

# Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 654



*Publication  
bimensuelle*

*1<sup>er</sup> février  
2007*

*Les éditions des*  
**JOURNAUX OFFICIELS**



COUR DE CASSATION

internet

# Consultez

sur

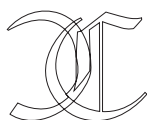
www.courdecassation.fr

*le site de la Cour de cassation.*



En refondant son portail, la Cour de cassation a souhaité :

- se doter d'un site dynamique, lui permettant notamment de favoriser la remontée en page d'accueil d'informations de premier plan ;
- réorganiser les contenus, accessibles par un nombre limité de rubriques et améliorer l'ergonomie du site pour favoriser l'accès à la jurisprudence et aux colloques organisés par la Cour ;
- faciliter la navigation sur le site par la mise en place d'un moteur de recherche ;
- apporter des informations nouvelles : données statistiques, liens vers les sites de cours suprêmes de l'Union européenne et du reste du monde, en plus des contenus presque tous repris de l'ancien site.



COUR DE CASSATION

# Bulletin *d'information*

---

*Communications*

*Jurisprudence*

*Doctrine*

# *En quelques mots...*

## *Communications*

## *Jurisprudence*



### *Jurisprudence pénale de la Cour de cassation : « Plaider-coupable »*

2  
• Par arrêt du 4 octobre dernier, la chambre criminelle a rendu un arrêt de principe relatif à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CPRC) - application des dispositions de l'article 495-12 du code de procédure pénale - dont le titre et le sommaire, accompagnés d'un communiqué, sont à consulter au n° 189 du présent *Bulletin* (rubrique Titres et sommaires d'arrêts - Arrêts des chambres)

### *Jurisprudence pénale des juridictions du fond : Travail dissimulé*

Le lecteur trouvera également, dans la rubrique « Cours et tribunaux » deux arrêts de cours d'appel rendus en matière de travail dissimulé, à rapprocher d'une fiche méthodologique sur le même sujet, publié au *Bicc* n° 647 du 1<sup>er</sup> octobre 2006, p. 8 et 9 (également en ligne sur le site de la Cour de cassation, rubrique « Bulletin d'information de la Cour de cassation »)

## Doctrines



### *Avis de la Cour de cassation*

Par trois avis rendus le 13 novembre 2006, la Cour de cassation a, d'une part, apporté des précisions sur la recevabilité de l'action du salarié, ou de ses ayants droit en cas de décès, en recherche de faute inexcusable de l'employeur après acceptation de l'offre d'indemnisation du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, d'autre part précisé la notion d'« incident mettant fin à l'instance » au regard des pouvoirs du juge de la mise en état et des modifications induites à ce titre par le décret du 28 décembre 2005 - voir également rubrique « Cours et tribunaux », n° 241 du présent *Bulletin*) et, enfin, s'est prononcée sur le rôle du juge de l'exécution dans le cadre de la procédure dite de surendettement

### *Arrêts d'assemblée plénière ou de chambre mixte de la Cour de cassation*

Enfin, par deux arrêts rendus par la chambre mixte de la Cour de cassation le 17 novembre dernier, cette dernière a apporté de nouvelles indications relatives à l'obligation d'information en matière de cautionnement et, plus précisément, sur la durée de cette obligation (arrêt rendu sur pourvoi n° 04-12.863) ainsi que sur la place du cautionnement dans le droit des sûretés et l'obligation pesant sur le créancier ayant, dans le même temps, constitué une sûreté provisoire (arrêt rendu sur pourvoi n° 04-19.123)

# Table des matières

## Jurisprudence

Droit européen

*Actualités* Page 6

Tribunal des conflits *Numéros*

Séparation des pouvoirs 133 à 137

Cour de cassation (\*)

I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

*Séance du 13 novembre 2006*

Cassation Page 10

Fonds de garantie Page 10

Procédure civile Page 22

4 • Protection des consommateurs Page 31

II. - ARRÊTS PUBLIÉS INTÉGRALEMENT

A. - Arrêt du 17 novembre 2006

*rendu par la chambre mixte*

Cautionnement Page 44

B. - Arrêt du 17 novembre 2006

*rendu par la chambre mixte*

Cautionnement Page 56

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

- ARRÊTS DES CHAMBRES *Numéros*

Accident de la circulation 138

Appel civil 139-140

Appel correctionnel ou de police 141

Arbitrage 142 à 144

Assurance (règles générales) 145

Atteinte à l'autorité de l'Etat 146

Avocat 147

Action civile 148

Cassation 148-149

Cession de créance 150

Circulation routière 151

Commune 179

Compétence 152

Conflit de juridictions 153 à 155

Contrat de travail, durée déterminée 156-157

Contrat de travail, exécution 158 à 160

Contrat de travail, rupture 159-161 à 163

Convention européenne  
des droits de l'homme 164

Copropriété 165

Démarchage 166

Dénonciation calomnieuse 167

Douanes 190

Emploi 168

Entreprise en difficulté 169 à 172

Expropriation pour cause d'utilité publique 173 à 175

Filiation 176

Fraudes et falsifications 177

Hypothèque 178

Impôts et taxes 179 à 183

Indemnisation des victimes d'infraction 184

Indivision 185

Instruction 186

\* Les titres et sommaires des arrêts publiés dans le présent numéro paraissent, avec le texte de l'arrêt, dans leur rédaction définitive, au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation du mois correspondant à la date du prononcé des décisions.

Jugements et arrêts	187-188
Juridictions correctionnelles	149-189-190
Juridiction de proximité	191
Majeur protégé	192
Ministère public	193
Nom	194
Obligation naturelle	195
Partage	169
Prescription	196
Procédure civile	197 à 200
Procédures civiles d'exécution	202 à 205
Propriété	206-207
Protection des consommateurs	208
Prud'hommes	161-209-210
Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle	211-212
Saisie immobilière	187
Sécurité sociale	213
Sécurité sociale, assurances sociales	214-215
Servitude	216
Société anonyme	217
Société d'aménagement foncier et d'établissement rural	218
Solidarité	198
Statut collectif du travail	219
Succession	220
Tierce opposition	221
Travail	222

Tribunal d'instance	223
Urbanisme	224

## Cours et tribunaux Numéros

Jurisprudence des cours d'appel relative aux impôts et taxes <i>Impôts et taxes</i>	225 à 227
Jurisprudence des cours d'appel relative à la notion de modification des conditions de travail <i>Contrat de travail, exécution</i>	228 à 230
Jurisprudence des cours d'appel relative à la protection des consommateurs <i>Protection des consommateurs</i>	231 à 233
Jurisprudence des cours d'appel en matière de servitude <i>Servitude</i>	234 à 236
Jurisprudence des cours d'appel relative au travail dissimulé <i>Travail</i>	237-238
Autre jurisprudence des cours d'appel <i>Lois et règlement</i>	239
<i>Procédure civile</i>	240-241
<i>Référé</i>	240
<i>Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle</i>	242

## Doctrines Pages 95-96

# Jurisprudence

## Droit européen

### Actualités

#### COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

---

- **Droit à un procès équitable** : article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans l'arrêt *X... c. France* du 19 décembre 2006 - req. n° 34043/02 : la Cour conclut à l'unanimité à la violation du paragraphe 3 a et b de l'article 6 de la Convention, combiné avec le paragraphe premier de ce même article.

Le 17 décembre 1996, dans le cadre d'une instruction visant les nationalistes corses, la requérante fut mise en examen du chef « d'association de malfaiteur en vue de préparer des actes de terrorisme, reconstitution de ligue dissoute, tentative d'extorsion de fonds, toutes infractions en relation à titre principal ou connexe avec une entreprise terroriste ». Le tribunal correctionnel, par jugement du 8 mars 2000, la condamna à une peine de quatre années d'emprisonnement et cinq années d'interdiction des droits civiques pour tentative d'extorsion de fonds, toutes infractions en relation à titre principal ou connexe avec une entreprise terroriste. Le 9 mars 2000, la requérante interjeta appel du jugement.

La cour d'appel, le 29 mai 2001, confirma le jugement mais considéra que les faits poursuivis sous la qualification de tentative d'extorsion de fonds devaient être requalifiés, en vertu des dispositions de l'article 121-7 du code pénal ; la requérante fut alors condamnée, pour « complicité de tentative d'extorsion de fonds par aide et assistance et participation à une entente en vue de préparer des actes de terrorisme », à trois ans d'emprisonnement et cinq ans d'interdiction des droits civiques.

La requérante se pourvut en cassation, estimant que la cour d'appel, en procédant à la requalification des faits, ne lui avait pas laissé la possibilité de présenter sa défense sur la nouvelle qualification. Ce pourvoi fut rejeté par la Cour de cassation au motif que la requalification « n'a en rien modifié la nature et la substance de la prévention dont les prévenus avaient été entièrement informés lors de leur comparution devant le tribunal correctionnel... ».

Devant la Cour européenne, la requérante invoquait la violation de l'article 6 paragraphes 1 et 3 a et b de la Convention.

Se référant à son arrêt de grande chambre, *X... et Y... c. France* du 25 mars 1999 - req. n° 25444/94 - la Cour rappelle que : « Si les juridictions du fond disposent, lorsqu'un tel droit leur est reconnu en droit interne, de la possibilité de requalifier les faits dont elles sont régulièrement saisies, elles doivent s'assurer que les accusés ont eu l'opportunité d'exercer leurs droits de défense sur ce point d'une manière concrète et effective, en étant informés, en temps utile, de la cause de l'accusation, c'est-à-dire des faits matériels qui sont mis à leur charge et sur lesquels se fonde l'accusation, mais aussi de la qualification juridique donnée à ces faits et ce d'une manière détaillée ». Puis elle constate qu'en l'espèce, « la requalification des faits de tentative d'extorsion de fonds en complicité de ce délit a été effectuée au moment du délibéré de la cour d'appel, ce qui, en tant que tel, peut faire douter du respect des garanties de l'article 6 et des principes susmentionnés. » (paragraphes 36 et 37). La Cour, qui est « sensible à l'argument du gouvernement selon lequel la Cour de cassation mentionne, depuis 2001, l'article 6 § 1 dans ses visas et reprend l'attendu de principe précisant "que s'il appartient aux juges répressifs de restituer aux faits dont ils sont saisis leur véritable qualification, c'est à la condition que le prévenu ait été mis en mesure de se défendre sur la nouvelle qualification envisagée", relève qu'en l'espèce, la Cour de cassation a considéré que "la requalification des faits de tentative d'extorsion de fonds en complicité de ce délit n'a en rien modifié la nature et la substance de la prévention dont les prévenus avaient été entièrement informés lors de leur comparution devant le tribunal correctionnel" » (paragraphe 40).

Par ailleurs, elle « rappelle qu'on ne peut soutenir que la complicité ne constitue qu'un simple degré de participation à l'infraction » (*X... et Y... c. France*, req. n° 25444/94, précité, paragraphe 59). « Soulignant son attachement au principe de l'interprétation stricte du droit pénal, la Cour ne saurait admettre que les éléments



*spécifiques de la complicité soient éludés* » (paragraphe 41). Enfin, la Cour de Strasbourg considère qu'il « *est plausible de soutenir que les moyens [de défense que la requérante aurait présentés], auraient été différents de ceux choisis afin de contester l'action principale* », si celle-ci avait été informée de la requalification des faits.

Elle conclut, à l'unanimité, à la violation du paragraphe 3 a et b de l'article 6 de la Convention combiné au paragraphe premier de ce même article.

- **A noter** : Arrêt *X... c. France*, du 19 décembre 2006 - req. n° 18592/03 : La Cour européenne conclut à l'unanimité à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention : appliquant à la chambre sociale de la Cour de cassation, sa jurisprudence constante, *X... et Y... c. France* du 31 mars 1998 req. n° 23043/93 et 22921/93 et *X... c. France* du 8 février 2000 req. n° 27362/95, la Cour de Strasbourg considère qu'il y a eu « *violation de l'article 6 § 1 de la Convention du fait de l'absence de communication au requérant [non représenté par un avocat aux Conseils], avant l'audience, du sens des conclusions de l'avocat général, auxquelles il a donc été dans l'impossibilité de répondre* » (paragraphe 21).

Elle conclut également à la « *violation de l'article 6 § 1 de la Convention du fait de la non-communication à l'identique du rapport litigieux au requérant et à l'avocat général* » (paragraphe 26).

# Tribunal des conflits

## N° 133

### *Séparation des pouvoirs*

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige opposant un service public industriel et commercial à ses usagers. - Définition. - Cas. - Contestation relative au paiement de la redevance d'enlèvement des ordures ménagères.

Il résulte des articles L. 2333-76 et L. 2333-79 du code général des collectivités territoriales que les communes, leurs groupements ou les établissements publics locaux qui assurent l'enlèvement des ordures, déchets et résidus, peuvent instituer une redevance d'enlèvement des ordures ménagères calculée en fonction du service rendu dont la création entraîne la suppression de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères ; en substituant ainsi une rémunération directe du service par l'utilisateur à une recette de caractère fiscal, le législateur a entendu permettre à ces collectivités publiques de gérer ce service comme une activité industrielle ou commerciale.

