, il pourra lui opposer son droit en application de la règle « le premier par le temps est le premier par le droit ».

01/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

19

---

---

---

---

---

---

---

---



## 4. La création des droits subjectifs

(ii). Les conditions de fond :

- Elles sont énumérées dans l'article 2 du COC qui dispose que « les éléments nécessaires pour la validité des obligations qui dérivent d'une déclaration de volonté sont :
  - la capacité de s'obliger ;
  - une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation ;
  - un objet certain pouvant former un objet d'obligation ;
  - une cause licite de s'obliger. »
- La volonté est la base essentielle de l'acte juridique. Toutefois, pour constituer le consentement et produire l'obligation, la volonté doit être saine, c'est-à-dire non entachée par l'un des vices du consentement prévus par les COC qui sont l'erreur, le dol, la violence, l'ivresse, la maladie et la lésion.

01/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

20

---

---

---

---

---

---

---

---



## 4. La création des droits subjectifs

- L'erreur est le fait de s'être trompé spontanément sur l'objet même de l'engagement ou sur la qualité essentielle de cet objet (l'article 45 du COC).
- Dans certain cas on admet aussi l'erreur de droit (article 44 du COC) ou l'erreur sur la personne (article 46 du COC).
- Dans tous les cas, l'erreur ne peut constituer un vice de consentement et entraîner l'annulation de l'acte juridique que si elle a été déterminante. Sans elle la personne ne se serait pas engagée.
- Le dol est l'erreur provoquée par des manœuvres ou des machinations. L'erreur ici peut ne pas porter sur l'objet ou sur sa qualité essentielle, dans la mesure où pour annuler l'acte juridique, il suffit d'établir que le dol a été déterminant. (article 56 du COC).

01/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

21

---

---

---

---

---

---

---

---



## 4. La création des droits subjectifs

- Comme le dol, la violence constitue selon les articles 50 à 55 du COC un vice de consentement si elle a été déterminante.
- Cette violence peut consister en des contraintes physiques (coups et blessures, séquestrations, etc...) ou morales (menaces, chantages, etc...).
- L'ivresse et la maladie ont été prévues par les articles 58 et 59 du COC en tant que circonstances pouvant vicier le consentement si l'ivresse ou si la maladie a été jugée par le tribunal comme ayant annihilé les capacités mentales de l'auteur de l'engagement.

02/11/2020
Me BESSEM BEN SALEM
72

---

---

---

---

---

---

---

---



## 4. La création des droits subjectifs

- La lésion est un déséquilibre trop grand entre les prestations des parties.
- Par exemple, une chose a été vendue pour la moitié de son prix, ce qui provoque manifestement un appauvrissement d'une partie et un enrichissement anormal de l'autre. Elle peut être invoquée si la différence entre le prix porté au contrat et la valeur effective de la chose dépasse le tiers, et si la partie lésée est un mineur ou incapable. (article 61 du COC)
- La capacité est intimement liée au consentement. En effet, l'enfant ou le dément n'ont pas la maturité suffisante ou les facultés mentales saines pour apprécier valablement la portée de leurs engagements.
- Cette question est traitée par des textes épars : les articles 3 à 17 du COC, les articles 153 à 166 du CSP et l'article 6 du code du commerce.

02/11/2020
Me BESSEM BEN SALEM
73

---

---

---

---

---

---

---

---



## 4. La création des droits subjectifs

- L'objet de l'obligation et ce sur quoi elle porte, le prix à payer pour l'acheteur, la chose à livrer pour le vendeur, le travail à accomplir pour l'entrepreneur ou le salarié.
- L'objet est réglementé par les articles 62 à 66 du COC, il doit exister dans tout acte juridique et il doit être conforme à l'ordre public, aux bonnes mœurs et aux lois impératives (article 64 du COC).
- La cause et la raison pour laquelle l'engagement a été pris. Le vendeur s'engage de livrer la chose pour recevoir le prix et vice versa.
- La cause est réglementée par les articles 37 à 70 du COC, et comme l'objet elle doit être conforme à l'ordre public, aux bonnes mœurs et aux lois impératives (articles 67 du COC).

02/11/2020
Me BESSEM BEN SALEM
74

---

---

---

---

---

---

---

---



## 4. La création des droits subjectifs

(iii). Sanctions des conditions de validité :

- Le non respect de l'une des conditions de validité fera en sorte que l'acte juridique soit considéré non avenu et sans effets.
- La nullité absolue, est la sanction suprême qui frappe l'acte auquel manque un élément essentiel, une condition qui concerne l'intérêt général, l'objet ou la cause sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou ne respectent pas une loi impérative (article 325 à 329 du COC).
- Dans ce cas, l'acte n'est pas susceptible de confirmation et toute personne pouvant se prévaloir d'un intérêt légitime peut intenter l'action en nullité qui se prescrit par le délai de droit commun le plus long, à savoir 15 ans.

01/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

75

---

---

---

---

---

---

---

---



## 4. La création des droits subjectifs

- La rescision, que le droit français qualifie de nullité relative, frappe le non respect d'une condition de validité qui sert à protéger un intérêt privé (les vices de consentement).
- Dans ce cas, l'acte peut être confirmé par la personne protégée par la loi, qui peut seule agir en nullité pendant une année depuis que l'incapable a atteint la majorité par exemple.
- L'inexistence, qui est plus forte que la nullité absolue, peut être invoquée en cas de violences physiques par exemple. En effet, dans ce cas le consentement n'est pas vicié, mais absent.
- L'inaopposabilité qui ne touche pas la validité de l'acte entre les parties, mais empêche de s'en prévaloir à l'égard des tiers, peut sanctionner le non respect d'un certain formalisme.
- La résolution qui est une destruction rétroactive d'un contrat valable, peut être invoquée par la partie qui a exécuté ses obligations à l'encontre de son cocontractant récalcitrant.
- La résiliation qui est une destruction pour l'avenir d'un contrat valable, peut résulter d'un accord entre les parties.

01/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

76

---

---

---

---

---

---

---

---



## 4. La création des droits subjectifs

### 4.1.3. Les effets des actes juridiques :

- Le principe est clairement posé par l'article 242 du COC qui dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

Ce principe a sa réciproque, la convention n'oblige que les parties par application d'un autre principe juridique qui est celui de l'effet relatif des obligations .

### 4.2. Les faits juridiques :

- A la différence de ce qui se produit avec les actes juridiques, l'obligation qui naît d'un fait juridique n'est pas recherchée en elle-même par l'auteur du fait.

01/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

77

---

---

---

---

---

---

---

---



## 4. La création des droits subjectifs

- 4.2.1. Les quasi-contrats :
  - Le COC régit, à travers les articles 71 à 81 la répétition de l'indu et l'enrichissement sans cause, qui ne sont pas les seuls quasi-contrats.
  - Quoi qu'il en soit, il y a enrichissement sans cause lorsqu'une personne s'enrichit aux dépens d'une autre qui s'appauvrit sans une raison juridique valable.
  - Par exemple, un agriculteur charge un ouvrier de lui labourer son champ, et c'est par erreur, le champs du voisin qui est labouré, il y a lieu à indemnité de la part de celui dont le champs a été labouré.
  - Il y a paiement d'indu lorsqu'une personne, suite à une erreur de droit ou de fait, se croit débitrice et paye ce qu'elle ne devait pas.

01/11/2020

ME BESSEM BEN SALEM

78

---

---

---

---

---

---

---

---



## 4. La création des droits subjectifs

### 4.2.2. La responsabilité civile :

- Cette responsabilité dite « délictuelle », englobe ce que le COC classifie délits et quasi-délits et couvre la responsabilité du fait personnel, du fait d'autrui et du fait des choses.
- Responsabilité du fait personnel :
  - Elle est définie par les articles 82 et 83 du COC, et se base sur un élément essentiel qui est la faute de l'auteur du dommage.

01/11/2020

ME BESSEM BEN SALEM

79

---

---

---

---

---

---

---

---



## 4. La création des droits subjectifs

- Responsabilité du fait d'autrui :
  - C'est le cas du père qui est responsable du dommage causé par son enfant ou du gardien d'un aliéné mental, qui est responsable du dommage causé par le dément (article 93 du COC)
- Responsabilité du fait des choses :
  - Les choses peuvent être des animaux ou des bâtiments, mais le cas le plus important invoqué par le COC est celui des choses inanimées.
  - En effet, l'article 96 du COC, qui institue une responsabilité fondée sur la simple causalité, constitue une grande innovation en matière de responsabilité, rendue nécessaire par le développement des machines et des accidents.

01/11/2020

ME BESSEM BEN SALEM

80

---

---

---

---

---

---

---

---



## 4. La création des droits subjectifs

### 4.2.3. Les obligations naturelles :

D'après l'article 74 du COC « Il n'y a pas lieu à répétition lorsqu'on a acquitté volontairement et en connaissance de cause ce qu'on savait ne pas être tenu de payer ».

- En outre, l'article 78 du COC dispose que « si le paiement a été fait en exécution d'une dette prescrite ou d'une obligation morale, il n'y a pas lieu à répétition lorsque celui qui a payé avait la capacité d'aliéner à titre gratuit, encore qu'il eut cru par erreur qu'il était tenu de payer ou qu'il ignorait le fait de la prescription ».
- L'article 74 exige un paiement volontaire, donc en connaissance de cause, par une volonté éclairée sur l'absence d'obligation civile, donc en connaissance de l'absence de cause, tandis que l'article 78 exclut expressément cette condition et pose simplement une obligation générale relative au paiement involontaire en l'absence de cause.
- Seul donc l'article 78 régit les obligations naturelles en instituant une obligation morale exigeante qui valide le paiement qui correspond à un devoir moral même quand il est fait dans l'ignorance de l'absence d'obligation civile.

01/11/2020
MR BESSEM BEN SALEM
31

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



## II: Le droit de propriété

Droit subjectif, la propriété est, aussi, un fait économique et social. Elle appartient à l'histoire des idées. Elle existe et on en discute. C'est une question sociale et un débat doctrinal à mille facettes.

01/11/2020
MR BESSEM BEN SALEM
32

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



## 1. Nature juridique de la propriété

- L'article 17 du CDR dispose que « la propriété confère à son titulaire le droit exclusif d'user de sa chose, d'en jouir et d'en disposer ».

### 1.1. Les attributs du droit de propriété :

Dans sa plénitude, le droit de propriété correspond à diverses prérogatives qui constituent, par leur réunion, la pleine propriété .

#### 1.1.1. Pouvoir consacrés par l'article 17 :

La trilogie des droits consacrée par l'article 17 du CDR englobe l'usage, la jouissance et la disposition.

01/11/2020
MR BESSEM BEN SALEM
33

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Nature juridique de la propriété

(i). Le droit d'usage :

- Manifestation la plus tangible et la plus concrète du contact direct avec l'objet approprié, le droit d'usage est, en effet, pour le propriétaire, le pouvoir de se servir personnellement de sa chose suivant la destination de celle-ci.
- L'usage d'une maison consiste, pour le propriétaire, dans le fait de l'habiter lui même ou de la donner en location.

(ii). Le droit de jouissance :

- La jouissance, au sens technique, est d'abord, pour le propriétaire, le droit de faire fructifier son bien ou de le laisser improductif.
- Quand le bien est mis en valeur, la jouissance consiste dans le droit de percevoir les fruits, comme par exemple, le fait d'encaisser les loyers de sa maison et en donner quittance.

01/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

94

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Nature juridique de la propriété

(iii). Le droit de disposition :

- C'est dans cet attribut que la propriété se manifeste, de façon éclatante, comme une petite souveraineté. Le droit de disposition est conçu comme le droit d'abuser, matériellement ou juridiquement, d'une chose.
- Matériellement : le propriétaire est représenté comme ayant le droit de démolir un bâtiment, d'arracher un arbre ou de faire tomber un mur. Il a ce pouvoir excessif d'être, sur son bien, casseur autonome. Son intérêt tempérant, toutefois, sa frénésie destructrice il peut garder intacte son bien.
- Juridiquement : le propriétaire a le pouvoir absolu de faire tous les actes de disposition sur sa chose. Il peut, à son gré, vendre ou donner ce qui lui appartient, l'hypothéquer ou en démembrer la propriété.

01/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

95

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Nature juridique de la propriété

## 1.1.2. Pouvoirs impliqués par l'article 17 :

Il y en a deux qui, associés à la trilogie des droits consacrés, reconstituent, dans tous ses attributs, la pleine propriété : le droit d'aménagement et le droit d'administration.

(i). Le droit d'aménagement :

- Il est impliqué par le droit de disposition dont il constitue un prolongement matériel. En effet, le propriétaire, maître chez lui, a le droit d'aménager et de transformer ce qui lui appartient comme bon lui semble.

(ii). Le droit d'administration :

- Ce droit est également impliqué par le droit de disposition et consiste en un pouvoir d'accomplir les actes d'administration qui sont moins graves que les actes de disposition, nous pouvons citer à titre d'exemple les baux, les assurances, les réparations et les mandats de gestion.

01/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

96

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Nature juridique de la propriété

## 1.2. Les caractéristiques de la propriété :

- La doctrine classique a synthétisé les caractères fondamentaux de la propriété privée au tour de l'exclusivité, l'absolutisme et la perpétuité.

### 1.2.1. Exclusivité du droit de propriété :

- Ce caractère a une base légale dans l'article 17 du CDR. En effet, l'exclusion de toute autre personne est l'envers de la reconnaissance au propriétaire de la plénitude du droit, la conséquence de l'appropriation et de l'appartenance individuelle et privative.
- A l'égard des tiers, la propriété apparaît, pour son titulaire, comme un monopole, l'exclusivité signifie que les tiers n'ont, en principe, aucune part à l'utilité d'une chose qui appartient, en propre, à autrui. Ils ne peuvent ni en user, ni en jouir, ni en disposer. Ils ne peuvent en général, en retirer aucune utilité personnelle.
- Ainsi par exemple, l'exclusivité de la propriété emporte pour les tiers, en matière immobilière, une interdiction de principe de pénétrer chez autrui.

01/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

97

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Nature juridique de la propriété

## 1.2.2. Absolutisme du droit de propriété :

- Ce caractère découle, implicitement, de l'attribution au propriétaire de l'ensemble des prérogatives que contient la pleine propriété.
- Ce superlatif démontre une certaine nostalgie de souveraineté et une illusion dérisoire. En effet, la loi limite de toute part le droit de propriété par des servitudes et des expropriations pour utilité publique ou des biens des étrangers.

### 1.2.3. Perpétuité du droit de propriété :

- Pour l'essentiel, la propriété n'est pas viagère, mais héréditaire. La propriété ne s'éteint pas à la mort de son titulaire. Elle passe, après lui, à ses héritiers.

01/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

98

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Nature juridique de la propriété

- D'un point de vue plus technique et de moindre portée pratique, la propriété est encore dite perpétuelle parce qu'elle n'est pas susceptible de se perdre par son non usage.
- En effet, le droit de propriété ne s'éteint pas, en cas de non exercice, par l'effet de la prescription extinctive.
- La propriété est encore dite perpétuelle parce qu'elle est, en principe, inviolable et incessible par la force.
- Perpétuel de vocation, le droit de propriété à la fragilité de l'objet sur lequel il porte et disparaît en même temps que lui.

01/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

99

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. La vie du droit de propriété

Les questions qui se posent ici portent, essentiellement, sur la naissance, l'extinction et la transmission du droit de propriété.

### 2.1. La vie non contentieuse :

- Le droit de propriété s'acquiert, se transmet, se perd suivant des règles déterminées par la loi (la plupart des règles sont rassemblées dans le livre premier du CDR sous le sous-titre « *Des modes d'acquisition de propriété* »).

#### 2.1.1. Les modes d'acquisition de la propriété :

- Acquérir la propriété, c'est le plus souvent, la tenir d'un précédent propriétaire. Mais il existe des modes originaux qui ont un caractère primaire.

21/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

40

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. La vie du droit de propriété

### (i). L'acquisition originaire de la propriété :

- Elle se réalise lorsqu'une personne s'approprie une chose qui, auparavant, n'appartenait à nulle autre.
- L'acquisition de la propriété s'opère dans le patrimoine d'un individu sans être correlative à la perte de la propriété dans le patrimoine d'un autre.
- Il y a bien un acquéreur, mais pas de précédent propriétaire, pas d'auteur.
- En un sens, l'acquéreur originaire tient son droit de la loi qui ne transmet pas la propriété mais consacre l'acquisition d'une chose qui n'appartenait à personne.
- Ces modes sont, relativement, rares de nos jours.

21/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

41

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. La vie du droit de propriété

### L'occupation :

- Mode direct, immédiat, primitif et parfois sauvage d'acquisition de la propriété, l'occupation est techniquement l'appréhension effective d'une chose qui n'appartient à personne.
- En tant que mode d'acquisition, l'occupation ne peut s'appliquer qu'à des choses mobilières (article 24 du CDR)
- La chasse et la pêche en sont les applications traditionnelles, les plus anciennes et toujours actuelles ( article 26 du CDR ). Le chasseur ou le pêcheur devient propriétaire du gibier ou du poisson qu'il prend par le seul fait de la capture, de la prise .
- Ce mode d'acquisition peut, exceptionnellement, porter sur des immeubles vacants et sans maître / qui deviennent la propriété de l'état ( article 23 du CDR )

21/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

42

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. La vie du droit de propriété

- L'accession naturelle :**
  - L'accession en général, est un mode d'acquisition qui, procédant par la réunion de l'accessoire au principal, rend le propriétaire d'une chose principale maître de la chose accessoire qui s'y unit (article 27 du CDR)
  - Plus spécialement l'accession est dite naturelle lorsque cette réunion résulte du fait de la nature.
  - Elle se produit, au profit des propriétaires riverains de cours d'eau, dont le fonds s'accroît par l'effet des atterrissements ou alluvions (article 28 du CDR). cet accroissement naturel réalise une acquisition originaire de propriété.

21/11/2020
MR BESSEM BEN SALEM
43

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. La vie du droit de propriété

- L'accession artificielle :**
  - Lorsque la réunion de l'accessoire et du principal résulte de fait de l'homme, on parle alors, de l'accession artificielle.
  - C'est le cas des matériaux de construction qui deviennent, une fois fixés, la propriété de l'auteur du fonds, même s'il ne les a pas encore payé ou qu'il, aient été fixés sans son consentement, à charge de verser des dommages et intérêts (article 34 à 37 du CDR)

21/11/2020
MR BESSEM BEN SALEM
44

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. La vie du droit de propriété

**(ii). La transmission de la propriété :**

- Le plus souvent, l'acquisition de la propriété s'opère, par le transfert du droit, de son titulaire à un ayant cause ou à un ayant droit.
- On dit que l'acqureur est l'ayant cause du propriétaire qui lui cède le droit et dont il tient son droit, alors que le nouveau propriétaire est dit ayant droit quand la transmission s'opère pour cause de décès.
- Les modes translatifs de propriété sont d'une grande diversité. En effet, le transfert s'opère à titre onéreux ou à titre gratuit, à cause de la mort ou entre vifs et à titre universel ou à titre particulier.
- En général, le transfert de propriété peut être l'effet, soit d'un fait juridique soit d'un acte juridique destiné à produire un effet translatif.
- On dit alors que la transmission résulte soit de la loi soit de la volonté de l'homme.

21/11/2020
MR BESSEM BEN SALEM
45

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. La vie du droit de propriété

- La transmission légale :
  - La loi attache un effet translatif à certains faits juridiques dont principalement ; la succession et la possession.

La succession est une dévolution patrimoniale dans laquelle la loi dote d'un effet translatif un fait juridique complexe (la mort) en prenant en considération un lien de parenté qui fonde la vocation successorale (vocation légale qui demeure, pour le successible, jusqu'au décès du decujus, une simple éventualité). Puis la loi fait produire un effet au décès de la personne qui n'aura pas fait de testament.

- La possession mène à la propriété des choses, soit immédiatement pour les meubles, au moins à certaines conditions (article 53 du CDR), soit au bout d'un certain temps, qui varie entre 10 et 30 ans (article 45, 46 et 47 du CDR), après délais de prescription acquisitive (ou usucapion), pour les immeubles.

25/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

46

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. La vie du droit de propriété

- La transmission volontaire :
  - Le transfert de propriété est dit volontaire lorsqu'il résulte d'un acte juridique, c'est à dire un acte de volonté destiné à transmettre la propriété d'un bien. L'effet translatif est l'objet même de l'acte juridique.

Le transfert de propriété peut résulter d'un acte juridique unilatéral, dont l'exemple type est celui du testament qui est l'acte par lequel une personne règle à sa volonté, le sort d'une partie de son patrimoine (quotité disponible) pour le temps où elle n'existera plus.

  - Le transfert de la propriété peut s'opérer en vertu d'un acte plurilatéral ou conventionnel, nommé contrat translatif. Il en existe plusieurs espèces, à titre gratuit (la donation), ou à titre onéreux (vente ou échange).

25/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

47

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. La vie du droit de propriété

### 2.2. Le contentieux de la propriété :

Entre tous les litiges auxquels donnent lieu les questions relatives à la propriété, certains constituent, à proprement parler, le contentieux du droit de propriété qui s'élève lorsque la propriété porte atteinte à autrui ou lorsque les tiers causent un dommage à la propriété.

#### 2.2.1. La protection des tiers :

- Cette question doit être distinguée du problème voisin de la responsabilité du fait des choses inanimées, qui pèse sur le gardien de ces choses et non sur leur propriétaire en tant que tel.

La question de la responsabilité du propriétaire est spécifique et porte sur l'engagement de cette responsabilité par l'exercice du droit de propriété.

En effet, elle a été fondée sur la théorie doctrinale et jurisprudentielle de l'abus de droit qui se manifeste par une intention de nuire à autrui pour rendre abusif l'exercice du droit de propriété.

- Cette théorie qui reste largement applicable a été consacrée en partie par le législateur dans les articles 97 à 100 du COC.

25/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

48

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. La vie du droit de propriété

### 2.2.2. La protection de la propriété :

- « Inviolable et Sacrée », la propriété privée est placée sous la protection de l'Etat et, plus spécialement, sous la protection du pouvoir judiciaire.
- Gardien de la propriété privée, les tribunaux judiciaires ont reçu la mission traditionnelle d'assurer la protection légale du droit de propriété.
- Cette mission générale sous entend que les tribunaux de l'ordre judiciaire ont compétence pour assurer la défense de la propriété privée même contre l'Etat.
- Ainsi s'explique la compétence judiciaire en matière de voies de fait (article 52 du CPCC) et d'expropriation.

21/11/2020
ME BESSEM BEN SALEM
49

---

---

---

---

---

---

---

---



## III. L'indivision

Le droit tunisien connaît plusieurs espèces, fort différentes, d'indivisions, qui ont en commun certains éléments de structure. La structure élémentaire de l'indivision introduit à l'examen de ses modalités.