En conséquence le litige qui oppose un particulier à un établissement public local qui assure l'enlèvement des ordures, déchets et résidus, pour le paiement de la redevance relative aux ordures ménagères concerne les relations entre ce service public industriel et commercial et l'un de ses usagers et relève dès lors de la compétence des tribunaux judiciaires.

16 octobre 2006

N° 3528. - T.A. Strasbourg, 2 mars 2006.

Mme Mazars, Pt. - Mme Ingall-Montagnier, Rap. - M. Stahl, Com. du gouv.

## N° 134

### *Séparation des pouvoirs*

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige opposant un service public industriel et commercial à ses usagers. - Définition. - Cas. - Contestation relative au paiement de la redevance d'enlèvement des ordures ménagères.

Il résulte des articles L. 2333-76 et L. 2333-79 du code général des collectivités territoriales que les communes, leurs groupements ou les établissements publics locaux qui assurent l'enlèvement des ordures, déchets et résidus, peuvent instituer une redevance d'enlèvement des ordures ménagères calculée en fonction du service rendu dont la création entraîne la suppression de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères ; en substituant ainsi une rémunération directe du service par l'utilisateur à une recette de caractère fiscal, le législateur a entendu permettre à ces collectivités publiques de gérer ce service comme une activité industrielle ou commerciale.

En conséquence le service d'enlèvement des ordures ménagères d'une communauté de communes, qui est financé au moyen d'une redevance calculée en fonction du service rendu, instituée

en application de l'article L. 2333-76 du code général des collectivités territoriales, doit être regardé comme ayant un caractère industriel ou commercial.

Par suite, il n'appartient qu'à la juridiction judiciaire de connaître des litiges relatifs au paiement des redevances qui sont réclamées aux usagers du service.

La seule circonstance qu'à l'occasion d'un tel litige soit posée la question de la légalité de l'acte réglementaire par lequel l'organe délibérant de la collectivité publique a fixé le tarif de la redevance, n'a pas pour effet de donner au juge administratif plénitude de compétence pour connaître de ce litige ; en présence d'une difficulté sérieuse, constitutive d'une question préjudicielle dont la résolution est nécessaire au jugement du fond, il appartient seulement au juge judiciaire saisi de surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge administratif ait tranché la question préjudicielle ainsi soulevée et de se prononcer ensuite sur l'ensemble des conclusions dont il est saisi.

16 octobre 2006

N° 3533. - T.I. Rochefort, 6 mars 2006.

Mme Mazars, Pt. - Mme Hagelsteen, Rap. - M. Gariazzo, Com. du gouv.

## N° 135

### *Séparation des pouvoirs*

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige opposant un service public industriel et commercial à ses usagers. - Définition. - Cas. - Contestation relative au paiement de la redevance réclamée par un service de distribution d'eau servant à l'irrigation.

Les litiges nés des rapports entre un service public industriel et commercial et ses usagers, qui sont des rapports de droit privé, relèvent de la compétence des juridictions judiciaires.

Un établissement public de coopération intercommunale exploitant en régie un service de distribution d'eau servant à l'irrigation et prélevant à ce titre sur les usagers des redevances dont le montant est fonction du service rendu, mesuré par la superficie des surfaces irriguées, l'activité de distribution d'eau d'irrigation exercée par cet établissement public présente un caractère industriel et commercial, nonobstant la circonstance que le montant des redevances à la charge des bénéficiaires ne représenterait qu'une faible partie du coût du service ; par suite, le litige opposant des propriétaires ou exploitants agricoles au sujet des redevances dont cet établissement public local leur réclame le paiement concerne les rapports entre un service public industriel et commercial et ses usagers et relève de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire.

16 octobre 2006

N° 3511. - T.A. Bordeaux, 1<sup>er</sup> décembre 2005.

Mme Mazars, Pt. - M. Durand-Viel, Rap. - M. Gariazzo, Com. du gouv. - SCP Vincent et OHL, Av.

## N° 136

*Séparation des pouvoirs*

Compétence judiciaire. - Domaine d'application. - Litige relatif à un contrat de droit privé. - Contrat de droit privé. - Caractérisation. - Cas. - Contrats conclus par un établissement industriel et commercial pour les besoins de ses activités. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu ; lorsqu'un établissement public tient de la loi la qualité d'établissement industriel et commercial, les contrats conclus pour les besoins de ses activités relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, à l'exception de ceux relatifs à celles de ses activités qui ressortissent par leur nature de prérogatives de puissance publique.

Par suite, relève de la compétence de la juridiction judiciaire le litige relatif à l'exécution de la convention conclue, sur le fondement de l'article 30 de la loi n° 82-540 du 28 juin 1982, entre une entreprise d'assurance et la Caisse centrale de réassurance, alors qu'elle possédait la qualité d'établissement public industriel et commercial en vertu de la loi n° 46-835 du 25 avril 1946, dès lors que cette convention passée entre une personne publique et un contractant de droit privé ne comporte aucune clause exorbitante du droit commun, se rattache aux missions industrielles et commerciales confiées à la Caisse centrale de réassurance et constitue ainsi une convention de droit privé.

16 octobre 2006

N° 3506. - Conseil d'Etat, 28 octobre 2005.

Mme Mazars, Pt. - M. Gallet, Rap. - M. Stahl, Com. du gouv. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

## N° 137

*Séparation des pouvoirs*

Compétence judiciaire. - Exclusion. - Cas. - Litige relatif à un contrat comportant occupation du domaine public. - Conditions. - Contrat passé par des personnes publiques ou leurs concessionnaires. - Applications diverses.

Le décret du 17 juin 1938 pris sur le fondement de la loi du 13 avril 1938 attribue par son article premier, dont les dispositions ont été reprises à l'article L. 84 du code du domaine de l'Etat puis, aujourd'hui, à l'article L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques, compétence au juge administratif pour connaître des litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou dénomination, passés par les personnes publiques ou leurs concessionnaires.

Tel est le cas du litige né de la rupture d'un engagement portant sur la concession d'un emplacement appartenant au domaine public ferroviaire qui oppose la société commerciale, filiale de la Société nationale des chemins de fer français, ayant reçu de celle-ci mission de commercialiser et de gérer les emplacements commerciaux situés dans son emprise, et qui s'était engagée, pour le compte de cet établissement public, à concéder à une autre société commerciale, un local, inclus dans le domaine public ferroviaire, destiné à l'exercice d'une activité commerciale sur le site d'une gare.

16 octobre 2006

N° 3514. - T.A. Marseille, 13 décembre 2005.

Mme Mazars, Pt. - Mme Guirimand, Rap. - M. Stahl, Com. du gouv. - SCP Richard, Me Odent, Av.

# Cour de cassation

## I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

SÉANCE DU 13 NOVEMBRE 2006

Titres et sommaires	Page 10-22-31
Avis	Page 10-22-31
Rapports	Page 12-23-32
Observations	Page 17-28-40

### *Avis n° 11*

#### 1° Cassation

*Saisine pour avis - Demande - Domaine d'application - Exclusion - Cas - Question sur laquelle la Cour de cassation a statué.*

#### 2° Fonds de garantie

*Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante - Victime de l'amiante - Demande d'indemnisation - Offre d'indemnisation - Acceptation de l'offre - Effets - Etendue - Limites - Détermination.*

1° Lorsque la Cour de cassation a déjà statué sur la question de droit sur laquelle son avis est sollicité, il n'y a pas lieu à avis.

2° Le salarié atteint d'une maladie professionnelle, ou ses ayants droit en cas de décès, qui ont accepté l'offre d'indemnisation du fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA), sont recevables, mais dans le seul but de faire reconnaître l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur :

- à se maintenir dans l'action en recherche de faute inexcusable qu'ils ont préalablement engagée et qui est reprise par le FIVA ;
- à intervenir dans l'action engagée aux mêmes fins par le FIVA ;
- à engager eux-mêmes une telle procédure en cas d'inaction du FIVA.

### AVIS

#### LA COUR DE CASSATION,

Vu les articles L. 441-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire et 1031-1 et suivants du nouveau code de procédure civile ;

Vu la demande d'avis formulée le 21 juin 2006 par le tribunal des affaires de sécurité sociale de Metz dans les instances opposant, d'une part, M. X... à la société Total Petrochemicals, venant aux droits de la société Atofina, et à la caisse primaire de sécurité sociale de Metz, d'autre part, les consorts Y... à la même société et à l'Union des sociétés de secours minières de l'Est, de troisième part, Mme Z... à la même société et à la caisse primaire d'assurances maladie de Sarreguemines, reçues le 24 juillet 2006, ainsi libellée :

« Les victimes ou leurs ayants droit ayant accepté l'offre du FIVA gardent-ils le droit,

- de se maintenir dans une action en recherche de faute inexcusable de l'employeur qu'ils ont préalablement engagée ;
- d'être parties intervenantes dans le cadre d'une action en recherche de la faute inexcusable de l'employeur diligentée par le FIVA ;
- de diligenter eux-mêmes une telle procédure en cas d'inaction du FIVA ? »

Sur le rapport de monsieur le conseiller Ollier et les conclusions de madame l'avocat général Barrairon,

Vu les observations écrites et orales de maître Masse-Dessen, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, représentant les consorts Y... et A... ainsi que le syndicat CFDT Chimie Energie Lorraine ;

Vu les observations écrites et orales de Maître Le Prado, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, représentant le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) ;

Vu l'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 25 octobre 2006 (n° 1628, pourvoi n° 05-21.167) par lequel la Cour a dit que la victime d'une maladie professionnelle qui a accepté l'offre d'indemnisation du FIVA n'est plus recevable à demander la fixation de la majoration de rente.

EN CONSÉQUENCE,

DIT N'Y AVOIR LIEU A AVIS en ce que les questions portent sur le droit du salarié atteint d'une maladie professionnelle, ou de ses ayants droit, après acceptation de l'offre d'indemnisation du FIVA, de demander en justice le versement de la majoration de capital ou de rente due en cas de faute inexcusable de l'employeur.

EST D'AVIS que le salarié atteint d'une maladie professionnelle, ou ses ayants droit en cas de décès, qui ont accepté l'offre d'indemnisation du FIVA, sont recevables, mais dans le seul but de faire reconnaître l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur,

- à se maintenir dans l'action en recherche de faute inexcusable qu'ils ont préalablement engagée et qui est reprise par le FIVA ;

- à intervenir dans l'action engagée aux mêmes fins par le FIVA ;

- à engager eux-mêmes une telle procédure en cas d'inaction du FIVA.

DIT que le présent avis sera publié au *Journal officiel* de la République française.

M. Canivet, P. Pt. - M. Ollier, Rap., assisté de Mme Sevar, greffier en chef - Mme Barrairon, Av. gén.  
- M<sup>e</sup> Masse-Dessen, M<sup>e</sup> Le Prado, Av.

# Rapport de M. Ollier

## Conseiller rapporteur

La présente demande d'avis a trait aux difficultés que pose la loi du 23 décembre 2000 instituant un Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA), lorsque la maladie constitue une maladie professionnelle.

### L'indemnisation des salariés victimes de maladies professionnelles

Le régime de réparation du préjudice résultant des maladies professionnelles (livre IV du code de la sécurité sociale) est caractérisé par une présomption de responsabilité de l'employeur et par une indemnisation limitée de la victime. Dès lors que le salarié est atteint d'une des maladies inscrites dans un des 98 tableaux prévus à l'article R. 461-3 du code de la sécurité sociale et qu'il a été exposé au risque dans les conditions prévues, la maladie est réputée d'origine professionnelle. Cependant le salarié n'est indemnisé que du préjudice résultant de la diminution de sa capacité physique mais non des différents chefs de préjudice à caractère personnel. Cette réparation lui est versée sous forme d'un capital forfaitaire lorsque le taux d'incapacité permanente est inférieur à 10 %, sous forme d'une rente proportionnelle au salaire lorsqu'il est supérieur, par la caisse primaire d'assurance maladie, qui la recouvre sur l'employeur sous forme de cotisations supplémentaires. En cas de décès, certains ayants droit, en particulier le conjoint survivant, ont droit à une rente.

Pour le calcul du capital et des rentes, il est tenu compte d'un taux d'incapacité réduit, calculé en réduisant de moitié la partie inférieure à 50 % et en augmentant de moitié la partie supérieure. Ainsi :

- une incapacité de 20 % sera réparée sur la base de  $20/2 = 10\%$  ;
- une incapacité de 60 % sur la base de  $50/2 + (10 + 5) = 40\%$  ;
- une incapacité de 100 % sur la base de  $50/2 + (50 + 25) = 100\%$ .

Lorsque l'accident ou la maladie est reconnue comme imputable à une faute inexcusable de l'employeur, le capital ou les rentes sont majorés et calculés au maximum sur la base du taux réel d'incapacité. Dans les exemples ci-dessus, la majoration sera donc, respectivement, de 10, 20... et 0 %. La jurisprudence décide que le maximum est toujours dû, sauf en cas de faute inexcusable du salarié. En outre la victime - comme certains ayants droit en cas de décès - peut être indemnisée de certains de ses préjudices personnels. Les indemnités sont versées directement par la caisse primaire d'assurance maladie, qui les récupère sur l'employeur.