21/11/2020
ME BESSEM BEN SALEM
50

---

---

---

---

---

---

---

---



## 1. Structure élémentaire de l'indivision

- Complication affectant le sujet du droit, l'indivision, appelée en droit français la copropriété, se caractérise par la pluralité des propriétaires.
- C'est une propriété plurale d'un même droit réel n'appartenant pas à une seule personne, qui serait titulaire exclusif du droit, maître unique, propriétaire privatif de la chose.
- On parle alors de droit indivis, commun ou en copropriété (article 56 du CDR).

Dans sa complexité, la situation juridique qui résulte de la copropriété présente toujours deux aspects complémentaires : un aspect collectif concurrentiel et un aspect individuel fractionnel.

21/11/2020
ME BESSEM BEN SALEM
51

---

---

---

---

---

---

---

---



## 1. Structure élémentaire de l'indivision

### 1.1. Aspect concurrentiel :

- Toute indivision constitue dans son ensemble, un système de droits concurrents, ce qui correspond à l'aspect concret de la copropriété qui porte sur une même chose laquelle supporte plusieurs droits de même nature.

#### 1.1.1. Base matérielle :

- Dans toute indivision, chaque co-indivisaire a un droit sur le tout et non sur une partie du tout.

Toutefois, cette affirmation n'est absolument exacte que lorsque la copropriété porte sur une chose entièrement commune, elle ne l'est que partiellement, lorsqu'il existe des parties communes et des parties privatives, auquel cas le système de droits concurrents ne repose que sur les parties communes.

- Par exemple, les co-propriétaires d'une cour commune dans un immeuble n'ont pas, chacun, l'usage d'un côté de la cour, mais ont chacun l'usage de toute la cour.

21/11/2020
Me BESSEM BEN SALEM
52

---

---

---

---

---

---

---

---



## 1. Structure élémentaire de l'indivision

### 1.1.2. Structure juridique :

- Dans toute indivision, chacun des titulaires a, juridiquement, sur le tout, un droit de même nature. En effet, le droit de propriété, dans l'indivision, n'est pas démembré en plusieurs attributs dont les uns seraient à certains d'entre eux et les autres à d'autres.

### 1.2. Aspect fractionnel :

- Toute indivision se décompose, à l'analyse en un faisceau de droit fractionnés. Ce faisceau correspond à l'aspect individuel et abstrait de l'indivision.
- Chaque copropriétaire a, dans son patrimoine, un droit limité et déterminé qui s'exprime en une fraction, qui donne pour chacun, la mesure de sa vocation au partage et de son obligation aux charges.
- Ces quotes-parts sont d'ailleurs, présumées égales sauf preuve du contraire (article 57 du CDR).

21/11/2020
Me BESSEM BEN SALEM
53

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. Variétés de l'indivision :

Il existe trois types principaux et fortement contrastés de l'indivision : l'indivision ordinaire, la copropriété perpétuelle et la copropriété des immeubles bâtis.

### 2.1. L'indivision ordinaire :

- C'est celle qui naît entre cohéritiers appelés à recueillir une succession du jour du décès jusqu'au partage de l'hérédité.
- Elle s'établit aussi, à la dissolution du régime de communauté, soit entre les époux eux-mêmes s'ils divorcent, soit entre le conjoint survivant et les héritiers du conjoint prédécédé.
- C'est encore une indivision qui s'établit lorsque plusieurs personnes, parentes ou non, acquièrent en commun un même bien.

Ces exemples, font ressortir que l'indivision peut avoir pour origine diverses sources et pour assiette différents objets. Elle peut résulter, de plein droit, d'un fait auquel la loi attache cet effet (décès) ou d'un acte juridique qui l'établit intentionnellement (achat en commun).

- Elle porte, selon le cas, soit sur une universalité de biens (la norme héréditaire) ou sur un ou plusieurs biens déterminés.

21/11/2020
Me BESSEM BEN SALEM
54

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. Variétés de l'indivision :

### 2.1.1. Le maintien de l'indivision :

- L'article 71 du CDR consacre un ancien principe selon lequel « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision ».
- Cette prérogative est presque absolue dans la mesure où chacun des co-indivisaires peut toujours provoquer le partage nonobstant toute clause contraire (article 71 du CDR).
- Toutefois, le maintien de l'indivision reste possible si les co-indivisaires conviennent par écrit de ne pas demander le partage pendant un délai déterminé qui ne peut excéder cinq années et qui est prorogeable dans les mêmes conditions par un nouvel écrit.

### 2.1.2. L'organisation de l'indivision :

- Le maintien de l'indivision, même pour un certain temps, impose d'en organiser la gestion, qui peut provenir de deux sources. En effet, la loi laisse aux intéressés sous certaines restrictions, la liberté d'organiser eux même l'indivision. A défaut, la loi rend applicable une organisation résiduelle de base.

01/11/2020

ME BESSEM BEN SALEM

5/5

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. Variétés de l'indivision :

### (I). L'organisation conventionnelle :

- L'article 68 du CDR instaure un système d'assemblée qui rappelle vaguement, celui des organes de délibérations dans les sociétés de personnes, en disposant que « les décisions de la majorité des indivisaires obligent la minorité pour ce qui a trait à l'administration et à la jouissance de la chose commune, à condition que cette majorité représente les trois quarts des intérêts qui forment l'objet de l'indivision ».
- Cet article laisse donc une liberté d'organisation de l'indivision, aux intéressés.
- Cette liberté est conditionnée par l'accord d'au moins trois quarts des intérêts qui forment l'indivision.
- Elle est aussi, fragile parce qu'elle est tributaire de la volonté de chaque co-indivisaire qui peut saisir le tribunal.
- Elle est enfin, relative dans la mesure où les décisions de la majorité n'obligent pas la minorité lorsqu'il s'agit d'actes de disposition sur la chose commune ou de contracter des obligations nouvelles (article 69 du CDR).

01/11/2020

ME BESSEM BEN SALEM

5/5

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. Variétés de l'indivision :

### (II). L'organisation légale :

- La loi a doté l'indivision ordinaire d'un statut de base qui a vocation à s'appliquer à toutes les indivisions (d'origine légale ou conventionnelle) qui ne sont pas conventionnellement organisées ou à celles qui le sont insuffisamment.
- Gestion de l'indivision :
  - Le législateur a institué un certain équilibre entre les pouvoirs individuels et les intérêts communs, en permettant à « chaque co-indivisaire de se servir de la chose commune à proportion de son droit, pourvu qu'il n'en fasse pas un usage contraire à sa nature ou à sa destination et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt des autres co-indivisaires, ou de manière à les empêcher de s'en servir suivant leur droit » (article 68 du CDR).
  - Dans ce même état d'esprit, le législateur accorde aux co-indivisaires, en proportion de leur quote-part, un droit aux produits de la chose commune (article 60 du CDR) et met à leur charge une obligation de supporter les charges afférentes à la chose commune, dans les mêmes conditions (article 65 du CDR), dont le non-respect ouvre un droit de recours en contrainte à l'encontre des récalcitrants (article 64 du CDR).
- Situation des co-indivisaires : Le co-indivisaire peut aliéner sa quote-part, la céder, la constituer en garantie et en disposer à titre onéreux ou gratuit (article 59 du CDR).

01/11/2020

ME BESSEM BEN SALEM

6/7

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. Variétés de l'indivision :

### 2.2. La copropriété perpétuelle :

- Elle se caractérise par sa vocation à durer indéfiniment et s'explique par l'objet et la destination des biens sur lesquels porte la copropriété.

#### 2.2.1. Objet :

la copropriété perpétuelle a une assiette limitée et est assise non sur une universalité mais toujours, sur un bien particulier.

- L'indivision porte dans ces cas sur les dépendances de deux immeubles voisins : des cours, des puits, des allées.
- Le législateur consacre deux exemples d'objets de copropriété perpétuelle, à savoir le mur et le fossé mitoyens, en leur attribuant un régime juridique particulier dans l'indivision.

#### 2.2.2. Destination :

La destination commune suffit, d'abord, à refouler l'application de la règle selon laquelle « nul n'est contraint à demeurer dans l'indivision », et, ensuite, à éloigner toute idée de disposition du droit individuel sur le bien commun indépendamment de l'immeuble qui en dépend.

- C'est ainsi que le propriétaire d'une maison ne peut en aucun cas garder la maison et céder son droit indivis dans la propriété des murs et fossés mitoyens, qui entourent la maison.

En raison de son caractère rudimentaire, l'indivision perpétuelle n'est pas organisée ou du moins elle ne l'est que ponctuellement et partiellement, c'est le cas du mur et du fossé mitoyens qui sont organisés par le législateur dans les articles de 72 à 88 du CDR.

01/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

58

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. Variétés de l'indivision :

### 2.3. La copropriété des immeubles bâtis :

- Ce type de copropriété offre la particularité essentielle de distinguer, dans l'ensemble complexe des biens qui constituent l'assiette matérielle des droits, les parties communes en énumérant : les parties des constructions, les terrains, superficies, espaces, couloirs, passages, équipement, canalisations, locaux et gardiennage, ascenseurs, escaliers, terrasses et autres parties à composantes destinées à l'utilisation ou à la jouissance de tous les copropriétaires ou de certains d'entre eux, tant que le contraire n'a pas été spécifié dans le titre de propriété.
- Le régime de l'indivision ici est identique à celui de l'indivision perpétuelle, à ceci près, que l'article 89 du CDR dispose que « l'ensemble des propriétaires visés au paragraphe premier de l'article 85 du présent code (les propriétaires privés dans un immeuble ou un groupe d'immeubles comportant plusieurs étages ou appartements ou locaux commerciaux ou professionnels) sont constitués de plein droit et en vertu de la présente loi, en syndicat de propriétaires doté de la personnalité civile, et d'un président qui est le mandataire légal, chargé de le représenter en justice en tant que demandeur ou défendeur, ainsi qu'auprès des diverses administrations et entreprises publiques ».

01/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

59

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



## IV. L'usufruit

01/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

60

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

L'usufruit est le droit d'user et de jouir, comme le propriétaire lui-même, d'un bien appartenant à autrui, mais à charge d'en conserver la substance.

Cette définition légale (article 142 du CDR) nous livre la nature juridique de l'usufruit et suggère, son utilité sociale.

Juridiquement, l'usufruit est le produit d'un démembrement des attribut de la pleine propriété. Investissant son bénéficiaire du droit de jouir et d'user de la chose d'autrui, ce démembrement laisse au propriétaire, dépourvu de la jouissance et de l'usage, la nue-propriété.

Économiquement, l'usufruit constitue un mode de gestion, sinon dangereux, du moins peu dynamique. En imposant à l'usufruitier l'obligation de conserver la substance de la chose, le droit provoque un risque économique d'épuisement doublé d'une perspective de non investissement suite par exemple, à une exploitation abusive et à fond perdu de la part de l'usufruitier.

Socialement, l'usufruit correspond à un mode de vie. Il assure à son bénéficiaire un moyen d'existence en lui conférant une source de revenus.

01/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

01

---

---

---

---

---

---

---

---

## 1. Vue d'ensemble du démembrement

- Grevée d'usufruit, la propriété supporte deux droits distincts. En effet, la pleine propriété fait place, après sa décomposition, à l'usufruit et à la nue-propriété. L'essentiel est de savoir comment coexistent, sur une même chose, le droit utile et le droit latent.