### Le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA)

Ce fonds a été créé par la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000, dont l'article 53 est ainsi rédigé :

*I. - Peuvent obtenir la réparation intégrale de leurs préjudices :*

*1° Les personnes qui ont obtenu la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante au titre de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires d'invalidité ;*

*2° Les personnes qui ont subi un préjudice résultant directement d'une exposition à l'amiante sur le territoire de la République française ;*

*3° Les ayants droit des personnes visées aux 1° et 2°.*

*II. - Il est créé, sous le nom de « Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante », un établissement public national à caractère administratif, doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière, placé sous la tutelle des ministres chargés de la sécurité sociale et du budget.*

*Cet établissement a pour mission de réparer les préjudices définis au I du présent article.*

*(...)*

*III. - Le demandeur justifie de l'exposition à l'amiante et de l'atteinte à l'état de santé de la victime.*

*Le demandeur informe le fonds des autres procédures relatives à l'indemnisation des préjudices définis au I éventuellement en cours. Si une action en justice est intentée, il informe le juge de la saisine du fonds.*

*Si la maladie est susceptible d'avoir une origine professionnelle et en l'absence de déclaration préalable par la victime, le fonds transmet sans délai le dossier à l'organisme concerné au titre de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires d'invalidité. Cette transmission vaut déclaration de maladie professionnelle (...).*

*Le fonds examine si les conditions de l'indemnisation sont réunies : il recherche les circonstances de l'exposition à l'amiante et ses conséquences sur l'état de santé de la victime ; il procède ou fait procéder à toute investigation ou expertise utile sans que puisse lui être opposé le secret professionnel ou industriel. Vaut justification de l'exposition à l'amiante la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante au titre de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires d'invalidité, ainsi que le fait d'être atteint d'une maladie provoquée par l'amiante et figurant sur une liste établie par arrêté des ministres chargés du travail et de la sécurité sociale.*

*Dans les cas valant justification de l'exposition à l'amiante visés à l'alinéa précédent, le fonds peut verser une provision, si la demande lui en est faite (...).*

*IV. - Dans les six mois à compter de la réception d'une demande d'indemnisation, le fonds présente au demandeur une offre d'indemnisation. Il indique l'évaluation retenue pour chaque chef de préjudice, ainsi que le montant des indemnités qui lui reviennent compte tenu des prestations énumérées à l'article 29 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, et des indemnités de toute nature reçues ou à recevoir d'autres débiteurs du chef du même préjudice. Le fonds présente une offre d'indemnisation nonobstant l'absence de consolidation.*

*Une offre est présentée dans les mêmes conditions en cas d'aggravation de l'état de santé de la victime ou si une indemnisation complémentaire est susceptible d'être accordée dans le cadre d'une procédure pour faute inexcusable de l'employeur.*

*L'acceptation de l'offre ou la décision juridictionnelle définitive rendue dans l'action en justice prévue au V vaut désistement des actions juridictionnelles en indemnisation en cours et rend irrecevable toute autre action juridictionnelle future en réparation du même préjudice. Il en va de même des décisions juridictionnelles devenues définitives allouant une indemnisation intégrale pour les conséquences de l'exposition à l'amiante.*

*V. - Le demandeur ne dispose du droit d'action en justice contre le fonds d'indemnisation que si sa demande d'indemnisation a été rejetée, si aucune offre ne lui a été présentée dans le délai mentionné au premier alinéa du IV ou s'il n'a pas accepté l'offre qui lui a été faite.*

*Cette action est intentée devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle se trouve le domicile du demandeur (...).*

*VI. - Le fonds est subrogé, à due concurrence des sommes versées, dans les droits que possède le demandeur contre la personne responsable du dommage ainsi que contre les personnes ou organismes tenus à un titre quelconque d'en assurer la réparation totale ou partielle dans la limite du montant des prestations à la charge desdites personnes.*

*Le fonds intervient devant les juridictions civiles, y compris celles du contentieux de la sécurité sociale, notamment dans les actions en faute inexcusable, et devant les juridictions de jugement en matière répressive, même pour la première fois en cause d'appel, en cas de constitution de partie civile du demandeur contre le ou les responsables des préjudices ; il intervient à titre principal et peut user de toutes les voies de recours ouvertes par la loi.*

*Si le fait générateur du dommage a donné lieu à des poursuites pénales, le juge civil n'est pas tenu de surseoir à statuer jusqu'à décision définitive de la juridiction répressive.*

*(...).*

#### **La demande d'avis**

Le tribunal des affaires de sécurité sociale de Metz s'est trouvé saisi de trois procédures présentant à juger la même question.

Dans la première, M. X..., salarié de la société Atofina (aujourd'hui Total Petrochemicals), atteint d'une maladie professionnelle due à l'exposition à l'amiante entraînant une incapacité permanente de 5 %, a été indemnisé par le FIVA, qui a saisi le tribunal en vue de la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur. M. X... est intervenu à la procédure pour voir reconnue la faute inexcusable et pour obtenir le versement à son profit de la majoration de capital en découlant.

La deuxième concernait les ayants droit de M. Y..., également salarié de la société Atofina, atteint d'une maladie professionnelle due à l'amiante ayant entraîné une incapacité permanente de 45 %, portée à 90 %, puis décédé. La veuve et les enfants ont saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale pour faire constater la faute inexcusable de l'employeur puis, en cours de procédure, ont demandé indemnisation au FIVA et accepté son offre. Le fonds ayant repris la procédure, les consorts Y... ont déposé des conclusions afin de voir reconnaître la faute inexcusable et, pour la veuve, d'obtenir le versement de la majoration de rente.

Dans les mêmes circonstances, Mme Z..., dont le mari, salarié de la même société, est décédé d'une maladie professionnelle due à l'amiante, a été indemnisée par le FIVA mais a déclaré se maintenir dans l'instance engagée de son vivant par son mari, reprise par elle-même, puis par le FIVA, pour obtenir le versement de la majoration de rente due en raison de la faute inexcusable de l'employeur.

Par jugement du 21 juin 2006, le tribunal a ordonné la jonction des procédures et la saisine pour avis de la Cour de cassation. Par une décision séparée, il a posé la question suivante :

*« Les victimes ou leurs ayants droit ayant accepté l'offre du FIVA gardent-ils le droit, soit de se maintenir dans une action en recherche de faute inexcusable de l'employeur qu'ils ont préalablement engagée, soit d'être partie intervenante dans le cadre d'une action en recherche de la faute inexcusable de l'employeur diligentée par le FIVA, soit de diligenter eux-mêmes une telle procédure en cas d'inaction du FIVA ? »*

La procédure paraît régulière.

#### **La recevabilité de la demande**

L'insertion dans le deuxième alinéa de l'article 53, IV, de la loi du 23 décembre 2000, par voie d'amendement, de l'obligation faite au FIVA de présenter une nouvelle offre d'indemnisation « si une indemnisation complémentaire est susceptible d'être accordée dans le cadre d'une procédure pour faute inexcusable de l'employeur » et son articulation avec la procédure mise en place par ce même texte ainsi qu'avec la législation

de sécurité sociale relative aux maladies professionnelles soulève des difficultés sérieuses, dont ont été, ou sont encore, saisies de nombreuses juridictions. C'est ainsi qu'un précédent avis a été donné par notre Cour sur une question voisine le 24 février 2005 (avis n° 0050002P) et qu'un arrêt de la deuxième chambre civile de notre Cour du 31 mai dernier (pourvoi n° 05-17.362, *Bull.* 2006, II, n° 143, p. 135) a décidé que le FIVA, recevable à continuer l'action en reconnaissance de faute inexcusable entreprise par la victime, était recevable à demander la fixation de la majoration de rente, peu important qu'il n'ait pas présenté préalablement l'offre complémentaire prévue par l'article 53 IV, alinéa 2, du code de la sécurité sociale.

La demande d'avis, qui soulève une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, répond aux conditions énoncées à l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire.

### Examen de la demande

Avant d'examiner le fond, il faut indiquer que, par un arrêt du 25 octobre 2006 (pourvoi n° 05-21.167), la deuxième chambre civile de notre Cour vient de se prononcer sur une question semblable.

Elle était saisie par le FIVA d'un pourvoi contre un arrêt qui, statuant sur la demande de reconnaissance de faute inexcusable qu'il avait formée après indemnisation des ayants droit d'un salarié décédé d'une maladie professionnelle causée par l'exposition à l'amiante, et sur celle de la veuve de ce salarié, qui, intervenant à la procédure, réclamait le versement de la majoration de sa rente de conjoint survivant, a déclaré cette demande irrecevable.

La veuve du salarié a formé un pourvoi incident, à l'appui duquel elle présentait un moyen de cassation en deux branches :

La première soutenait que rien n'interdit à la victime qui a accepté l'offre du FIVA de faire reconnaître, aux côtés de celui-ci, la faute inexcusable de son employeur et de solliciter la majoration de rente, dont les conséquences n'ont pas été prises en compte par l'offre du fonds. La seconde reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si la majoration de rente constituait l'indemnisation d'un préjudice déjà réparé par le FIVA.

Le pourvoi a été rejeté en ces termes :

*Mais attendu qu'il résulte des dispositions du troisième alinéa du paragraphe 4 de l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 que l'acceptation de l'offre du FIVA par la victime ou ses ayants droit vaut désistement des actions juridictionnelles en indemnisation en cours et rend irrecevable toute autre action juridictionnelle future en réparation du même préjudice ; qu'ayant constaté que Mme B... (et ses enfants) avaient accepté les offres d'indemnisation du FIVA concernant tant leur préjudice personnel que celui subi par la victime postérieurement à l'introduction de leur action en reconnaissance de la faute inexcusable de la société, la cour d'appel en a exactement déduit que Mme B... n'était pas recevable à poursuivre cette action et à demander la fixation de la majoration de rente.*

Même si la situation procédurale n'est pas une de celles que vise la demande d'avis, l'arrêt me paraît avoir apporté partiellement réponse aux questions posées par le tribunal.

En effet, si la victime - ou l'ayant droit - indemnisée par le FIVA est irrecevable à intervenir pour demander, par l'attribution de la majoration de rente, réparation du préjudice supplémentaire qui résulterait pour elle de l'existence d'une faute inexcusable, il s'en déduit nécessairement qu'elle ne peut se maintenir aux mêmes fins dans la procédure qu'elle avait initiée, dont elle s'est désistée et qui est reprise par le FIVA, et *a fortiori* qu'elle ne peut diligenter elle-même une telle procédure en l'absence d'action du fonds.

Cependant, l'arrêt ne semble pas avoir répondu à une question incluse implicitement dans l'interrogation du tribunal : à défaut de pouvoir demander en justice un complément de réparation, la victime indemnisée peut-elle se maintenir ou intervenir aux côtés du FIVA uniquement pour s'associer à la demande de reconnaissance de la faute inexcusable de son employeur ? Dans l'affirmative, peut-elle saisir elle-même à cette seule fin le tribunal des affaires de sécurité sociale en cas d'inaction du FIVA ?

On ne peut nier l'intérêt moral que représente pour le salarié atteint d'une maladie professionnelle la possibilité de démontrer que sa contamination est due à la faute inexcusable de son employeur. Un tel intérêt pourrait justifier à lui seul la possibilité, en dépit de l'indemnisation intégrale reçue du FIVA, d'intervenir ou de se maintenir aux côtés du fonds, voire d'agir directement devant la juridiction de sécurité sociale en cas d'inaction de celui-ci.

A cet intérêt moral (le même que celui que protège la possibilité pour la victime de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle, à qui l'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale interdit d'exercer une action en réparation conformément au droit commun, de se constituer partie civile contre son employeur poursuivi pour blessures involontaires devant la juridiction pénale, sans pouvoir demander de dommages-intérêts) s'ajoute un intérêt matériel : en application de l'article 53 IV, alinéa 2, de la loi du 23 décembre 2000, le FIVA doit lui présenter une nouvelle offre si, dans le cadre de l'action en reconnaissance de la faute inexcusable, une indemnisation complémentaire est susceptible de lui être accordée. En pratique, lorsque la majoration de rente découlant de la reconnaissance de la faute inexcusable apparaîtra supérieure à l'indemnité versée par le fonds au titre de la réparation de l'incapacité permanente. Dans ce cas, la majoration de rente, qui, on l'a vu, a pour effet que de rapprocher le mieux possible l'indemnisation du salarié de son préjudice réel, sera versée au FIVA qui, s'il y a lieu, devra présenter à la victime une offre égale au complément d'indemnisation constaté.

Enfin, la présence de la victime aux côtés du FIVA ne peut que faciliter la tâche de celui-ci dans la recherche des preuves du comportement fautif de l'employeur.

Quelles objections peuvent être émises contre la reconnaissance d'un tel droit ?