### 1.1. Analyse intrinsèque de l'usufruit :

- L'usufruit est un droit distinct de la propriété, c'est un droit patrimonial et incorporel qui peut être immobilier ou mobilier.
- C'est aussi un droit réel puisque son titulaire est investi sur la chose grevée, d'un pouvoir immédiat et direct.
- En effet, l'usufruit n'est pas un simple droit personnel dans la mesure où la jouissance dont bénéficie l'usufruitier lui appartient à titre de droit réel. Ainsi, l'usufruitier se distingue-t-il du locataire par exemple.

01/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

02

---

---

---

---

---

---

---

---

## 1. Vue d'ensemble de démembrement

- L'usufruit est aussi un droit temporaire puisqu'il a nécessairement un terme. On dit que l'usufruit est viager et dans ce cas, il s'éteint nécessairement à la mort de l'usufruitier (supposé personne physique) lorsque, comme il arrive fréquemment, l'usufruit est établi sans indication d'un terme.
- L'usufruit est en fin un droit personnel attaché à la personne même de l'usufruitier. C'est pourquoi l'usufruit est intransmissible à cause de mort.

### 1.2. Mise en œuvre du démembrement :

- Le démembrement se développe en attribuant toute l'utilité économique de la chose à l'usufruitier qui jouit de la chose et pendant ce temps, la nue-propriété demeure sous-jacente à l'état de réserve.

01/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

03

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Vue d'ensemble de démembrement

## 1.2.1. La jouissance de l'usufruitier :

- Elle est la mesure de ses droits et, en contrepartie, celle de certaines de ses obligations.

### (i). Les droits de l'usufruitier :

- Le droit à la jouissance personnelle, qui prise dans un sens large englobe le droit de jouissance au sens strict et le droit d'usage.

Ainsi, l'usufruitier a le droit de percevoir les fruits et le droit de se servir de la chose suivant la destination de celle-ci.

S'agissant des fruits, le CDR accorde, au travers de son [article 143](#), à l'usufruitier, un droit aux fruits naturels et civils. Les fruits naturels sont ceux que la chose produit, soit spontanément, soit par le fait de l'homme, alors que les fruits civils sont les loyers, les intérêts des créances et autres fruits similaires.

- Le droit d'accomplir sur la chose soumise à l'usufruit les actes d'administration et les actes de conservation en bon gardien de la chose d'autrui.
- Le droit de disposer de l'usufruit par la cession par exemple.

2011/2012

MR BESSEM BEN SALEM

94

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Vue d'ensemble de démembrement

## (ii). Les obligations de l'usufruitier :

- Certaines charges relatives à l'objet de l'usufruit incombent à l'usufruitier en tant que bénéficiaire de la jouissance : on les appelle les charges usufructuaires. « A qui les revenus de la chose, à lui, en contrepartie, les frais qui sont normalement prélevés sur les revenus »
- C'est ainsi que l'usufruitier est tenu, par exemple, d'assurer les réparations d'entretien ([article 155 du CDR](#)).

## 1.2.2. La réserve de la nue-propriété :

- Sous-jacente, la nue-propriété est un droit latent, mais sa réserve est, cependant, actuelle. En effet, privé du fructus et de l'usus, le nu-propriétaire conserve l'abusus.
- La réserve se manifeste aussi par les grosses réparations, qui demeurent à la charge du nu-propriétaire ([article 153 du CDR](#)) et en cas de troubles causés à la chose ou à sa propriété ([article 156 du CDR](#)).

2011/2012

MR BESSEM BEN SALEM

95

---

---

---

---

---

---

---

---



# V. Les sûretés réelles

2011/2012

MR BESSEM BEN SALEM

96

---

---

---

---

---

---

---

---

- La sûreté consiste en un pouvoir d'agir, accessoire au rapport d'obligation, et s'exerçant sur la valeur d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine qui font l'objet d'une affectation à la garantie d'une créance.
- Pour l'exprimer d'une manière plus synthétique, la sûreté est la combinaison d'une affectation et d'un droit d'agir.
- Cependant, si l'on considère, pour imiter la terminologie des sciences naturelles, que la sûreté réelle, l'une des « espèces », il demeure indispensable de définir à son tour la notion de sûreté réelle, afin de la distinguer des autres « espèces » de sûretés.
- Confrontés à l'endettement et même au surendettement chronique des entreprises et des ménages, les créanciers, tout particulièrement les établissements financiers, ne se sont plus contentés de l'alternative traditionnelle, sûretés réelles, et ont recherché de nouvelles garanties ou développé le rôle de garanties qui peuvent jouer certains mécanismes du régime général des obligations et des contrats.
- Quoi qu'il en soit, le but de toutes les garanties recherchées par le créancier est l'amélioration de sa situation par rapport au droit commun.

01/11/2020 Me BESSEM BEN SALEM 67

---

---

---

---

---

---

---

---

- Ce droit commun repose sur l'égalité des créanciers et le droit de gage général, et il peut se résumer par l'équation suivante : *« tous les biens du débiteur répondent de toutes ses dettes »*.
- Dès lors toutes les garanties visent, tantôt une rupture d'égalité, tantôt l'affectation particulière d'un ou plusieurs biens au paiement d'une dette, tantôt, ces deux objectifs à la fois.
- La sûreté réelle combine ces deux objectifs à la fois, d'où son originalité. En effet, elle met en jeu la rupture de l'égalité et l'affectation particulière, ce qui permet de la distinguer des autres sûretés et des simples garanties, qui ne répondent pas cumulativement à ces deux critères.
- La notion de sûretés réelle peut être définie par la réunion de ces critères, comme suit : *« la sûreté réelle est la technique spécifique de sûretés visant cumulativement, d'une part, la rupture d'égalité, qui est réalisée par l'octroi d'un droit de préférence, et, d'autre part, l'affectation d'un bien déterminé au paiement de la dette déterminée, qui est réalisée corrélativement, par l'octroi d'un droit de prélevement prioritaire sur la valeur du bien et par le droit de suite, c'est à dire, le droit de revendication sur le bien grevé même quand il se trouve entre des mains autres que celles du débiteur (article 270 du CDR) »*.

01/11/2020 Me BESSEM BEN SALEM 68

---

---

---

---

---

---

---

---



## 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

### 1.1. Notion de l'hypothèque (article 201 CDR) :

- L'hypothèque est une sûreté réelle, c'est à dire une garantie de remboursement accordée à un créancier et portant sur une chose.
- La garantie hypothécaire repose toujours sur un immeuble. De ce fait, elle n'entraîne pas la dépossession du propriétaire de la chose.
- L'hypothèque confère au créancier hypothécaire le droit de se faire payer par préférence aux autres créanciers sur le prix de l'immeuble grevé, et de saisir cet immeuble dans quelque main qu'il se trouve.

01/11/2020 Me BESSEM BEN SALEM 69

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

## 1.1.1 Caractéristiques de l'hypothèque :

### (i). Caractéristiques du droit :

Le droit auquel donne naissance, l'hypothèque est un droit réel, accessoire et indivisible.

- **Droit réel (articles 12 et 271 du CDR) :** C'est un droit qui porte directement sur une chose déterminée, mais un droit réel de garantie et non un démembrement de la propriété.
- **Droit accessoire :** L'hypothèque est accessoire à l'obligation principale qu'elle a pour but de garantir (à ce titre elle diffère des droits réels principaux tels que le droit de propriété et ses démembrements). Il serait donc impossible de constituer une hypothèque sans qu'il existe une obligation principale.
- **Droit indivisible (article 208 du CDR) :** L'hypothèque est indivisible, elle subsiste en entier sur chaque partie de la chose qui en est l'objet et garantit la totalité de la dette. Ceci étant, la pratique des établissements de crédit a donné naissance à des main levées partielles en cas de paiement d'une partie de la dette.

01/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

70

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

## (ii). Caractéristique du contrat :

- **Contrat de garantie :** Il accorde au créancier une hypothèque qui lui garantit l'exécution par le débiteur de ses obligations et ce même si le bien ne lui appartient pas et que quelqu'un d'autre l'a affecté en garantie de la dette du premier.
- **Contrat unilatéral :** il ne fait naître des obligations que sur celui qui le souscrit, à savoir le débiteur.
- **Contrat d'échange :** il met en jeu un échange du bien immobilier, affecté à la garantie, contre un financement.

## 1.1.2. Source des hypothèques :

Les hypothèques peuvent être établies par la convention des parties, par la loi ou à la suite d'une décision judiciaire. On parle alors des hypothèques légales et judiciaires en plus des hypothèques conventionnelles qui naissent des contrats.

01/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

71

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

## (i). L'hypothèque légale :

- Il existe des cas où la loi institue une hypothèque au profit de personnes déterminées :
- **L'article 14 de la loi du 27 avril 1992**, relative à la mise à jour des titres fonciers, dispose que dans le cas où l'Etat avancerait les frais de mise à jour, il établit une hypothèque légale sur le titre et la radiation de l'inscription intervient après règlement qui peut être poursuivi par le biais des titres de poursuite.
- **L'article 458 du CPC** contient les règles applicables aux saisies immobilières et impose au conservateur de la propriété foncière, à l'occasion de l'immatriculation du procès verbal de la vente judiciaire, d'inscrire une hypothèque au profit du saisi pour garantir le règlement du prix et des frais des enchères.

## (ii). L'hypothèque judiciaire :

- Cette hypothèque garde toujours une origine légale même si elle a pour source principale une décision judiciaire comme par exemple l'hypothèque judiciaire qui résulte du jugement de faillite, au profit de la masse des créanciers, qui est prévu par l'article 453 du CC.

01/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

72

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

## 1.2. Importance de l'hypothèque :

- Étant donné l'importance de l'emprunt dans la vie économique et sociale, l'hypothèque a pris de l'importance puisqu'elle vient garantir les emprunts.
- A ce titre, l'hypothèque offre un privilège à celui qui dans les conditions actuelles du marché, ne se contente pas de la garantie générale.
- Paradoxalement, l'hypothèque fait naître un sentiment de sécurité chez le prêteur, qui aura confiance en la capacité de remboursement de l'emprunteur.
- Par ailleurs, l'hypothèque assure la protection des tiers au travers de la publicité.

01/11/2020

ME BESSEM BEN SALEM

73

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

## 1.3. Constitution de l'hypothèque :

- Le contrat d'hypothèque doit réunir un certain nombre de condition de validité.
- La capacité des parties et l'article 204 du CDR a réglementé l'incapacité dans l'hypothèque qui correspond à l'incapacité dans la vente prévue par les articles 566 et 570 du COC.
- Un consentement non vicié.
- Un objet qui consiste en l'établissement d'un droit réel sur un immeuble pour garantir le paiement de la créance.
- Une cause à savoir la garantie de la dette.
- Par ailleurs, le législateur a voulu sécurisé l'hypothèque à travers un formalisme comme condition de validité.

01/11/2020

ME BESSEM BEN SALEM

74

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

## 1.3.1. L'écrit :

L'article 275 du CDR dispose que « l'hypothèque ne peut être valablement consentie que par écrit ».

(i). Justification du formalisme :

Ce formalisme permet d'atteindre plusieurs objectifs :

- avertir le constituant du danger de ce type de contrat ;
- bien déterminer et délimiter l'objet de l'hypothèque afin d'empêcher toute confusion ;
- concilier les nécessités bancaires d'établir un échéancier qui suppose l'existence d'une trace écrite.

01/11/2020

ME BESSEM BEN SALEM

75

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

(ii). Nature de l'écrit :

- Le contrat constitutif d'hypothèque est un contrat solennel, dont l'écrit est une condition de validité.
- Le législateur a institué un monopole en faveur de certaines personnes quant à la rédaction du contrat constitutif d'hypothèque (article 377 bis du CDR).
- En effet, sont exclusivement habilités à rédiger les actes et conventions soumis à l'inscription sur le livre foncier (et donc les contrats constitutifs d'hypothèques) :
  - Le conservateur de la propriété foncière, les directeurs régionaux ainsi que les agents de la conservation de la propriété foncière chargés de la mission de rédaction ;
  - Les notaires ;
  - Les avocats en exercice, non stagiaires
- Le contrat constitutif d'hypothèque rédigé par une autre personne que celles indiquées ci-dessus est frappé de nullité absolue. Toutefois, les hypothèques conclues par les établissements de crédit ne sont pas soumises à cette obligation (article 377 du CDR).
- En fin, l'article 275 du CDR énumère les mentions obligatoires du contrat d'hypothèque : il s'agit de l'immeuble sur lequel l'hypothèque est consentie ainsi que le montant de la créance.

01/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

76

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

(iii). Lieu de rédaction de l'acte :

- L'article 274 du CDR dispose que « les écrits faits en pays étrangers ne peuvent ni être la cause d'affectation hypothécaire, ni conférer d'hypothèque sur les biens situés en Tunisie ».
- Cette exigence trouve son origine dans le principe de la souveraineté de l'Etat.

1.3.2. Le bien hypothéqué :

- L'article 205 du CDR dispose, en général, que « tout ce qui peut être valablement vendu peut être objet de nantissement ».
- le constituant doit être propriétaire de l'immeuble donné en hypothèque, qu'il soit lui-même le débiteur ou non.

(i). Hypothèque de la chose d'autrui :

- Elle est frappée de nullité absolue sauf pour l'hypothèque consentie par le propriétaire apparent de l'immeuble. Dans ce cas, l'hypothèque ne peut être maintenue qu'à la condition que le créancier ait été de bonne foi c'est à dire persuadé de traiter avec le véritable propriétaire.

01/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

77

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

- Ceci étant et en vertu de l'article 203 du CDR, l'hypothèque de la chose d'autrui est valable si le maître y consent ou si le constituant acquiert postérieurement la propriété de la chose.

(ii). Hypothèque des biens à venir :

- En principe, on ne peut hypothéquer que les biens, dont on est propriétaire au moment de l'acte constitutif. Le droit de propriété éventuel n'est donc pas hypothécable.
- Cette interdiction ressort de l'article 275 du CDR qui exige de déterminer l'immeuble hypothéqué.

01/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

78

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

## (iii). Hypothèque du bien indivis :

- L'article 59 du CDR dispose que « chaque co-indivisaire peut aliéner sa quote-part, la céder, la constituer en nantissement et en disposer à titre onéreux ou gratuit, à moins qu'il n'ait qu'un droit personnel ».
- Ce type de situation peut donner lieu soit à une hypothèque donnée par tous les co-indivisaires pour garantir la créance de l'un ou plusieurs d'entre eux, ce qui ne pose en pratique, aucun problème, mais un des co-indivisaires peut donner, uniquement, sa quote-part en garantie de sa propre dette ou de la dette d'autrui, auquel cas, cette hypothèque est valable, en application des dispositions de l'article 59 du CDR mais n'est pas sans poser des problèmes en pratique s'il fallait aller jusqu'à l'exécution forcée, problèmes qui ont trait au droit de retrait ou de présomption (articles 103 à 115 du CDR).

02/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

79

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

## 1.3.3. Spécialité de l'hypothèque :

- L'hypothèque doit être spéciale, c'est à dire que la créance garantie doit être précisée dans son montant qui doit être déterminé dans l'acte (article 275 du CDR). Ainsi, on ne saurait garantir une créance dont le montant est indéterminé.
- De même les immeubles hypothéqués doivent être précisés dans l'acte, de façon individualisée qui permet leur identification.
- En conséquence, un constituant ne peut pas donner en garantie tout ses immeubles, sans plus des précisions.

## 1.4. Les effets de l'hypothèque :

- L'hypothèque valablement formée, produit entièrement ses effets entre les parties et une fois publiée, elle devient opposable aux tiers.

02/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

80

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

## 1.4.1. A l'égard du constituant :

- Avant l'échéance, le débiteur conserve la maîtrise du bien. Il en garde les attributs du droit de propriété, avec quelques restrictions. En effet, les actes susceptibles de diminuer la valeur de l'immeuble, et par conséquent de nuire au créancier, ne sont pas autorisés (article 207 du CDR).
- En outre, le constituant garanti la sauvegarde du droit d'hypothèque, qui se manifeste à travers les dispositions de l'article 276 du CDR qui prévoit que « si les immeubles affectés à l'hypothèque ont péri ou se sont détériorés de manière qu'ils soient devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci a le droit de réclamer le remboursement de sa créance. Néanmoins, le débiteur sera admis à offrir un supplément d'hypothèque si la perte ou les détériorations ne lui sont pas imputables ».
- Après l'échéance de la dette, le créancier hypothécaire non payé peut procéder à la saisie de l'immeuble hypothéqué. A noter que la droit de saisir appartient à tout créancier, mais qu'en pratique, il sera exercé par les créanciers hypothécaires car les créanciers ordinaires ne peuvent compter que sur le reliquat du prix de l'immeuble, après satisfaction des créances hypothécaires.
- En cas de saisie, les droits du débiteur sont considérablement diminués / il ne peut ni administrer, ni jouir, ni disposer de l'immeuble saisi.

02/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

81

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

## 1.4.2. A l'égard des créanciers :

- Le créancier hypothécaire dispose d'un droit d'exécution sur l'immeuble nanti ainsi que d'un droit de préférence.

**(i). Droit d'exécution :**

- L'une des principales conséquences de l'hypothèque est qu'elle donne au créancier le droit de faire vendre l'immeuble, objet de l'hypothèque, en suivant scrupuleusement les procédures prescrites par le CPCC.
- Le droit d'exécution par la vente au enchères du bien prend naissance à l'échéance et en cas de non règlement de la créance. En effet, l'article 298 du CDR dispose que « la vente aux enchères a lieu selon la procédure d'adjudication des immeubles, prévue par le code de procédure civile et commerciale » :

**a- Le titre exécutoire :**

L'un des principes sur lesquels se fonde l'exécution forcée est d'être en possession d'un titre exécutoire qui prend la forme, soit, d'un jugement définitif (article 288 du CPCC) rendu en faveur du demandeur (article 252 du CPCC) et dans les formes prévues par l'article 253 du CPCC.

12/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

82

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

- b- Procédure préalable :**  
Le créancier/détenteur du titre exécutoire doit, par l'intermédiaire d'un avocat, saisir l'immeuble, préparer un cahier de charge et faire les publicités légales :

- Saisie de l'immeuble :** S'agissant des immeubles non immatriculés, il faut distinguer deux cas de figure
  - Si une saisie conservatoire a été déjà effectuée sur l'immeuble (article 459 du CPCC), et à l'expiration du délai d'exécution mentionnée à l'article 287 du CPCC (20 jours) l'huissier notaire signifie au débiteur la transformation de la saisie conservatoire en saisie exécutoire en mentionnant le titre exécutoire et sa signification au débiteur.
  - Si aucune saisie conservatoire n'a été effectuée (article 460 du CPCC), l'huissier notaire effectue directement la saisie exécutoire à travers un procès verbal de saisie exécutoire, qui doit contenir, à peine de nullité, toutes les mentions obligatoires de l'article 460 du CPCC.
  - Pour ce qui est des immeubles immatriculés, l'article 451 du CPCC permet de fonder la saisie soit sur un titre exécutoire ou sur un commandement immatriculé au registre de la conservation de la propriété foncière.
  - Quand la saisie se fait, à travers un commandement notifié au débiteur par le ministère d'un huissier notaire, il doit contenir toutes les mentions obligatoires de l'article 452 du CPCC à peine de nullité de la saisie.
  - Si le débiteur ne donne pas suite au commandement, celui-ci doit être inscrit au registre foncier dans les 90 jours de sa date, à peine de nullité.
  - L'inscription du commandement de payer est considérée comme une saisie exécutoire à partir du jour de l'inscription (article 453 du CPCC).

12/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

83

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

- Préparation d'un cahier de charge :**
  - L'avocat du demandeur doit préparer un cahier de charge qui doit contenir les mentions énumérées à l'article 412 du CPCC. Il s'agit de 8 mentions auxquelles s'ajoutent la liste des inscriptions portée sur le registre de la conservation de la propriété foncière.
  - L'avocat du demandeur doit, 60 jours au plus tard à partir de la saisie, présenter au tribunal un cahier de charge dûment signé auquel est annexé le rapport d'un expert désigné par ordonnance sur requête, fixant le prix initial ou « de mise à prix » (article 411 CPCC).
- Publicité :**
  - L'avocat du poursuivant doit, dans un délai de 60 jours au plus et 20 jours au moins, avant la date de la vente aux enchères, insérer au JORT un avis signé par lui et contenant les mentions énumérées à l'article 418 du CPCC.
  - Dans le même délai, l'avocat, par le ministère d'un huissier notaire, doit afficher l'avis susmentionné, au bureau de l'avocat, au bureau du huissier notaire, à l'entrée de l'immeuble saisi et à l'entrée du tribunal ou se déroulera la vente aux enchères.
  - Cet affichage est cantonné dans un procès-verbal établi par l'huissier notaire (article 419 du CPCC).

12/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

84

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



## 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

- c- **Procédure de la vente aux enchères :**
  - L'avocat du poursuivant doit, 20 jours au moins avant la date fixée pour l'audience de vente aux enchères, assigner le saisi, les autres créanciers inscrits et les auteurs des prénotes (article 422 du CPC).
  - En application de l'article 423 du CPC, la vente aux enchères a lieu 40 jours au moins et 60 jours au plus depuis la présentation du cahier de charges au greffe, et ce, à l'audience des ventes immobilières du tribunal de première instance du lieu de situation de l'immeuble.
  - La vente se fait aux enchères présentées par le poursuivant et toute personne ayant consigné le tiers du montant de la mise à prix, par l'intermédiaire d'avocats non stagiaires.
  - Si le règlement n'intervient pas au plus tard avant le début de l'adjudication, celle-ci se poursuit jusqu'à la dernière enchère.
  - Les enchères sont ouvertes par l'annonce de l'avocat du poursuivant, portant sur les caractéristiques de l'immeuble, les charges qui pèsent sur lui, le montant de la mise à prix et les dépenses fixées par le tribunal.

01/11/2020
Me BESSEM BEN SALEM
65

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



## 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

- La vente se fait au dernier enchéreur après l'extinction de trois lumières (bougies) successives d'une durée d'une minute chacune.
- Si aucune enchère n'est faite et après l'extinction des trois lumières, le poursuivant est déclaré adjudicataire, s'il le souhaite, si non une nouvelle procédure de vente sera programmée avec une réduction de dix pour cent de la mise à prix.
- Le jugement d'adjudication n'est pas susceptible de recours, sauf pour annulation devant le même tribunal.
- L'adjudicataire doit consigné le prix de l'adjudication à la caisse des dépôts et consignations dans un délai de 2 mois de l'adjudication.
- Si l'adjudicataire est le poursuivant, il ne consigne que la différence entre sa créance et le prix de l'adjudication.

01/11/2020
Me BESSEM BEN SALEM
66

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



## 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

**d- Importance des procédures :**

- Les procédures de la vente aux enchères immobilières sont juridictionnelles, coûteuses et compliquées, mais elles assurent un équilibre des intérêts en présence.
- Le moindre non respect des procédures entraîne la nullité en application de l'article 288 du CDP, par la jurisprudence extensive et par analogie avec ce qui est prévu pour l'immeuble à l'article 256 du CDS.