Il faut d'abord s'interroger sur l'obstacle que peut représenter, dans le cas où la victime avait engagé l'action judiciaire en reconnaissance de faute inexcusable avant d'obtenir réparation de la part du FIVA, le désistement qui en résulte, et se demander s'il ne lui interdit pas de se maintenir ou d'intervenir dans la procédure reprise par le fonds.

En réalité, la règle édictée par l'article 53 IV, alinéa 3, de la loi du 23 décembre 2000 c'est que l'acceptation de l'offre du FIVA « vaut désistement des actions juridictionnelles en indemnisation en cours et rend irrecevable toute autre action juridictionnelle future en réparation du même préjudice ». Le désistement qu'entraîne l'acceptation de l'offre du FIVA ne concerne que l'action en réparation du préjudice. Il ne semble pas s'opposer à ce que la victime demeure en cause, comme partie intervenante, afin de faire reconnaître le principe de la faute inexcusable.

On peut également se poser la question de savoir si l'intérêt décrit ci-dessus est suffisant pour justifier le droit pour le salarié (ou ses ayants droit) d'engager lui-même l'action en cas d'inaction du FIVA. Si l'on peut hésiter en ce qui concerne l'intérêt moral que trouve le salarié à voir reconnue la faute de son employeur, l'intérêt matériel résultant de la possibilité d'obtenir un complément d'indemnisation du FIVA en cas de reconnaissance de la faute inexcusable est suffisant pour justifier de l'engagement de l'action par le salarié seul.

Il faut observer, en effet, que, bien que le salarié indemnisé ne puisse demander le versement de la majoration de capital ou de rente, celle-ci, comme l'a indiqué l'arrêt de la deuxième chambre du 31 mai 2006 (pourvoi n° 05-17.362, Bull. 2006, II, n° 143, p. 135), constitue une prestation de sécurité sociale due par la caisse primaire du seul fait de la reconnaissance de la faute. Le FIVA, même s'il n'est pas intervenu à l'instance, pourra en demander le versement à la caisse primaire pour faire éventuellement une offre complémentaire au salarié.

## ANNEXE

### Indemnisation versée par le FIVA et demandes du fonds devant le tribunal

#### M. X...

Il reste atteint d'une IPP fixée par la CPAM et par le FIVA à 5 %.

#### Sommes versées par le FIVA

Préjudice patrimonial :

- IPP 5 % : capitalisation et arrérages échus : 7 861,08 euros, soit, après déduction du capital de 1 628,31 euros versé par la caisse primaire d'assurance maladie, 6 232,27 euros.

Préjudices extrapatrimoniaux :

- préjudice moral : 18 100 euros ;
- préjudice physique : 200 euros ;
- préjudice d'agrément : 600 euros.

#### Demandes du FIVA

Le FIVA demande la fixation de la majoration de rente au maximum et le versement à lui-même de cette somme de 1 628,31 euros.

Il demande que les préjudices personnels de M. X... soient fixés aux montants qu'il a lui-même retenus et le remboursement de ces sommes par la caisse.

Compte tenu de l'indemnisation versée au titre du préjudice patrimonial, on peut penser que le FIVA ne présentera pas de nouvelle offre à M. X... si la faute inexcusable est retenue.

#### Consorts Z...

#### Sommes versées par le FIVA

A titre personnel :

- A Mme Z... : 30 000 euros ;
- A chacun des enfants : 8 000 euros.

Au titre de l'action successorale (préjudice subi de son vivant par M. Z...) :

- Préjudice patrimonial : néant ;
- Préjudice extrapatrimonial :
- préjudice moral : 80 000 euros ;
- préjudice physique : 24 000 euros ;
- préjudice d'agrément : 24 000 euros.

#### Demandes du FIVA

Le FIVA demande la fixation des préjudices personnels des consorts Z... aux montants qu'elle a estimés et le remboursement de ces sommes par la caisse primaire d'assurance maladie.

Il demande que la majoration de rente soit versée directement à Mme Z.... (en effet, il ne lui a rien versé à ce titre et ne peut donc prétendre en demander le paiement à titre de subrogé. La majoration de rente étant une prestation de sécurité sociale due par le fait même de la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur, la caisse doit la verser directement au bénéficiaire, dans la mesure où le FIVA ne s'y oppose pas).

Consorts Y...

Sommes versées par le FIVA

A titre personnel :

- A Mme Y... : 30 000 euros ;
- A chacun des enfants : 8 000 euros ;
- A chacun des petits-enfants : 3 000 euros.

Au titre de l'action successorale :

- Préjudice patrimonial : néant ;
- Préjudice extra patrimonial :
  - préjudice moral : 70 000 euros ;
  - préjudice physique : 27 000 euros ;
  - préjudice d'agrément : 23 000 euros.

Demandes du FIVA

Le FIVA demande le remboursement de ces sommes.

Il demande que la majoration de rente soit versée directement à Mme Y...

# Observations de Mme Barrairon

## Avocate générale

Par trois jugements en date du 21 juin 2006, le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) de la Moselle a sollicité l'avis de la Cour de cassation sur les questions suivantes :

« Vu les articles 53 IV, 3<sup>e</sup> alinéa, 53 VI, 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> alinéas ;

*Les victimes ou leurs ayants droit ayant accepté l'offre du FIVA gardent-ils le droit, soit de se maintenir dans une action en recherche de faute inexcusable de l'employeur qu'ils ont préalablement engagée, soit d'être partie intervenante dans le cadre d'une action en recherche de la faute inexcusable de l'employeur diligentée par le FIVA, soit de diligenter eux-mêmes une telle procédure en cas d'inaction du FIVA ? »*

Il est précisé, au vu des pièces communiquées, que ces questions font suite à trois litiges<sup>1</sup> dont le TASS de la Moselle a été saisi dans des conditions semblables que nous résumerons ainsi : la victime d'une maladie professionnelle due à l'amiante ou ses ayants droit ont, après avoir introduit une action en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur devant la juridiction du contentieux de la sécurité sociale, accepté l'offre d'indemnisation du FIVA qu'ils avaient parallèlement sollicité.

Subrogé dans les droits de la victime, celui-ci a fait connaître au tribunal sa volonté de reprendre l'action, alors même que les victimes ou leurs ayants droit estimaient devoir se maintenir et sollicitaient pour l'essentiel une majoration de leur rente.

### Conditions de forme et de fond

Les conditions de forme et de fond prévues par les dispositions du nouveau code de procédure civile et du code de l'organisation judiciaire paraissent avoir été respectées.

La présente demande se présente sous la forme de trois questions. Mais la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de rendre des avis dans des cas où plusieurs questions lui étaient soumises.

Telle qu'elle est énoncée, cette demande d'avis nous conduit à rappeler les principes généraux auxquels obéit le système d'indemnisation des victimes de l'amiante, avant de nous interroger sur la portée de l'arrêt rendu très récemment par la deuxième chambre civile le 25 octobre 2006 (FIVA c/ Mme B...-C..., pourvoi n° 05-21.167).

Compte tenu de l'ampleur des dommages causés par l'amiante, le législateur a créé à l'article 53 (cf. annexe) de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 sur le financement de la sécurité sociale pour 2001, un « Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante » (FIVA). Le souci exprimé par les pouvoirs publics était d'assurer à la fois l'indemnisation intégrale de ces victimes et de simplifier les procédures de réparation des préjudices subis (AN DOC n° 2606).

Le mécanisme de cette indemnisation a été validé par le Conseil constitutionnel dans une décision du 19 décembre 2000 (DC, n° 2000-437). Il consiste essentiellement en une offre faite par le FIVA (article 53 IV, alinéa 1) dans les six mois de la réception de la demande d'indemnisation.

Elle est effectuée pour chaque chef de préjudice.

Une offre est présentée dans les mêmes conditions en cas d'aggravation de l'état de santé de la victime ou « si une indemnisation complémentaire est susceptible d'être accordée dans le cadre d'une procédure pour faute inexcusable de l'employeur ». (article 53 IV, alinéa 2).

Ce dernier membre de phrase a été introduit par un amendement au cours des débats devant l'Assemblée nationale (séance du 23 novembre 2000, adt n° 53). Il oblige le fonds à présenter une nouvelle proposition afin que « *l'indemnisation soit la plus favorable possible et que la victime puisse bénéficier d'un complément d'indemnisation lorsque l'action en faute inexcusable de l'employeur, que le fonds a entreprise au nom de la victime, donne lieu à une indemnisation plus élevée que celle qu'il avait initialement accordée* ».

Si donc la juridiction saisie reconnaît la faute inexcusable de l'employeur et si le montant des réparations alloué dans le cadre de cette procédure est supérieur à l'indemnisation du FIVA au même titre, ce dernier devra, en application de l'article 53 IV, alinéa 2, présenter une nouvelle offre comprenant la différence. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si le montant alloué par la juridiction est inférieur ou égal à l'indemnité versée par le fonds, l'offre complémentaire n'a pas lieu d'être.

**Le texte garantit ainsi à la victime la réparation de l'ensemble de ses préjudices dans toutes ses composantes, y compris l'indemnisation complémentaire résultant des articles L. 452-1 et suivants du code de la sécurité sociale<sup>2</sup>.**

<sup>1</sup> Fiva, Mme Y... Marie-Thérèse c/ société Total Pétrochemicals France et a. (R.G. n° 90.500.748) ; Fiva, Mme Z... Nicole c/ société Total Pétrochemicals France et a. (R.G. n° 90.500.588) ; Fiva, M.. X... Bernard c/ société Total Pétrochemicals (R.G. n° 90.400.925).

<sup>2</sup> Il ressort des articles L. 452-1, L. 452-2 et L. 452-3 du code de la sécurité sociale que lorsque l'accident ou la maladie professionnelle est due à la faute inexcusable de l'employeur, la victime ou ses ayants droit peuvent prétendre à une indemnisation complémentaire correspondant à une majoration du capital ou de la rente versée par la caisse. Ils peuvent également prétendre à la réparation de certains préjudices extra-patrimoniaux (préjudice causé par les souffrances physiques et morales, préjudices esthétiques et d'agrément, préjudice résultant de la perte ou de la diminution des possibilités de promotion professionnelle).

Par voie de conséquence, la victime, qui ne saurait être indemnisée deux fois pour le même préjudice, s'engage, une fois l'offre acceptée, à ne pas poursuivre l'instance pendante devant les juridictions de droit commun et à ne pas introduire devant ces mêmes juridictions une action en réparation de ces mêmes préjudices, conformément à l'article 53 IV, alinéa 3.

Selon, ce texte, en effet : *« L'acceptation de l'offre ou la décision juridictionnelle définitive rendue dans l'action en justice prévue au V vaut désistement des actions juridictionnelles en indemnisation en cours et rend irrecevable toute autre action juridictionnelle future en réparation du même préjudice. Il en va de même des décisions juridictionnelles devenues définitives allouant une indemnisation intégrale pour les conséquences de l'exposition à l'amiante. »*

Comme le souligne par ailleurs le Conseil constitutionnel dans sa décision du 19 décembre 2000 précitée *« les dispositions du dernier alinéa du IV de l'article 53, relatives au désistement et à l'irrecevabilité des actions en réparation, s'entendent compte tenu de celles de son deuxième alinéa »* et visent l'hypothèse où l'action en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur donnant lieu à une indemnisation supérieure à celle que le fonds avait initialement versée à la victime, ce dernier se voit contraint de faire une offre complémentaire.

En résumé, tant que le demandeur à l'indemnisation n'a pas accepté l'offre, il conserve la faculté d'agir en justice et même de soumettre ladite offre à un contrôle juridictionnel. Il peut à cette fin assigner directement le fonds devant la cour d'appel (article 53 V) en contestant par exemple l'évaluation de son préjudice et solliciter de la cour un sursis à statuer jusqu'à reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur (cf. en ce sens l'avis n° 0050002 rendu par la Cour de cassation le 24 janvier 2005, *Bull.* 2005, Avis, n° 3, p. 2)<sup>3</sup> ; il peut aussi agir directement devant le TASS à cet effet.

Mais une fois l'offre acceptée, c'est le FIVA qui est appelé à exercer l'action subrogatoire aux lieu et place du demandeur.

Il est en effet subrogé dans les droits de ce dernier (article 53 VI, alinéa premier) à due concurrence des sommes versées. Le fonds peut alors intervenir devant toute juridiction *« y compris celles du contentieux de la sécurité sociale, notamment dans les actions en faute inexcusable »* (alinéa 2).

Par voie de conséquence, si la victime ou ses ayants droit ont, préalablement à leur acceptation de l'offre, engagé une telle action devant le TASS, le fonds est recevable à poursuivre l'action et à demander la fixation d'une majoration de rente.

C'est en ce sens que s'est prononcée la deuxième chambre civile par un arrêt du 31 mai 2006 (pourvoi n° 05-17.362). Elle a même jugé que cette majoration constituant une prestation de sécurité sociale due par la caisse dans tous les cas où la maladie professionnelle imputable à une faute inexcusable entraînait le versement de la rente, la demande pouvait être formulée par le fonds avant même qu'il ait présenté à la veuve de la victime l'offre complémentaire prévue par l'article 53 IV, alinéa 2, précité<sup>4</sup>.