**(ii). Droit de préférence :**

- Le droit de préférence s'exerce sur le capital de la créance inscrite, ainsi que sur les intérêts, mais seulement à concurrence de trois années et à condition que le taux d'intérêts soit indiqué dans l'acte de l'inscription.
- Mais il peut arriver que plusieurs créanciers hypothécaires soient inscrits sur un même immeuble, il est nécessaire de déterminer l'ordre dans lequel ils seront payés, c'est à dire leur rang.
- Lorsque l'immeuble a été vendu et qu'il y avait plusieurs créanciers hypothécaires inscrits, le problème se pose pour le juge de savoir quel ordre doit être établi entre les créanciers.
- En principe, c'est le rang chronologique de l'inscription qui détermine le rang du créancier : le premier inscrit sera le premier payé, puis le second inscrit et ainsi de suite.

01/11/2020
Me BESSEM BEN SALEM
67

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

## 1.4.3. A l'égard des tiers :

L'hypothèque n'est opposable aux tiers que si elle est publiée.

### (i). Publicité de l'hypothèque :

- Pour les immeubles immatriculés, l'article 279 du CDR dispose que « l'hypothèque ne se constitue qu'après son inscription (au registre de la conservation de la propriété foncière). Elle prend rang entre les créanciers dans la forme et de la manière prescrites par le présent code. Les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date. Les inscriptions prises ont même durée que l'hypothèque ».
- Pour les immeubles non immatriculés, l'inscription sur les registres de la conservation de la propriété foncière est remplacée par la mention de l'hypothèque sur le titre de propriété, porté par deux notaires (articles 279 du CDR).
- L'inscription, ou ce qui la remplace, a un effet publicitaire, d'opposition et un effet constitutif de l'hypothèque.

20/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

88

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

## (ii). Droit de suite :

- L'hypothèque suit les immeubles affectés dans quelques mains qu'ils passent. Tel est le principe par lequel la loi consacre le droit de suite (article 280 du CDR).
- Le droit de suite offre au créancier la possibilité de saisir l'immeuble hypothéqué entre les mains de n'importe quel tiers devenu propriétaire de l'immeuble, à condition que l'hypothèque ait été inscrite avant la transcription de la vente.
- Le droit de suite signifie implicitement et a contrario que le constituant peut se défaire de l'immeuble.

Le tiers détenteur, confronté au droit de suite, se fait ouvrir par les articles 281, 282 et 283 du CDR, quatre choix : règlement de la dette, engagement d'acquitter la dette (article 294 du CDR), dessaisissement de l'immeuble hypothéqué ou acceptation de la procédure de la vente aux enchères.

20/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

89

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. L'Hypothèque (sûreté réelle par excellence)

## 1.5. Extinction de l'hypothèque :

- L'extinction totale de l'hypothèque avec ses attributs, droit de suite et droit de préférence, se produit par voie accessoire à l'extinction de la créance ou par voie principale, si le créancier renonce à la sûreté (mainlevée) ou si le bien grevé se détruit totalement.
- L'hypothèque s'éteint partiellement soit qu'elle ne garantisse plus qu'une partie de la créance, ou que son assiette ait été réduite, soit qu'exceptionnellement le droit de suite disparaisse (purge de l'hypothèque ou expropriation du bien hypothéqué).

20/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

90

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. Nantissement mobilier

C'est une sûreté réelle qui donne au créancier un droit réel sur un bien meuble pour éviter les inconvénients d'une garantie générale.

### 2.1. Notion de gage :

- Le nantissement mobilier est un contrat consensuel et réel, par lequel le constituant donne en garantie de règlement, un bien meuble, sur lequel le créancier exerce un droit réel accessoire lui accordant un droit de rétention et un droit de préférence.

### 2.2. Éléments constitutifs :

- Les parties doivent être capables et le gage doit porter sur un bien meuble tel que défini aux articles 13 et 14 du CDR.
- Ceci étant, l'article 205 du CDR dispose que « tout ce qui peut être valablement vendu peut être objet de nantissement ».
- Pour le reste, les éléments constitutifs sont comparables, à ceux de l'hypothèque. Toutefois, l'article 212 du CDR incorpore aux éléments constitutifs du gage, la remise effective de la chose à un tiers.

02/11/2020
Me BESSEM BEN SALEM
9.1

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. Nantissement mobilier

- La remise de la chose peut être effective par la délivrance (article 215 du CDR), mais dans certains cas, elle est présumée ou réputée effectuée.
- C'est ainsi que l'article 216 du CDR considère que le créancier est censé avoir le gage en sa possession, lorsque les choses qui constituent le gage sont à sa disposition, dans ses magasins et navires, ou dans ceux de son commissionnaire, à la douane ou dans un dépôt public, ou si avant qu'elles soient arrivées, il en est saisi par un connaissement ou par un titre de transport endossé au nom du créancier ou à son ordre.
- Le non respect de la remise de la chose entraîne la nullité du gage. Toutefois, pour les gages non possessoires, cette remise est remplacée par d'autres conditions.
- Par exemple, le nantissement d'un fond de commerce doit être, à peine de nullité, constaté par écrit (article 230 du CC) et inscrit sur le registre public des nantissements auprès du greffe du tribunal de première instance du lieu de situation du fond.

02/11/2020
Me BESSEM BEN SALEM
9.2

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. Nantissement mobilier

### 2.3. Effets du gage :

#### 2.3.1. A l'égard du débiteur :

- Le débiteur doit constituer un droit réel sur le bien, il supporte les charges des biens nant, et garantit sa destruction ou sa disparition.
- En contrepartie, le débiteur conserve la propriété du bien nant, il peut l'aliéner à la condition que la dette soit payée en principal et accessoires à moins que le créancier ne consente à ratifier l'aliénation (article 230 du CDR).

#### 2.3.2. A l'égard du créancier :

- Le créancier doit veiller à la garde et à la conservation de la chose ou du droit dont il est nanti avec la même diligence qu'il met à la conservation des choses qui lui appartiennent (article 233 du CDR).
- Il doit poursuivre le recouvrement des titres de créance s'ils sont objets du gage comme les effets de commerce (article 234 du CDR).
- Si la chose ou ses produits menacent de se détériorer ou de déprécier, le créancier doit en avertir aussitôt le débiteur (article 235 du CDR).
- Il ne peut faire usage du gage, ni constituer un sous-gage sur la chose, ni en disposer d'aucune autre manière dans son intérêt personnel, s'il n'y est expressément autorisé (article 236 du CDR).
- Il doit, enfin, restituer le bien nant à l'extinction du gage (article 238 du CDR).

02/11/2020
Me BESSEM BEN SALEM
9.3

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. Nantissement mobilier

### 2.3.3. A l'égard des tiers :

- En application des dispositions de l'article 214 du CDR, le privilège ne s'établit à l'égard des tiers que s'il y a un acte écrit, ayant date certaine, énonçant la somme due, l'époque de l'échéance ou de l'exigibilité, l'espèce et la nature des choses mises en gage, leurs qualités, poids et mesure, de manière qu'on puisse les reconnaître exactement, cette description peut être faite, soit dans l'acte même, soit dans un état annexé à l'acte.
- Le droit de rétention du créancier est opposable aux tiers. En effet, l'article 228 du CDR dispose que « le créancier n'est tenu de restituer le gage au débiteur, ou au tiers bailleur du gage, qu'après parfaite exécution de l'obligation, quand même le gage serait divisible ».
- Le droit de préférence est aussi opposable aux tiers en application de l'article 201 du CDR.
- Le créancier dispose aussi d'un droit de suite sur l'objet du gage.

21/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

94

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. Nantissement mobilier

### 2.4. La liquidation du gage :

- En cas d'inexécution, même partielle de l'obligation, le créancier a la faculté, huit jours après une simple mise en demeure signifiée par huissier notaire au débiteur ou au bailleur du gage s'il en a un, de faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage.
- Le débiteur ou le tiers bailleur du gage peuvent faire opposition dans ce délai, en assignant le créancier devant la juridiction compétente, l'opposition arrête la procédure de vente publique.
- Passé le délai et à défaut d'opposition, le créancier peut se faire autoriser, par ordonnance sur requête, à faire vendre les objets donnés en gage.

21/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

95

---

---

---

---

---

---

---

---



## V. Les Sûretés Personnelles

21/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

96

---

---

---

---

---

---

---

---



- La sûreté est qualifiée de personnelle quand elle résulte d'un engagement personnel et dans la mesure où elle fait partie des droits personnels.
- La sûreté personnelle consiste en une adjonction d'un engagement personnel à un engagement civil.
- Cette adjonction permet au bénéficiaire, en cas d'insolvabilité du débiteur principal, d'exercer ses droits sur la ou les cautions.
- Dans cette sûreté, il est possible de distinguer la solidarité négative, qui est une solidarité entre l'ensemble des débiteurs de sorte à ce que chacun d'entre eux réponde de l'intégralité de la dette vis-à-vis du créancier, de la caution, qui est la plus importante sûreté personnelle (article 1478 et suivants du COC).
- Ce type de sûreté quoiqu'il offre une garantie importante, il n'en demeure pas moins une garantie générale.

01/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

97

---

---

---

---

---

---

---

---



## 1. Le Cautionnement

- D'après l'article 1478 du COC « le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'oblige envers le créancier à satisfaire à l'obligation du débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même ».
- Afin de distinguer le cautionnement de la garantie, il est possible d'évoquer le droit de recours que garde la caution qui satisfait l'obligation, à l'encontre du débiteur principal.

**1.1. Caractéristiques du cautionnement :**

**1.1.1. Sûreté conventionnelle :**

Le cautionnement naît toujours d'un contrat entre la caution et le créancier. Nul ne peut être caution contre sa volonté.

Le contrat de cautionnement est un contrat unilatéral c'est à dire qu'il ne crée d'obligation qu'à la charge de la caution.

Ce contrat peut être gratuit ou onéreux, selon que la caution fait payer son service au débiteur ou non (article 1493 du COC).

01/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

98

---

---

---

---

---

---

---

---



## 1. Le Cautionnement

**1.1.2. Contrat accessoire :**

Le cautionnement est un contrat accessoire car il suppose toujours une dette principale à garantir. Ainsi, l'obligation de la caution est accessoire à la dette principale due par le débiteur principal au créancier.

Plusieurs conséquences découlent de ce caractère :

- Le cautionnement peut excéder ce qui est dû au principal par le débiteur, sauf en ce qui concerne le terme (article 1490 du COC).
- L'obligation de cautionnement, du fait qu'elle est accessoire à la dette principale, permet à la caution d'opposer au créancier toutes les exceptions tant personnelles que réelles qui appartiennent au débiteur principal.

Elle a le droit de s'en prévaloir, s'y oppose ou y renonce. Elle peut même opposer les exceptions qui sont exclusivement personnelles à ce dernier, telles que l'incapacité du débiteur (article 1502 du COC).

Toutes les causes qui produisent l'extinction de l'obligation principale éteignent le cautionnement et le cautionnement n'est valable que si l'obligation est elle-même valable (article 1482 du COC).

01/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

99

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Le Cautionnement

## 1.2. Distinction avec les institutions voisines :

### 1.2.1. La lettre d'intention :

- Il s'agit de la lettre émise généralement par une société mère qui se propose de garantir les dettes d'une filiale. Cette lettre est un engagement moral qui ne peut pas réunir les conditions pour former un cautionnement, auquel cas l'obligation qui pèse sur la société mère est une obligation de contrôle de la société filiale afin de l'amener à rembourser ses dettes.
- Toutefois, le contenu de la lettre d'intention peut réunir les éléments constitutifs d'un cautionnement, auquel cas, la société mère pourrait être tenue judiciairement pour caution.