Au vu de l'ensemble de ces observations, il apparaît que le préjudice résultant de la faute inexcusable de l'employeur est intégralement indemnisé par le FIVA.

En conséquence, ni la victime ni ses ayants droit, une fois l'offre acceptée, n'ont, au regard de l'article 53 § IV et VI précités, un droit ou un intérêt à poursuivre en justice pour la même indemnisation et ne sauraient poursuivre l'instance précédemment entreprise en reconnaissance de la faute inexcusable.

**C'est en ce sens que s'est prononcé l'arrêt susvisé du 25 octobre 2006. La deuxième chambre civile y fixe les limites du désistement, au sens de l'article 53 IV, pour la victime et ses ayants droit.**

Dans le cas d'espèce, soumis à l'examen de la chambre, le salarié en cause étant décédé des suites d'une affection due à l'amiante dont le caractère professionnel avait été reconnu, ses ayants droit ont exercé l'action en reconnaissance d'une faute inexcusable de l'employeur et parallèlement saisi le FIVA d'une demande d'indemnisation.

Après acceptation de l'offre présentée par le fonds, celui-ci est intervenu à la procédure, mais l'épouse de la victime a déclaré se maintenir aux fins d'obtenir la majoration de rente.

La cour d'appel l'a déclarée irrecevable en sa demande tout en disant recevable l'action du FIVA en reconnaissance de la faute inexcusable.

La deuxième chambre civile a rejeté le pourvoi incident formé par l'ayant droit au motif suivant :

*« Mais attendu qu'il résulte des dispositions du 3<sup>e</sup> alinéa du paragraphe IV de l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 que l'acceptation de l'offre du FIVA par la victime ou ses ayants droit vaut désistement des actions juridictionnelles en indemnisation en cours et rend irrecevable toute autre action juridictionnelle future en réparation du même préjudice ; qu'ayant constaté que Mme C..., à titre personnel et comme administratrice légale de sa fille mineure, et son fils majeur avaient accepté l'offre d'indemnisation du FIVA concernant tant leur préjudice personnel que celui subi par la victime postérieurement à l'introduction de*

<sup>3</sup> Avis n° 0050002 de la Cour de cassation du 24 janvier 2005 : *« la cour d'appel saisie d'un recours fondé sur l'article 53.V, de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 et devant laquelle est présentée une demande d'indemnisation complémentaire dans le cadre d'une procédure pour faute inexcusable de l'employeur en application de l'article 53, IV, alinéa 2, de la même loi, doit surseoir à statuer et inviter le demandeur ou le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante à engager devant le tribunal des affaires de sécurité sociale compétent la procédure en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur en vue d'obtenir la fixation de la réparation due en application des dispositions du code de la sécurité sociale ».*

<sup>4</sup> Dans un autre arrêt du 31 mai 2006 (pourvoi n° 05-18.018), la deuxième chambre civile a encore jugé que le seul versement par le FIVA d'une provision rendait recevable son intervention à l'instance en reconnaissance de la faute inexcusable introduite par le demandeur.

leur action en reconnaissance de la faute inexcusable de la société, la cour d'appel en a exactement déduit que Mme C... n'était pas recevable à poursuivre cette action et à demander la fixation de la majoration de rente » :

**Cette motivation est suffisamment explicite pour considérer qu'elle répond à la première question soulevée par la demande d'avis.**

Il reste cependant à se poser la question de savoir si la victime aurait un droit autre, distinct, au sens de l'article 53 IV, alinéa 3, à faire valoir dans le cadre d'une procédure en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur, comme le soutient, dans ses observations écrites présentées devant la Cour de cassation, l'avocat au Conseil représentant le syndicat CFDT chimie énergie Lorraine et agissant au soutien de l'une des parties (conjoint Y...) visée dans les jugements du 21 juin 2006 saisissant la cour de la présente demande d'avis.

Selon l'argumentation présentée, il ressortirait essentiellement de l'article 53 IV, alinéas 2 et 3, que l'offre initiale du FIVA ne prenant pas en compte le préjudice lié à la faute inexcusable de l'employeur, l'indemnisation complémentaire que le fonds devrait éventuellement allouer à la victime s'analyserait en la réparation d'un préjudice spécifique nouveau.

Cette thèse ne nous paraît pas pouvoir être retenue pour les raisons précédemment exposées, à savoir que le FIVA est réputé assurer l'indemnisation intégrale de l'ensemble des préjudices subis au titre de la faute inexcusable, y compris d'ailleurs la réparation du préjudice moral à laquelle peuvent prétendre les ayants droit de la victime en cas d'accident suivi de mort, en application de l'article L. 452-3, alinéa 2, du code de la sécurité sociale.

Néanmoins, ne pourrait-on considérer que la victime a, sinon un droit, du moins un intérêt moral à rester dans l'action en cours ? Certains juges du fond paraissent l'avoir admis (cf. productions, jugement du TASS de la Moselle, autrement composé, du 23 juin 2006, dossier n° 90300034, Mme Simone D... et Fiva c/ Charbonnages de France et a.), tout en reconnaissant cependant et ce, contrairement à la décision prise le 25 octobre 2006, le droit à la victime de poursuivre l'instance en reconnaissance de la faute inexcusable et de demander elle-même la majoration de la rente.

Aussi, la solution pourrait, selon nous, consister à associer victimes ou ayants droit aux recours subrogatoires exercés par le fonds en qualité de « partie intervenante ».

Mais il ne devrait s'agir que d'une intervention volontaire au sens de l'article 330 du nouveau code de procédure civile<sup>5</sup>, lequel prévoit que cette intervention peut se faire accessoirement dans le but d'appuyer les prétentions d'une partie.

L'intervenant accessoire n'élève pas de prétention propre, il peut seulement soutenir la demande principale par des moyens nouveaux (J.-CL. Proc. Civ., Fasc. 127, 1, n° 37, p. 44). Il suffit qu'il ait un intérêt, même moral, à le faire pour la conservation de ses droits (1<sup>er</sup> Civ., 8 mars 1988, Bull. 1988, I, n° 67).

Il est à noter que l'existence de cet intérêt est souverainement appréciée par les juges du fond (Com., 10 mars 1987, Bull. 1987, IV, n° 68, p. 51 ; 2<sup>e</sup> Civ., 9 octobre 1991, GP 1992, I, Paroz 12), sous réserve de censures éventuelles pour manque de base légale (3<sup>e</sup> Civ., 24 novembre 1987, Bull. 1987, III, n° 188, p. 110).

En revanche, s'il paraît possible d'associer ainsi la victime ou ses ayants droit à une action subrogatoire du FIVA devant le TASS, les dispositions précitées de l'article 53 IV, alinéas 2 et 3, devraient s'opposer à ce que les demandeurs à l'indemnisation qui ont accepté l'offre du FIVA diligentent eux-mêmes la procédure d'indemnisation de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale en cas d'inaction du fonds.

Cette hypothèse devrait au demeurant recevoir peu d'application pratique dans la mesure où ce dernier a intérêt à poursuivre, sinon à engager lui-même, une telle procédure s'il veut exercer son recours contre la caisse au titre des chefs de préjudice extra-patrimoniaux, lesquels ne peuvent être indemnisés que dans la mesure où l'existence d'une faute inexcusable est reconnue.

Par ailleurs, il semble que la victime ou ses ayants droit peuvent toujours prévenir une éventuelle inertie du FIVA en saisissant le TASS, préalablement à l'acceptation de l'offre, d'une demande en reconnaissance de la faute inexcusable.

\*  
\* \*

**En conclusion, la première question n'étant pas nouvelle compte tenu de l'arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 25 octobre 2006, l'avis devrait être limité à une réponse aux deuxième et troisième questions qui pourrait être la suivante : la victime et ses ayants droit ayant accepté l'offre du FIVA peuvent avoir un intérêt, suivant les dispositions de l'article 330 du nouveau code de procédure civile, à intervenir à titre accessoire à l'appui des prétentions du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante dans une instance en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur préalablement engagée par eux-mêmes. En revanche, les termes de l'article 53 IV, alinéas 2 et 3, et VI de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 modifiée s'opposent à ce que les intéressés diligentent eux-mêmes une telle procédure.**

<sup>5</sup> Article 330 du nouveau code de procédure civile :  
« l'intervention est accessoire lorsqu'elle appuie les prétentions d'une partie.  
Elle est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie.  
L'intervenant à titre accessoire peut se désister unilatéralement de son intervention. »

## ANNEXE

### Article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 (modifiée par la loi n° 2002-1487 du 20 décembre 2002, art. 52 II)

#### *I. - Peuvent obtenir la réparation intégrale de leurs préjudices :*

1° Les personnes qui ont obtenu la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante au titre de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires d'invalidité ;

2° Les personnes qui ont subi un préjudice résultant directement d'une exposition à l'amiante sur le territoire de la République française ;

3° Les ayants droit des personnes visées aux 1° et 2°.

*II. - Il est créé, sous le nom de « Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante », un établissement public national à caractère administratif, doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière, placé sous la tutelle des ministres chargés de la sécurité sociale et du budget.*

*Cet établissement a pour mission de réparer les préjudices définis au I du présent article.*

*Il est administré par un conseil d'administration composé de représentants de l'Etat, des organisations siégeant à la commission des accidents du travail et des maladies professionnelles de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés, des associations nationales d'aide aux victimes de l'amiante et de personnalités qualifiées. Il est présidé par un magistrat.*

*Il emploie des agents régis par les titres II, III ou IV du statut général des fonctionnaires en position d'activité, de détachement ou de mise à disposition. Il emploie également des agents contractuels de droit public avec lesquels il peut conclure des contrats à durée déterminée ou indéterminée. Il peut également faire appel à des agents contractuels de droit privé pour occuper des fonctions exigeant une qualification particulière dans le domaine de l'indemnisation des préjudices ou des maladies professionnelles. Les agents contractuels employés par le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante sont tenus au secret et à la discrétion professionnels dans les mêmes conditions que celles qui sont définies à l'article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.*

*III. - Le demandeur justifie de l'exposition à l'amiante et de l'atteinte à l'état de santé de la victime.*

*Le demandeur informe le fonds des autres procédures relatives à l'indemnisation des préjudices définis au I éventuellement en cours. Si une action en justice est intentée, il informe le juge de la saisine du fonds.*

*Si la maladie est susceptible d'avoir une origine professionnelle et en l'absence de déclaration préalable par la victime, le fonds transmet sans délai le dossier à l'organisme concerné au titre de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires d'invalidité. Cette transmission vaut déclaration de maladie professionnelle. Elle suspend le délai prévu au IV du présent article jusqu'à ce que l'organisme concerné communique au fonds les décisions prises. En tout état de cause, l'organisme saisi dispose pour prendre sa décision d'un délai de trois mois, renouvelable une fois si une enquête complémentaire est nécessaire. Faute de décision prise par l'organisme concerné dans ce délai, le fonds statue dans un délai de trois mois.*

*Le fonds examine si les conditions de l'indemnisation sont réunies : il recherche les circonstances de l'exposition à l'amiante et ses conséquences sur l'état de santé de la victime ; il procède ou fait procéder à toute investigation et expertise utiles sans que puisse lui être opposé le secret professionnel ou industriel. Vaut justification de l'exposition à l'amiante la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante au titre de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires d'invalidité, ainsi que le fait d'être atteint d'une maladie provoquée par l'amiante et figurant sur une liste établie par arrêté des ministres chargés du travail et de la sécurité sociale.*

*Dans les cas valant justification de l'exposition à l'amiante visés à l'alinéa précédent, le fonds peut verser une provision si la demande lui en a été faite, il est statué dans le délai d'un mois à compter de la demande de provision.*

*Le fonds peut requérir de tout service de l'Etat, collectivité publique, organisme assurant la gestion des prestations sociales, organisme assureur susceptibles de réparer tout ou partie du préjudice, la communication des renseignements relatifs à l'exécution de leurs obligations éventuelles.*

*Les renseignements ainsi recueillis ne peuvent être utilisés à d'autres fins que l'instruction de la demande faite au fonds d'indemnisation et leur divulgation est interdite. Les personnes qui ont à connaître des documents et informations fournis au fonds sont tenues au secret professionnel.*

*Le demandeur peut obtenir la communication de son dossier, sous réserve du respect du secret médical.*

*IV. - Dans les six mois à compter de la réception d'une demande d'indemnisation, le fonds présente au demandeur une offre d'indemnisation. Il indique l'évaluation retenue pour chaque chef de préjudice, ainsi que le montant des indemnités qui lui reviennent compte tenu des prestations énumérées à l'article 29 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, et des indemnités de toute nature reçues ou à recevoir d'autres débiteurs du chef du même préjudice. Le fonds présente une offre d'indemnisation nonobstant l'absence de consolidation.*