### 1.2.2. La garantie des tiers :

- C'est un contrat par lequel une personne s'engage à amener une tierce personne à approuver un engagement.
- Ce contrat institue une obligation de résultat à la charge de son auteur, celle de l'approbation de l'engagement par une tierce personne.

2011/2012

Me BESSEM BEN SALEM

10/11

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Le Cautionnement

## 1.2.3. L'assurance crédit :

- C'est un contrat d'assurance par lequel un assureur garanti l'insolvabilité de l'assuré en contre partie des primes qu'il verse.
- L'assureur ne garantit pas la dette principale mais un dédommagement de l'insolvabilité de l'assuré

## 1.2.4. La garantie à première demande :

- C'est un contrat par lequel, généralement, un établissement de crédit, garanti le paiement d'une somme déterminée indépendamment de la dette principale si elle existe.

## 1.3. Différentes sortes cautionnement :

- Le législateur distingue deux types de cautionnements, le cautionnement simple et le cautionnement solidaire.

2011/2012

Me BESSEM BEN SALEM

10/11

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Le Cautionnement

## 1.3.1. Le cautionnement simple :

- Il reconnaît à la personne obligée certaines prérogatives lui permettant vis à vis du créancier d'être son débiteur subsidiaire et qui n'est tenu à s'acquitter de son obligation qu'en cas d'insolvabilité totale ou partielle de débiteur principal.

## 1.3.2. Le cautionnement solidaire :

- La situation de la caution, ici, est plus aggravée puisqu'elle est considérée solidaire avec le débiteur principal et ne bénéficie pas des prérogatives telles que le bénéfice de la discussion ou de la division.
- De ce fait, le cautionnement solidaire est d'usage courant chez les établissements de crédit en Tunisie. En effet, il s'agit d'une garantie respectable qui fait rapprocher la situation de la caution solidaire de celle d'un débiteur.

2011/2012

Me BESSEM BEN SALEM

10/11

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Le Cautionnement

## 1.4. Formation du cautionnement:

- S'agissant d'un contrat consensuel, il doit réunir l'ensemble des éléments constitutifs prévus à l'article 2 du COC avec quelques particularités.

### 1.4.1. Objet du cautionnement :

- Ne pouvant se grever que sur une obligation valable, le cautionnement peut avoir pour objet une obligation éventuelle (telle que la garantie pour cause d'éviction), future ou indéterminée, pourvu que la détermination puisse intervenir par la suite (telle que la somme à laquelle une personne pourra être condamnée par un jugement). Dans ce cas, l'engagement de la caution sera déterminé par celui du débiteur principal (article 1483 du COC).

Ceci étant, l'engagement de cautionner quelqu'un c'est à dire la promesse de garantir une obligation, ne constitue pas un cautionnement, mais celui envers lequel il a été pris, c'est à dire le bénéficiaire, a le droit d'en exiger l'accomplissement, à défaut, il a le droit aux dommages et intérêts (article 1486 du COC).

- Enfin, on ne peut cautionner une obligation que le fidjusseur (la caution) ne pourrait acquitter au lieu du débiteur principal telle qu'une peine corporelle (article 1484 du COC).

20/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

103

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Le Cautionnement

## 1.4.2. Personnes qui peuvent être caution :

- Nul ne peut se porter caution, s'il n'a la capacité d'aliéner à titre gratuit (article 1480 du COC).

- Cette disposition exclue ainsi toute possibilité aux incapables de se porter caution et consacre la volonté du législateur de protéger le patrimoine des incapables de toute atteinte et de tout abus.

- C'est ainsi que le cautionnement contracté en violation de cette interdiction est nul de plein droit (ordre public) vis à vis des parties et des tiers.

- C'est ainsi aussi, que le mineur ne peut se porter caution même avec l'autorisation de son père ou de son tuteur, s'il n'a aucun intérêt dans l'affaire qu'il garantit (article 1480 du COC).

- En conséquence, il est possible au mineur même non émancipé, de se porter caution à une double conditions :

- l'intervention du tuteur ;
- l'intérêt moral ou pécuniaire que peut tirer le mineur.

20/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

104

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Le Cautionnement

- Exceptionnellement, le cautionnement donné par un malade pendant sa dernière maladie ne vaut que pour le tiers de ses biens, si ses héritiers n'ont pas consenti à autoriser une obligation plus étendue (article 1481 du COC).

## 1.5. Preuve du cautionnement :

- Le cautionnement doit être exprès et ne se présume point (article 1485 du COC).

- En d'autres termes, le cautionnement de la caution ne peut se déduire de son silence ou d'une attitude passive. L'intention de se porter caution doit résulter d'une déclaration claire et nette en ce sens.

- Cette obligation ne constitue pas une condition de forme d'établissement d'un écrit. En conséquence, la preuve du cautionnement peut être rapportée par les moyens de preuve du droit commun, dont, entre autres, le témoignage.

20/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

105

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Le Cautionnement

## 1.6. Effets du cautionnement :

### 1.6.1. Rapport de la caution et du créancier :

- Les obligations de la caution ne peuvent dépasser celles du débiteur principal.
- La caution simple n'est tenue de payer qu'à défaut de paiement par le débiteur et elle peut opposer au créancier toutes les exceptions tant personnelles que réelles qui appartiennent au débiteur principal, y compris celles qui se fondent sur l'incapacité personnelle de ce dernier.
- Le créancier n'a d'action contre la caution que si le débiteur principal est en demeure d'exécuter son obligation (article 1496 du COC).
- Toutefois, si la caution meurt avant l'échéance, le créancier a le droit d'agir aussitôt contre sa succession, sans attendre l'échéance par l'effet d'une forclusion. Dans ce cas, les héritiers qui ont payé auront recours contre le débiteur principal à l'échéance de l'obligation principale.
- En outre, l'insolvabilité déclarée de la caution fait échoir la dette à l'égard de celle-ci, même avant l'échéance de la dette principale, le créancier est autorisé, dans ce cas, à introduire sa créance dans la masse (article 1497 du COC).

12/11/2020
Me BESSEM BEN SALEM
108

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Le Cautionnement

## (i). Bénéfice de discussion :

- Ce bénéfice consiste en ce que la caution peut obliger le créancier à poursuivre d'abord le débiteur sur ses biens.
- La caution doit invoquer le bénéfice de discussion dès les premières tentatives de poursuite en désignant les biens à saisir et en énonçant les frais de poursuite.
- L'article 1498 du COC pose deux conditions cumulatives pour pouvoir invoquer le bénéfice de discussion par la caution :
  - Les biens meubles et immeubles du débiteur doivent être situés sur le territoire tunisien ;
  - Les biens meubles et immeubles du débiteur doivent être désigné par la caution.
- Si ces conditions sont réunies, il sera sursis aux poursuites contre la caution, jusqu'à la discussion des biens du débiteur.

12/11/2020
Me BESSEM BEN SALEM
107

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Le Cautionnement

- Le bénéfice de discussion ne peut être demandé dans certains cas :
  - La caution a renoncé formellement à l'exception de discussion ;
  - La caution est solidaire ;
  - Les poursuites et l'exécution contre le débiteur principal sont devenues notablement plus difficiles par suite du chargement de résidence du débiteur par exemple ;
  - Le débiteur principal est en débat de déconfiture notoire ou d'insolvabilité déclarée ;
  - Les biens désignés ne peuvent être discutés pour cause de litige ou d'hypothèque.
- (ii). Le bénéfice de division :
  - Il permet à la caution poursuivie d'obliger le créancier, disposant par ailleurs de plusieurs cautions, à ne le saisir que pour sa part dans la dette.
  - En effet, il n'existe pas de solidarité entre les cautions. Toutefois, si cette solidarité a été stipulée ou lorsque le cautionnement a été contracté séparément et pour la totalité de la dette, ou lorsque le cautionnement constitue un acte de commerce de la part des cautions (article 1500 du COC), la caution perd ipso facto le bénéfice de division.

12/11/2020
Me BESSEM BEN SALEM
109

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Le Cautionnement

## 1.6.2. Rapport de la caution et du débiteur :

- le désintéressement du créancier par la caution crée un rapport direct entre la caution et le débiteur principal. A ce titre, la caution dispose de recours lui permettant soit d'exiger le remboursement intégral de ce qu'elle a payé, soit de se subroger dans les droits des créanciers désintéressés.

### (i). Recours après paiement :

- La caution qui a valablement éteint l'obligation principale a recours, pour tout ce qu'elle a payé, contre le débiteur.
- La caution est subrogée dans les droits et les privilèges du créancier désintéressé.

La caution perd son droit de recours à l'encontre du débiteur principal dans certains cas :

- La caution a acquitté une dette qui la concerne personnellement ;
- Le cautionnement a été donné malgré la défense du débiteur ;
- Lorsque le cautionnement a été donné à titre de libéralité (article 1510 du COC) ;
- Lorsque la caution a payé ou a été condamnée en dernier ressort sans avertir le débiteur et si ce dernier justifie qu'il a payé la dette.

15/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

1/19

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Le Cautionnement

## (ii). Recours avant paiement :

- Afin d'être déchargée de son obligation avant terme, la caution peut recourir à l'encontre du débiteur dans trois cas (article 1503 du COC) :

- Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour paiement et dès que le débiteur est en demeure de payer ;
- Lorsque le débiteur s'est obligé à lui rapporter la décharge du créancier dans un délai déterminé ;
- Lorsque les poursuites contre le débiteur sont devenues notablement plus difficiles par suite de changement de résidence par exemple.

## 1.6.3. Pluralité de cautions :

- Lorsque plusieurs personnes ont cautionné la même dette par le même acte, chacune d'entre elles n'est obligée que pour sa part.
- La solidarité entre cautions n'a lieu que si elle a été stipulée ou si chaque caution s'est engagée par acte séparé et pour la totalité de la dette, ou lorsque le cautionnement constitue un acte de commerce de la part des cautions (article 1500 du COC).
- Même en cas de solidarité, si l'une des caution a payé la totalité, elle dispose d'un recours contre les autres cautions chacune pour sa part.

15/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

1/10

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



# 1. Le Cautionnement

## 1.7. Extinction du cautionnement :

L'engagement de cautionnement s'éteint accessoirement dans tous les cas où la dette principale s'est éteinte.

- En outre, toutes les causes qui produisent l'extinction de l'obligation principale éteignent le cautionnement (article 1512 du COC), même indépendamment de l'obligation principale qui subsiste dans les cas suivants (article 1513 du COC) :

- le paiement fait par la caution ;
- la délégation donnée par la caution est acceptée par le débiteur et par le tiers délégué ;
- la consignation de la chose due ;
- la novation entre le créancier et la caution (article 1514 du COC) ;
- la remise de dette accordée au débiteur ;
- la remise à l'une des co-cautions, qui libèrent celle-ci pour la part de la caution à qui la remise a été accordée (article 1516 du COC) ;
- la novation opérée à l'égard de débiteur principal (article 1517 du COC)

15/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

1/11

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



## 1. Le Cautionnement

- la confusion qui s'opère entre le créancier et le débiteur (article 1518 du COC) ;
- la confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal de sa caution (article 1518 du COC) ;
- la prorogation du terme accordé par le créancier au débiteur et si ce dernier est solvable au moment de prorogation (article 1519 du COC) ;
- la prescription au profit du débiteur principal (article 1520 du COC) ;
- l'acceptation volontaire par le créancier, en paiement de sa créance, une chose différente de celle qui en a été l'objet (article 1521 du COC) ;
- Ceci étant, le décès de la caution n'éteint pas le cautionnement qui passe à sa succession (article 1522 du COC).