*Une offre est présentée dans les mêmes conditions en cas d'aggravation de l'état de santé de la victime ou si une indemnisation complémentaire est susceptible d'être accordée dans le cadre d'une procédure pour faute inexcusable de l'employeur.*

*L'acceptation de l'offre ou la décision juridictionnelle définitive rendue dans l'action en justice prévue au V vaut désistement des actions juridictionnelles en indemnisation en cours et rend irrecevable toute autre action juridictionnelle future en réparation du même préjudice. Il en va de même des décisions juridictionnelles devenues définitives allouant une indemnisation intégrale pour les conséquences de l'exposition à l'amiante.*

*V. - Le demandeur ne dispose du droit d'action en justice contre le fonds d'indemnisation que si sa demande d'indemnisation a été rejetée, si aucune offre ne lui a été présentée dans le délai mentionné au premier alinéa du IV ou s'il n'a pas accepté l'offre qui lui a été faite.*

*Cette action est intentée devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle se trouve le domicile du demandeur.*

*Celui-ci a la possibilité de se faire assister ou représenter par son conjoint, un ascendant ou un descendant en ligne directe, un avocat ou un délégué des associations de mutilés et invalides du travail les plus représentatives.*

*VI. - Le fonds est subrogé, à due concurrence des sommes versées, dans les droits que possède le demandeur contre la personne responsable du dommage ainsi que contre les personnes ou organismes tenus à un titre quelconque d'en assurer la réparation totale ou partielle dans la limite du montant des prestations à la charge desdites personnes.*

*Le fonds intervient devant les juridictions civiles, y compris celles du contentieux de la sécurité sociale, notamment dans les actions en faute inexcusable, et devant les juridictions de jugement en matière répressive, même pour la première fois en cause d'appel, en cas de constitution de partie civile du demandeur contre le ou les responsables des préjudices ; il intervient à titre principal et peut user de toutes les voies de recours ouvertes par la loi.*

*Si le fait générateur du dommage a donné lieu à des poursuites pénales, le juge civil n'est pas tenu de surseoir à statuer jusqu'à décision définitive de la juridiction répressive.*

*VII...*

*VIII...*

*IX. - Les demandes d'indemnisation des préjudices causés par l'exposition à l'amiante en cours d'instruction devant les commissions instituées par l'article 706-4 du code de procédure pénale à la date de publication du décret mentionné au X sont transmises au Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante. Les provisions allouées en application du dernier alinéa de l'article 706-6 du code de procédure pénale sont remboursées par le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante au Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions.*

*X. - Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat (décret n° 2001-963 du 23 octobre 2001).*

## *Avis n° 12*

### Procédure civile

#### *Procédure de la mise en état - Juge de la mise en état - Compétence - Etendue - Incidents mettant fin à l'instance - Définition.*

Les incidents mettant fin à l'instance visés par le deuxième alinéa de l'article 771 du nouveau code de procédure civile sont ceux mentionnés par les articles 384 et 385 du même code et n'incluent pas les fins de non-recevoir.

### AVIS

LA COUR DE CASSATION,

Vu les articles L. 441-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire et 1031-1 et suivants du nouveau code de procédure civile ;

Vu la demande d'avis formulée le 29 juin 2006 par le juge de la mise en état du tribunal de grande instance du Havre, reçue le 26 juillet 2006, dans une instance opposant la caisse régionale de Crédit agricole mutuel de Normandie Seine venant aux droits de la caisse régionale de Crédit agricole mutuel de Haute-Normandie et M. X..., et ainsi libellée :

« *Les fins de non-recevoir, notamment la prescription, constituent-elles des « incidents mettant fin à l'instance » au sens de l'article 771 § 1 du nouveau code de procédure civile dans sa version actuelle ?* »

Sur le rapport de madame le conseiller référendaire Guilguet-Pauthe et les conclusions de monsieur l'avocat général Kessous,

EST D'AVIS QUE :

Les incidents mettant fin à l'instance visés par le deuxième alinéa de l'article 771 du nouveau code de procédure civile sont ceux mentionnés par les articles 384 et 385 du même code et n'incluent pas les fins de non-recevoir.

M. Canivet, P. Pt. - Mme Guilguet-Pauthe, Rap., assistée de M. Arbellot, auditeur. - M. Kessous, Av. gén.



# Rapport de Mme Guilguet-Pauthe

## Conseiller rapporteur

La Cour de cassation est saisie d'une demande d'avis formée par le juge de la mise en état du tribunal de grande instance du Havre. La question posée est ainsi libellée :

*Les fins de non-recevoir, notamment la prescription, constituent-elles ou non des « incidents mettant fin à l'instance » au sens de l'article 771 § 1 du nouveau code de procédure civile dans sa version actuelle ?*

### I. - Rappel des faits et de la procédure

Par acte d'huissier de justice du 23 janvier 2001, la caisse régionale de Crédit agricole de Haute-Normandie (la CRCAM) a fait assigner M. X... devant le tribunal de grande instance du Havre en paiement, avec exécution provisoire, d'une certaine somme au titre du remboursement d'un prêt contracté par M. et Mme X... pour l'acquisition d'un fonds de commerce, par acte sous seing privé du 25 avril 1988 enregistré le 26 avril 1988.

Par conclusions du 13 mars 2006, M. X... a saisi le juge de la mise en état aux fins de voir déclarer l'action de la CRCAM irrecevable comme prescrite en application de l'article L. 110-4 du code de commerce. Il précisait dans ses conclusions que, compte tenu des dispositions de l'article 771 du nouveau code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret du 28 décembre 2005, il soumettait sa demande au juge de la mise en état afin de ne pas risquer de la voir déclarer irrecevable par la juridiction du fond.

La CRCAM a soutenu que le juge de la mise en état n'était pas compétent pour se prononcer sur le moyen tiré de la prescription, lequel ne relevait ni d'une exception de procédure ni d'un incident mettant fin à l'instance.

Par ordonnance du 29 juin 2006, le juge de la mise en état a décidé de solliciter l'avis de la Cour de cassation.

### II. - Sur la recevabilité de la demande d'avis

#### **1. Au regard des règles de forme (articles 1031-1 et suivants du nouveau code de procédure civile)**

Avant de rendre l'ordonnance par laquelle il sollicite l'avis de la Cour de cassation, le juge de la mise en état avait, par lettres du 9 juin 2006, avisé le ministère public et les parties de son intention de solliciter cet avis et les avait invités à présenter leurs observations dans un certain délai. L'ordonnance du 29 juin 2006 a été notifiée aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, la lettre de notification mentionnant la date à laquelle le dossier serait transmis à la Cour de cassation. Le ministère public auprès de la juridiction a été avisé ainsi que le premier président de la cour d'appel de Rouen et le procureur général.

La demande d'avis apparaît donc régulière en la forme.

#### **2. Au regard des règles de fond (article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire)**

a) la question est-elle nouvelle ?

La question est suscitée par l'application de deux textes nouveaux, le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 et le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005. Elle n'a pas été tranchée par la Cour de cassation.

b) la question présente-t-elle une difficulté sérieuse ?

On peut le penser au regard des développements qui suivront.

c) la question se pose-t-elle dans de nombreux litiges ?

La réponse est à l'évidence positive eu égard au nombre important des affaires instruites sous le contrôle d'un juge de la mise en état et au fait que les fins de non-recevoir sont des moyens de défense fréquemment soulevés par les parties.

### III. - Sur le fond

#### **A. - Les textes**

L'article 771 du nouveau code de procédure civile était ainsi rédigé, avant le décret du 20 août 2004 :  
« Lorsque la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal pour :

1) Statuer sur les exceptions de procédure ;

2) Allouer une provision pour le procès ;

3) Accorder une provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Le juge de la mise en état peut subordonner l'exécution de sa décision à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522 ;

4) Ordonner toutes autres mesures provisoires, même conservatoires, à l'exception des saisies conservatoires et des hypothèques et nantissements provisoires, ainsi que modifier ou compléter, en cas de survenance d'un fait nouveau, les mesures qui auraient déjà été ordonnées ;

5) Ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction ».

Les ordonnances du juge de la mise en état n'avaient pas, au principal, l'autorité de la chose jugée (article 775). Elles n'étaient susceptibles ni d'opposition ni de contredit et ne pouvaient être frappées d'appel ou de pourvoi en cassation qu'avec le jugement sur le fond (article 776). Toutefois, elles étaient susceptibles d'appel dans les cas et conditions prévus en matière d'expertise ou de sursis à statuer. Elles l'étaient également, dans les quinze jours à compter de leur notification :

1) lorsqu'elles avaient pour effet de mettre fin à l'instance ou lorsqu'elles constataient son extinction ;

2) ...

3) ...

4) lorsqu'elles statuaient sur une exception d'incompétence, de litispendance ou de connexité (même texte).

Le décret du 20 août 2004 a ajouté au deuxième alinéa de l'article 771, les mots « *et sur les incidents mettant fin à l'instance* ».

Il a également modifié l'article 776 en prévoyant que les ordonnances du juge de la mise en état pouvaient être frappées de contredit lorsqu'elles statuaient sur la compétence, la litispendance ou la connexité.

Cependant, si le juge de la mise en état avait compétence exclusive pour statuer sur les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance tant qu'il était saisi, encore fallait-il que les parties décident de lui faire trancher ces exceptions et incidents.

Or aucun texte ne leur imposait de le saisir à cette fin et les parties pouvaient préférer attendre que l'exception ou l'incident soit jugé par le tribunal, avec le fond de l'affaire.

Tel n'est plus le cas désormais puisque le décret du 28 décembre 2005 a complété le 1<sup>o</sup> de l'article 771 par la phrase suivante : « *les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge* ».

Ce nouveau dispositif a été accompagné de deux modifications importantes :

- d'une part l'article 775 du nouveau code de procédure civile qui prévoit que les ordonnances du juge de la mise en état n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée a été complété par les mots suivants : « *à l'exception de celles qui statuent sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance* ».

- d'autre part, l'article 776 du nouveau code de procédure civile a été remplacé par les dispositions suivantes :

« *Les ordonnances du juge de la mise en état ne sont pas susceptibles d'opposition. Elles ne peuvent être frappées d'appel ou de pourvoi en cassation qu'avec le jugement statuant sur le fond. Elles sont toutefois susceptibles d'appel dans les cas et conditions prévues en matière d'expertise ou de sursis à statuer. Elles sont également dans les quinze jours à compter de leur notification lorsque :*

1) *Elles statuent sur un incident mettant fin à l'instance, elles ont pour effet de mettre fin à celle-ci ou elles en constatent l'extinction ;*

2) *Elles statuent sur une exception de procédure ;*

3) ...

4) ... »

Et il résulte de l'article 910 du nouveau code de procédure civile que l'appel formé contre les ordonnances rendues dans l'un des quatre cas ci-dessus est jugé à bref délai.

## **B. - La notion d'incident mettant fin à l'instance**

La question posée conduit à déterminer ce qu'il faut entendre par « *incidents mettant fin à l'instance* ».

Le titre XI du livre premier du nouveau code de procédure civile est consacré aux « incidents d'instance », le chapitre IV mentionnant les cas d'extinction de l'instance :

- extinction de l'instance accessoirement à l'action par l'effet de la transaction, de l'acquiescement, du désistement d'action ou, dans les actions non transmissibles, par le décès d'une partie ;

- extinction à titre principal par l'effet de la péremption, du désistement d'instance ou de la caducité de la citation.

Toutefois, tous les incidents ne sont pas envisagés au titre XI.

Car ce sont les incidents d'instance au sens strict qui font l'objet de ce titre XI, ces incidents ne constituant qu'une espèce limitée des incidents de procédure<sup>1</sup> que l'on classe habituellement en cinq catégories<sup>2</sup> :

- les exceptions ;

- les incidents relatifs à la preuve ;

<sup>1</sup> Procédure civile, par Croze, Morel et Fradin, éd. Litec 2003, n° 731.

<sup>2</sup> Procédure civile, par Vincent et Guinchard, éd. Dalloz 2001.

- les incidents provenant de la modification soit des prétentions des parties soit du personnel du procès (demandes additionnelles, demandes reconventionnelles, intervention) ;
- les incidents relatifs au personnel judiciaire (notamment récusation, abstention, renvoi) ;
- les incidents relatifs au cours de l'instance, à son déroulement normal (jonction et disjonction ; interruption de l'instance ; suspension de l'instance ; extinction de l'instance).

Ainsi les fins de non-recevoir, c'est-à-dire les moyens qui tendent à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande sans examen au fond (article 122 du nouveau code de procédure civile) et qui, pour certaines d'entre elles, peuvent avoir pour conséquence de mettre fin à l'instance, ne font pas partie des incidents tels que ci-dessus répertoriés.

Mais il faut convenir que la notion d'incident ne se prête pas à une définition précise.

Et le nouveau code de procédure civile n'est pas toujours très clair à cet égard.

Par exemple, l'article 528-1 de ce code qui prévoit, en son premier alinéa, que si le jugement n'a pas été notifié dans le délai de deux ans de son prononcé, la partie qui a comparu n'est plus recevable à exercer un recours à titre principal après l'expiration dudit délai, précise, en son deuxième alinéa, que cette disposition n'est applicable qu'aux jugements qui tranchent tout le principal et à ceux qui, statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin à l'instance.

De même, l'article 544 précise, en son alinéa 2, que l'appel est immédiatement ouvert lorsque le jugement qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident met fin à l'instance.

Enfin, l'article 607 énonce quant à lui que peuvent être frappés de pourvoi en cassation les jugements en dernier ressort qui, statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin à l'instance.

On peut aussi mentionner l'article 480 du nouveau code de procédure civile qui énonce que le jugement qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche.

On pourrait donc penser, à la lecture de ces textes, que l'on peut inclure, sous la désignation générale « d'incident », les fins de non-recevoir.

Mais on peut également considérer que dans les textes ci-dessus mentionnés, les termes « *tout autre incident* » désignent en réalité « *n'importe quel incident* », ce qui revient à distinguer les fins de non-recevoir des incidents.

Peut-on alors s'attacher au régime des fins de non-recevoir pour apporter une réponse à la question posée ?

L'article 123 du nouveau code de procédure civile, qui n'a pas été modifié, énonce que « *les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt.* »

On pourrait donc soutenir que, les dispositions de l'article 771 1° du nouveau code de procédure civile étant incompatibles avec celles de l'article 123, les fins de non-recevoir sont exclues du champ d'application du premier de ces textes.

Mais il y a lieu de remarquer que, parmi les exceptions de procédure - sur lesquelles le juge de la mise en état est seul compétent pour statuer - certaines peuvent également être proposées en tout état de cause (l'exception de connexité, article 103 du nouveau code de procédure civile, les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure, article 118 du même code, étant relevé que les articles 103 et 118 n'ont pas non plus été modifiés).

Peut-on alors trouver dans d'autres textes des éléments de réponse ?

S'agissant de la procédure avec représentation obligatoire devant la cour d'appel, l'article 910 du nouveau code de procédure civile énonce : « *L'affaire est instruite sous le contrôle d'un magistrat de la chambre à laquelle elle est distribuée, dans les conditions prévues par les articles 763 à 787 et par les dispositions qui suivent.* »

Ce texte renvoie donc notamment à l'article 771 du nouveau code de procédure civile.

Si l'on considère que les fins de non-recevoir font partie des « *incidents mettant fin à l'instance* » mentionnées dans cet article, comment expliquer que l'article 911 du nouveau code de procédure civile, qui précise que le conseiller de la mise en état est compétent pour déclarer l'appel irrecevable, n'ait pas été abrogé ou modifié ?

Car en l'état, compte tenu de la rédaction de l'article 911, la saisine du conseiller de la mise en état pour constater l'irrecevabilité de l'appel n'est que facultative, les parties pouvant choisir de poser à la seule cour d'appel la question de la recevabilité du recours exercé devant elle, étant toutefois rappelé que le conseiller de la mise en état tient de l'article 125 du nouveau code de procédure civile le pouvoir (et même le devoir) d'examiner d'office la question de la recevabilité de l'appel.

## C. - Les avis exprimés sur la question posée

A ma connaissance, il n'y a pas eu d'études spécifiques sur cette question.

Lors de la publication des décrets des 20 août 2004 et 28 décembre 2005, des commentaires d'ensemble ont été faits, leurs auteurs ne s'exprimant la plupart du temps que par affirmations.

Un auteur estime ainsi que la mise en état rénovée « doit permettre de traiter les exceptions et fins de non-recevoir afin que seul le fond de l'affaire soit évoqué lors d'une audience de plaidoiries... »<sup>3</sup>.

Par ailleurs, la nouvelle édition de « droit et pratique de la procédure civile », dans la partie consacrée à la détermination des règles de compétence d'attribution et plus particulièrement à la compétence des juges uniques du tribunal de grande instance, précise, s'agissant du juge de la mise en état, que ce juge « est dorénavant compétent pour statuer non seulement sur les exceptions de procédure, mais également sur les fins de non-recevoir qui ont pour effet, lorsqu'elles sont admises, de mettre fin à l'instance (défaut d'intérêt ou de qualité pour agir, autorité de la chose jugée, prescription) »<sup>4</sup>.

Mais dans le même ouvrage, une autre rubrique, consacrée à la procédure devant le tribunal de grande instance et notamment à l'instruction devant le juge de la mise en état, expose une opinion divergente en ces termes :

« L'article 771, 1 à 4 NCPC énumère limitativement les exceptions et incidents qui relèvent de la compétence du juge de la mise en état.

Depuis l'entrée en application du décret du 28 décembre 1998, le juge de la mise en état peut statuer sur toutes les exceptions de procédure, c'est-à-dire les exceptions d'incompétence, de litispendance, de connexité et les nullités pour vice de fond, outre les exceptions dilatoires et les nullités pour vice de forme, lesquelles relevaient déjà de sa compétence. Le décret du 20 août 2004 lui a également donné pouvoir de statuer sur les incidents mettant fin à l'instance (NCPC, art. 771, al. 2, mod. par D. 20 août 2004), c'est-à-dire le désistement, la péremption d'instance, l'acquiescement et la caducité de la citation. Par contre, il ne peut connaître des fins de non-recevoir que seul le juge du fond peut donc trancher. »<sup>5</sup>

D'autres auteurs considèrent également que les incidents mettant fin à l'instance dont il est question à l'article 771 1° du nouveau code de procédure civile sont ceux mentionnés au chapitre IV du titre XI du livre premier du nouveau code de procédure civile<sup>6</sup> et ne visent pas les fins de non-recevoir<sup>7</sup>.

On peut encore citer M. Perrot qui indique ceci<sup>8</sup> : « ainsi donc, le juge de la mise en état est devenu le gestionnaire exclusif des exceptions de procédure et des incidents mettant fin à l'instance, en tant que juge du premier degré, et sauf survenance ou révélation d'un fait postérieur, il n'est plus possible de soulever devant la formation collégiale du tribunal une exception ou un incident de cette nature. On se demandera simplement ce qu'il advient de l'article 123 du NCPC qui n'a pas été modifié et qui décide toujours que les fins de non-recevoir peuvent être opposées en tout état de cause. Il reste que l'expression « incidents mettant fin à l'instance » risque de semer la confusion. D'abord la notion d'incident qui est le genre, opposée à celle d'exception qui en est une des espèces, à côté de la fin de non-recevoir que l'on semble avoir oubliée, n'est pas d'une clarté aveuglante... »

Par ailleurs, on peut mentionner que la circulaire d'application du décret du 20 août 2004<sup>9</sup> précise que le juge de la mise en état peut désormais statuer sur les incidents mettant fin à l'instance tels le désistement, la péremption, la caducité et l'acquiescement.

En outre, diverses réponses aux questions suscitées par le décret du 28 décembre 2005 ont été apportées par la direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la justice - sous réserve de l'interprétation souveraine des juridictions appelées à se prononcer sur ces points - dans un document intitulé « réflexions sur le décret du 28 décembre 2005 ».

A la question : « les fins de non-recevoir doivent-elles être soumises au juge de la mise en état en application de l'article 771 du nouveau code de procédure civile ? », une réponse négative a été apportée avec les développements suivants :

« Les compétences dévolues au juge de la mise en état par le premier alinéa de l'article 771 du nouveau code de procédure civile portent exclusivement sur les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance. Les fins de non-recevoir sont distinctes des incidents mettant fin à l'instance. Les fins de non-recevoir tendent à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande sans examen au fond. Elles recouvrent notamment le défaut de qualité, d'intérêt, la prescription et la chose jugée et peuvent être soulevées en tout état de cause... »

Les incidents mettant fin à l'instance sont énumérés aux articles 384 et 385 du nouveau code de procédure civile. Il s'agit de la transaction, de l'acquiescement, de la péremption, de la caducité, du désistement et du décès d'une partie. Ils ne sont pas sanctionnés par l'irrecevabilité de l'action mais par l'extinction de l'instance en raison d'un événement, de la volonté ou de la négligence des parties... »

Enfin, on peut signaler qu'un document établi par les chargés de formation à l'ENM, relatif à la procédure civile et à la mise en état indique ceci : « La compétence exclusive du juge de la mise en état, dès sa désignation et jusqu'à son dessaisissement, en matière d'incidents telle que définie par l'article 771 NCPC a été étendue

<sup>3</sup> Eric Bonnet, Gaz. Pal. du 1<sup>er</sup> au 5 janvier 2006, pages 9 et 10.

<sup>4</sup> Sous la direction de Serge Guinchard, éd. Dalloz 2006/2007, n° 122.521, par M. Beauchard.

<sup>5</sup> *Idem*, n° 331.183, par M. Lacroix Andrivet.

<sup>6</sup> G. Verdun, Gaz. Pal. des 13 et 14 octobre 2004 ; J.-M. Serinet, JCP 2005, I, 125 ; B. Traviet et F. Watremet, RJ com. 2004, 399.

<sup>7</sup> R. Tuleda, Gaz. Pal. du 26 au 28 mars 2006.

<sup>8</sup> Revue Procédures, février 2006, pages 4 et suivantes.

<sup>9</sup> N° NOR JUS C 04 20 811 C.

*par le décret de 2004 à toutes les exceptions de procédure... et à tous les incidents mettant fin à l'instance (à ne pas confondre avec les fins de non-recevoir) c'est-à-dire à tous les incidents susceptibles d'entraîner l'extinction de l'instance :*

*- accessoirement à l'action par transaction, acquiescement, désistement d'action ou décès d'une partie en cas d'action non transmissible.*

*- à titre principal par péremption, désistement d'instance ou caducité de la citation, laissant la possibilité d'introduire une nouvelle instance si l'action n'est pas éteinte par ailleurs. »*

# *Observations de M. Kessous*

## *Avocat général*

La caisse régionale de Crédit agricole de Haute-Normandie (la CRCA) a fait assigner le 23 janvier 2001 M. Daniel X... en paiement d'une certaine somme d'argent à la suite d'un prêt consenti le 25 avril 1988 aux époux X... pour l'acquisition d'un fonds de commerce.

Une ordonnance du 7 février 2002 du juge de la mise en état a rejeté l'exception d'incompétence soulevée par M. X... Cette ordonnance a été frappée d'appel et le même magistrat, par ordonnance du 27 février 2003, a ordonné un sursis à statuer avec retrait du rôle.

L'ordonnance du 7 février 2002 ayant été confirmée par la cour d'appel de Rouen, l'affaire a été réinscrite au rôle sur demande de la CRCA.

Se prévalant de l'acquisition de la prescription décennale de l'article L. 110-4 du code de commerce, M. X... a saisi le juge de la mise en état d'un incident de prescription en arguant de l'absence d'un acte interruptif entre 1988 et 2001.

Par ordonnance du 29 juin 2006 le juge de la mise en état de la première chambre civile du tribunal de grande instance du Havre a saisi la Cour de cassation de la demande d'avis suivante :

*« Les fins de non-recevoir, notamment la prescription, constituent-elles ou non des « incidents mettant fin à l'instance » au sens de l'article 771 § 1 du nouveau code de procédure civile dans sa version actuelle ? »*

Sur le terrain de la forme, les dispositions des articles 1031-1 et suivants du nouveau code de procédure civile ont été respectées.

Les motifs de l'ordonnance explicitent que la question posée concerne un problème juridique nouveau présentant une difficulté sérieuse susceptible de se retrouver dans de nombreux litiges.

Il s'agit de la recevabilité des fins de non-recevoir devant le juge de la mise en état après les modifications apportées par le décret du 28 décembre 2005 aux articles 771, 775 et 776 du nouveau code de procédure civile.

La demande d'avis est recevable.

### **Discussion**

#### Les modifications à la mise en état du décret du 28 décembre 2005

En application de l'article 771 du nouveau code de procédure civile, le juge de la mise en état est seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation de tribunal, pour statuer sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance.

Le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 a complété cet article en y ajoutant la phrase suivante : *« les parties ne sont plus recevables à soulever ces exceptions et incidents ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou soient révélés postérieurement au dessaisissement du juge ».*

L'article 775 du nouveau code de procédure civile qui disposait que les ordonnances du juge de la mise en état n'ont pas au principal l'autorité de la chose jugée a été modifié par le même décret avec l'ajout du membre de phrase suivant : *« à l'exception de celles statuant sur les exceptions de procédure et sur les incidents mettant fin à l'instance ».*

L'article 776 est désormais rédigé ainsi pour la question concernant la demande d'avis : *« Les ordonnances du juge de la mise en état ne sont pas susceptibles d'opposition.*

*Elles ne peuvent être frappées d'appel ou de pourvoi en cassation qu'avec le jugement statuant sur le fond.*

*Toutefois, elles sont susceptibles d'appel dans les cas et conditions prévus en matière d'expertise ou de sursis à statuer.*

*Elles le sont également, dans les quinze jours à compter de leur signification, lorsque :*

- 1. Elles statuent sur un incident mettant fin à l'instance, elles ont pour effet de mettre fin à celle-ci ou elles en constatent l'extinction ;*
- 2. Elles statuent sur une exception de procédure. »*

Le juge de la mise en état a résumé l'objet de sa demande d'avis en écrivant :

*« La question qui se pose dans l'espèce qui nous est soumise est de savoir ce que l'on entend par « incidents mettant fin à l'instance », et plus précisément si l'on y inclut ou non les fins de non-recevoir, ce dont dépend la recevabilité de l'incident ».*

Le titre V du livre premier du nouveau code de procédure civile concerne les moyens de défense. A côté des défenses au fond qui tendent à faire rejeter une demande en justice après son examen au fond par la juridiction, il existe des exceptions de procédure dont la finalité est d'empêcher le débat au fond en se situant sur le terrain de la procédure. L'article 73 du nouveau code de procédure civile dispose que constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte soit à en

suspendre le cours. Ces exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Il s'agit de l'exception d'incompétence, des exceptions de litispendance et de connexité, des exceptions dilatoires et des exceptions de nullité pour vice de forme.