20/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

11.2

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. La solidarité

- La solidarité détachée de la caution est une forme de garantie qui fait de l'engagé solidaire débiteur principal de la dette au même titre que ce dernier.
- La solidarité qui ne se présume jamais, doit être expresse.

20/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

11.3

---

---

---

---

---

---

---

---



## VI. Les Garanties Indépendantes

20/11/2020

MR BESSEM BEN SALEM

11.4

---

---

---

---

---

---

---

---



## 1. Origine et définition

- Dans les marchés internationaux, les acheteurs sont en mesure d'imposer leur volonté ; en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution par le vendeur ou le prestataire de services, ils entendent que l'acompte versé leur soit restitué et qu'une indemnité leur soit payée.
- Dans un premier temps, ils ont exigé le versement d'un dépôt d'argent ou de titres, ce qui asséchait la trésorerie des entreprises exportatrices qui demandèrent à ce qu'il soit remplacé par une garantie bancaire.
- Ainsi, sont apparues aux alentours des années 1970, les garanties dites à première demande, également appelées garanties autonomes ou indépendantes, voire abstraites.

21/11/2020
ME BESSEM BEN SALEM
11/5

---

---

---

---

---

---

---

---



## 1. Origine et définition

- La garantie indépendante est un engagement bancaire de payer une certaine somme à première demande du bénéficiaire, en se référant au seul texte de l'engagement sans pouvoir invoquer des moyens tirés du contrat de base.
- La cour de cassation française a défini la garantie autonome comme étant « le contrat par lequel la banque s'engage à effectuer, sur la demande d'un donneur d'ordre, le paiement d'une somme à concurrence d'un montant convenu, sans que l'établissement financier puisse différer le paiement ou soulever une contestation pour quelque motif que ce soit ».

21/11/2020
ME BESSEM BEN SALEM
11/5

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. Différentes sortes

- La Conclusion d'un marché international peut entraîner la délivrance de plusieurs garanties à première demande :
- Garantie de soumission (*bid bond* ou *tender bond*) : l'acheteur qui lance un appel d'offres entend que chaque entreprise qui soumissionne, conclue, si son offre est retenue, le contrat définitif.
- Garantie de restitution d'acompte (*advance payment guarantee*) : l'acheteur ou le maître d'ouvrage étranger veut avoir la certitude qu'il pourra récupérer aisément cet acompte s'il estime que le marché n'est pas correctement exécuté.
- Garantie de bonne fin (*performance bond*) : l'exécution du marché étant commencée, cette garantie a pour objet le versement d'une somme qui doit permettre au maître d'ouvrage ou à l'acheteur de faire achever le marché ou de faire livrer la marchandise par un tiers.

21/11/2020
ME BESSEM BEN SALEM
11/7

---

---

---

---

---

---

---

---



## 2. Différentes sortes

- Garantie de retenue de garantie (*retention money bond*) : le maître d'ouvrage pratique une retenue, dite de garantie, sur le montant des travaux pour pouvoir remédier aux éventuelles malfaçons. Le remboursement de cette somme à la réception provisoire est possible en contre partie d'une garantie bancaire de substitution.
- Garantie du découvert local : L'entrepreneur étranger obtient pour la réalisation du marché, des banques locales l'octroi d'un découvert en contre partie d'une garantie à première demande de ce découvert local par la banque étrangère de l'entrepreneur.
- Garantie de paiement des droits de douane : le matériel acheminé par l'entrepreneur étranger bénéficie généralement du régime de l'admission temporaire en contre partie d'une garantie de paiement des droits de douane qui sera mise en jeu par l'administration en cas où le matériel n'est pas réexporté à la date fixée.

21/11/2020
MR BESSEM BEN SALEM
119

---

---

---

---

---

---

---

---



## 3. Absence de réglementation

- Le droit des garanties à première demande est né de la pratique.
- Le législateur n'est pas intervenu encore pour consacrer cette pratique.
- Tout au plus, la réglementation des marchés publics prévoit la délivrance au maître d'ouvrage public, d'une « caution ».
- La chambre de commerce internationale (CCI) a élaboré des règles uniformes pour les garanties contractuelles. Trop protectrices des intérêts des exportateurs, ces règles ne répondent pas aux données du commerce international dominé par les acheteurs ; elles ne sont guère appliquées mis à part quelque rares cas.
- En attendant, c'est le droit commun qui s'applique au contentieux de la garantie à première demande.

21/11/2020
MR BESSEM BEN SALEM
119

---

---

---

---

---

---

---

---



## 4. Émission de la garantie

### 4.1. Les données de la pratique :

L'émission d'une garantie à première demande est l'aboutissement d'une pluralité de rapports contractuels dont voici l'enchaînement chronologique :

- Un exportateur (vendeur, entrepreneur, prestataire de service) conclut un marché avec importateur (acheteur, maître d'ouvrage) ; ce marché, contrat de vente ou d'entreprise, est appelé *contrat de base* ou encore *contrat fondamental*. Dans le cadre de ce contrat, l'exportateur s'engage, à la demande de l'importateur, à fournir une garantie bancaire à première demande, dont le contenu est généralement précisé avec minutie.
- Pour exécuter les obligations qu'il souscrites, l'exportateur donne l'ordre à son banquier de s'engager au bénéfice de l'importateur étranger à payer à première demande une somme déterminée. Le banquier se fait autoriser à débiter le compte de son client au cas où la garantie serait mise en jeu. Le rapport de droit qui unit le donneur d'ordre à son banquier est une *promesse de crédit par signature*.
- En exécution de la promesse de crédit consentie, le banquier s'engage dans les termes qui lui ont été indiqués à l'égard de l'importateur étranger. Le rapport de droit ici est l'*engagement bancaire à première demande*.

21/11/2020
MR BESSEM BEN SALEM
119

---

---

---

---

---

---

---

---



## 4. Émission de la garantie

### 4.2. La complexité de la pratique :

- Les rapports de droit mis en œuvre sont plus nombreux encore. Voici deux complications courantes :
- Le bénéficiaire peut exiger que la garantie lui soit délivrée par un banquier de son pays, ce qui va donner naissance à une seconde garantie à première demande entre le banquier local et le banquier étranger : le banquier étranger qui délivre la garantie, est dit garant de premier rang et le banquier donneur d'ordre est dit garant de deuxième rang, ou contre garant. (voir schémas ci-dessous)
- Dans les marchés de construction avec sous-traitance, le banquier du sous-traitant, pour la part du marché sous-traitée par son client, le banquier de l'entrepreneur principal.

21/11/2020
MR BESSEM BEN SALEM
5.1.1

---

---

---

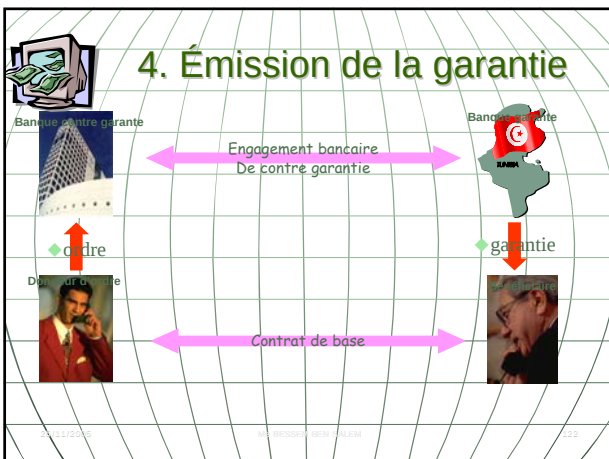
---

---

---

---

---




---

---

---

---

---

---

---

---



## 4. Émission de la garantie

### 4.3. La force obligatoire de l'engagement bancaire :

- Quelle que soit la complexité des rapports de droit, une exigence du commerce international soit être soulignée : la banque doit être obligée de payer le bénéficiaire sans pouvoir invoquer des moyens de défense tirés des autres rapports de droit.
- En conséquence, la construction juridique doit satisfaire cet impératif du commerce international.

21/11/2020
MR BESSEM BEN SALEM
5.3

---

---

---

---

---

---

---

---



## 5. La nature juridique de la garantie

- L'engagement bancaire est un engagement autonome, indépendant du rapport de droit qui constitue sa cause.
- Par son autonomie, l'engagement bancaire n'est pas un engagement accessoire, mais un engagement principal, il se distingue ainsi du cautionnement.
- L'indépendance se traduit par l'application du principe de l'irrévocabilité des exceptions et ce, même si l'engagement bancaire ait sa cause dans le contrat fondamental et de façon plus générale qu'il soit lié aux autres rapports de droit.
- L'engagement du banquier dans la garantie indépendante est de même nature que dans le crédit documentaire irrévocable. Comme dans le crédit documentaire irrévocable, il faut se référer exclusivement au contenu de l'engagement pour mesurer la force et le contenu de l'obligation du banquier.

01/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

134

---

---

---

---

---

---

---

---



## 5. La nature juridique de la garantie

- Les différents rapports de droit mis en présence par la transaction de commerce international qui donne naissance à une garantie indépendante, forment ce que la doctrine qualifie de groupe de contrats.
- Ces différents « éléments » contractuels, en effet, tout en ayant des objets différents mais complémentaires, concourent à un résultat unique : la conclusion et l'exécution du contrat fondamental.
- Certains de ces rapports de droit servent de cause à d'autres rapports du même groupe; ainsi, l'engagement bancaire semble avoir pour cause le contrat de base auquel il sert de garantie. Toutefois et afin de donner à l'engagement toute sa plénitude, la doctrine s'est basée sur la force obligatoire des obligations pour renforcer l'indépendance de la garantie et lui ôter cette prétendue cause dans le rapport fondamental.

01/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

135

---

---

---

---

---

---

---

---



## 5. La nature juridique de la garantie

- L'engagement bancaire se trouve donc contractuellement isolé des autres rapports de droit, mais pour autant il ne s'agit pas d'un acte abstrait sans cause. Dès lors, il faut rechercher la cause de l'engagement pris par le banquier, non plus au sein du groupe de contrats, non plus au sein du groupe de contrats, mais dans l'engagement lui-même.
- C'est ainsi, que dans une garantie de restitution d'acompte, la cause de l'engagement du banquier est le versement de l'acompte par le bénéficiaire; l'acompte une fois versé, la cause de l'engagement du banquier existe.

01/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

136

---

---

---

---

---

---

---

---



## 6. Le contenu de la garantie

- L'indépendance de l'engagement bancaire confère une importance particulière au libellé de la lettre d'engagement.
- L'identification des parties est aussi importante s'agissant d'un engagement intuitus personae.
- La référence au contrat de base est nécessaire pour mettre la garantie dans son contexte.
- L'objet de la garantie est déterminant pour savoir ce que le banquier garantit (soumission, restitution d'acompte, ...).
- Le montant peut être une somme fixe ou un pourcentage du contrat de base.
- La durée de validité permet de savoir quand est-ce que la garantie prend fin.
- Les conditions et les modalités de mise en jeu déterminent l'étendue et la force de l'engagement du banquier (simple demande, demande justifiée ou motivée, demande documentaire, ...).

04/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

5.7

---

---

---

---

---

---

---

---



## Merci pour votre attention

04/11/2020

Me BESSEM BEN SALEM

5.8

---

---

---

---

---

---

---

---