Enfin, dans un chapitre distinct, toujours dans le titre des moyens de la défense, le nouveau code de procédure civile prévoit les fins de non-recevoir.

Il s'agit d'un moyen de défense qui se situe en amont de l'examen de la demande puisque le défendeur oppose un moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande sans examen au fond. L'article 122 du nouveau code de procédure civile énonce ces fins de non-recevoir. Il s'agit du défaut du droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, de la prescription, du délai préfix et de la chose jugée.

En présentant ce moyen de défense, le défendeur conteste le droit d'agir du demandeur et cette contestation peut être proposée en tout état de cause.

L'article 126 dispose que dans le cas où la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue.

L'instance étant engagée, les titres VI à XXI du livre premier du nouveau code de procédure civile examinent toutes les phases du procès, du jugement jusqu'aux voies de recours. Le titre XI est plus particulièrement consacré aux incidents au cours de l'instance. Certains concernent des mesures d'administration judiciaire comme les jonction et disjonction d'instance, la radiation ou le retrait du rôle. Mais d'autres entraînent l'extinction de l'instance. L'article 384 du nouveau code de procédure civile dispose que l'instance s'éteint accessoirement à l'action par l'effet de la transaction, de l'acquiescement, du désistement d'action ou, dans les actions non transmissibles, par le décès d'une partie. L'instance s'éteint à titre principal par l'effet de la péremption, du désistement d'instance ou de la caducité de la citation. L'acquiescement, enfin, entraîne également extinction de l'instance dans les conditions prévues aux articles 408 et suivants du nouveau code de procédure civile.

Les premiers commentateurs du décret du 28 décembre ne se sont pas penchés sur la difficulté soulevée par la demande d'avis à l'exception toutefois du professeur Perrot dans un article paru dans la revue Procédures, n° 2 de février 2006. Il écrit : « Ainsi donc le juge de la mise en état est devenu le gestionnaire exclusif des exceptions de procédure et des incidents mettant fin à l'instance, en tant que juge du premier degré, et sauf survenance ou révélation d'un fait postérieur, il n'est plus possible de soulever devant la formation collégiale du tribunal une exception ou un incident de cette nature. On se demandera simplement ce qu'il advient de l'article 123 du nouveau code de procédure civile qui n'a pas été modifié et qui décide toujours que les fins de non-recevoir peuvent être opposées en tout état de cause ». Et il ajoute : « il reste que l'expression "incidents mettant fin à l'instance" risque de semer la confusion. D'abord, la notion d'incident qui est le genre, opposée à celle d'exception qui en est une des espèces, à côté de la fin de non-recevoir que l'on semble avoir oubliée, n'est pas d'une clarté aveuglante. Mais surtout ce qui éteint l'instance, ce n'est pas tant l'incident que la décision du juge qui a statué sur cet incident ».

Cette analyse met précisément l'accent sur la question posée par le juge de la mise en état. Une fin de non-recevoir soulevée par le défendeur tend à mettre fin à l'instance en demandant au juge de dire que l'action ne peut prospérer puisqu'elle est irrecevable. Il en est ainsi de la prescription, qui constitue un obstacle à l'action en justice. L'ambiguïté de l'expression « incident mettant fin à l'instance » se retrouve dans l'article 776 réécrit par le décret du 28 décembre 2005 qui dispose que les ordonnances du juge de la mise en état sont susceptibles d'appel lorsqu'elles statuent sur un incident mettant fin à l'instance, lorsqu'elles ont pour effet de mettre fin à l'instance ou d'en constater l'extinction.

Lorsque le juge statue sur une fin de non-recevoir de l'article 122 du nouveau code de procédure civile, il met fin à l'instance ou constate son extinction.

En raison du caractère complexe des fins de non-recevoir qui constituent des moyens de défense entre les défenses au fond et les exceptions de procédure, il est concevable de répondre à la demande d'avis en disant que le juge de la mise en état est compétent pour statuer sur les fins de non-recevoir. Cette réponse irait dans le sens de l'évolution du statut du juge de la mise en état qui tend à devenir, comme le souligne le professeur Perrot, le juge exclusif des exceptions de procédure<sup>1</sup>. En purgeant le procès de tous les incidents qui peuvent entraver son déroulement, il permet à la formation collégiale de juger le fond du droit. C'est l'interprétation qui vient d'être faite dans la dernière édition de l'ouvrage Dalloz 2006-2007, « Droit et pratique de la procédure civile ».

Mais cette réponse se heurte à plusieurs objections.

1. Les fins de non-recevoir constituent des moyens de défense définis au titre V du livre premier du nouveau code de procédure civile. Elles sont différentes des incidents d'instance définis au titre XI.

Permettre au juge de la mise en état de statuer sur ces moyens de défense reviendrait à les assimiler aux incidents d'instance alors qu'ils n'ont pas le même statut juridique, ce qui est contraire à la logique intellectuelle et juridique du nouveau code de procédure civile.

2. L'article 123 du nouveau code de procédure civile toujours applicable permet de proposer une fin de non-recevoir en tout état de cause.

<sup>1</sup> Dans l'article sus visé il écrit « Si donc le juge de la mise en état est appelé à statuer sur l'exception de nullité d'un acte de procédure, sur un déclinatoire de compétence ou sur un incident de péremption ou de forclusion qui a éteint l'instance, il se comportera, non plus comme un subordonné de la formation collégiale du tribunal dont la copie pourrait être révisée par elle, mais comme un véritable juge du premier degré au sens plein du terme ».

Comment concilier cette disposition avec le pouvoir exclusif du juge de la mise en état de statuer sur les fins de non-recevoir ?

3. Dire que les fins de non-recevoir constituent des incidents mettant fin à l'instance au sens de l'article 771 § 1 du nouveau code de procédure civile conduit à introduire une disparité de traitement entre les procédures avec mise en état et les procédures sans mise en état, où les fins de non-recevoir pourraient continuer à être proposées en tout état de cause. Il paraît difficile de faire de l'article 123 un article à géométrie variable.

4. L'article 910 du nouveau code de procédure civile concernant le conseiller de la mise en état renvoie aux articles 763 à 787 du nouveau code de procédure civile consacrés au juge de la mise en état.

Un texte spécial, l'article 911 du nouveau code de procédure civile, lui donne compétence pour déclarer l'appel irrecevable et trancher à cette occasion toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel.

Il peut être tiré de cet article que le principe demeure que les magistrats de la mise en état ne sont pas compétents pour statuer sur les fins de non-recevoir, sauf exception expresse prévue par un texte.

Dans la circulaire du 8 février 2006, la chancellerie a repris les termes du décret pour dire que le juge de la mise en état est désormais seul compétent pour statuer sur les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance.

La question de la compétence du juge de la mise en état pour statuer sur les fins de non-recevoir lui a été précisément posée. Elle a répondu dans les termes suivants dans un document du 14 avril 2006 intitulé « Réflexions sur le décret du 28 décembre 2005 ».

*« Non, les compétences dévolues au juge de la mise en état par le premier alinéa de l'article 771 du nouveau code de procédure civile portent exclusivement sur les exceptions de procédure et les incidents mettant fin à l'instance. Les fins de non-recevoir sont distinctes des incidents mettant fin à l'instance. Elles tendent à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande sans examen au fond. Elles recouvrent notamment le défaut de qualité, d'intérêt, la prescription et la chose jugée et peuvent être soulevées en tout état de cause. Elles sont susceptibles de régularisation. Une nouvelle instance pourra toujours être réintroduite suite à un jugement ayant admis une fin de non-recevoir.*

*Les incidents mettant fin à l'instance sont énumérés aux articles 384 et 385 du nouveau code de procédure civile. Il s'agit de la transaction, de l'acquiescement, de la péremption, de la caducité, du désistement et du décès d'une partie. Ils ne sont pas sanctionnés par l'irrecevabilité de l'action mais par l'extinction de l'instance en raison d'un événement de la volonté ou de la négligence des parties. Ils ne sont pas susceptibles de régularisation. L'autorité de la chose jugée pourra être opposée à une action introduite après une décision déclarant l'instance éteinte.*

*Le juge de la mise en état n'est donc pas compétent pour statuer sur les fins de non-recevoir. »*

Les premières décisions rendues sur la question par les juges du fond se prononcent majoritairement pour une impossibilité du juge de la mise en état de statuer sur les fins de non-recevoir (TGI Toulouse, ord. JME, 1<sup>re</sup> ch., 12 avril 2006, RG n° 03/01865). Un conseiller de la mise en état ne s'est pas reconnu le pouvoir de statuer sur l'irrecevabilité d'un appel-nullité en matière de procédures collectives car « *les notions d'exceptions de procédure et d'incidents mettant fin à l'instance doivent être appréciées au regard des définitions données par le nouveau code de procédure civile et ne sauraient englober les défenses au fond et les fins de non-recevoir, et ne sauraient s'entendre au sens large d'incidents de mise en état* » (C.A. Toulouse, ord. CME, 2<sup>e</sup> ch., 15 mars 2006, R.G. n° 05/04909).

Plusieurs autres décisions statuent dans le même sens.

C.A. Rouen, ord. CME, 3 avril 2006, R.G. n° 05/02395 ;

C.A. Montpellier, ord. CME, 29 mars 2006, R.G. n° 05/02183.

Le professeur Serge Guinchard partage cette analyse (procédure civile, droit interne, droit communautaire, Dalloz édition 2006, p. 1228 et suivantes, n° 1745).

En sens inverse, une cour d'appel saisie d'une fin de non-recevoir tendant à voir déclarer l'appel irrecevable pour tardiveté a jugé qu'en application de l'article 771 du nouveau code de procédure civile il appartenait à l'intimée de saisir le conseiller de la mise en état avant la clôture et qu'elle était désormais irrecevable en sa demande tendant à voir déclarer l'appel tardif - Gaz. Pal. 2-3 août 2006, note critique Gérard Verdun.

Lorsqu'un texte est ambigu, il doit être interprété en prenant en compte la volonté de ses rédacteurs et la logique intellectuelle qui découle de ses termes. Au regard de ces deux critères, il convient de répondre à la demande d'avis que les fins de non-recevoir ne constituent pas des incidents mettant fin à l'instance au sens de l'article 771 § 1 du nouveau code de procédure civile.



## Avis n° 13

### Protection des consommateurs

*Surendettement - Commission de surendettement - Mesures recommandées - Contestation  
par les parties - Défaut - Effets - Mission du juge - Contrôle des recommandations de la commission  
- Objet - Etendue - Détermination - Portée.*

Lorsqu'il est appelé, en application de l'article L. 332-1 du code de la consommation, c'est-à-dire en dehors de toute contestation des parties, à vérifier le bien-fondé de mesures recommandées consistant en un effacement partiel de créances, le juge de l'exécution ne dispose pas du pouvoir de s'assurer que le débiteur remplit les conditions du premier alinéa de l'article L. 330-1 du même code.

Le juge statue alors au seul vu des pièces transmises par la commission, conformément à l'article R. 332-2 du même code, et ne dispose pas des pouvoirs d'investigation conférés par l'article 27 du nouveau code de procédure civile.

### AVIS

LA COUR DE CASSATION,

Vu les articles L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire et 1031-1 et suivants du nouveau code de procédure civile ;

Vu la demande d'avis formulée le 9 août 2006 par le juge de l'exécution de Boulogne-sur-Mer (tribunal d'instance), reçue le 11 août 2006, dans une instance opposant Mme X... à la société Crédit lyonnais et autres, et ainsi libellée :

*« Lorsque les mesures recommandées par la commission de surendettement des particuliers consistent en l'effacement partiel de créances sur le fondement de l'article L. 331-7-1 du code de la consommation, le juge de l'exécution peut-il s'assurer du respect des conditions énoncées par le premier alinéa de l'article L. 330-1 du code de la consommation (caractère manifeste de l'impossibilité de faire face aux dettes et bonne foi du débiteur) et, après avoir invité les parties à présenter leurs observations, le cas échéant refuser de leur conférer force exécutoire en application des articles L. 332-1 et R. 332-3 du code précité ?*

*Le juge de l'exécution peut-il, en l'absence de contestation de mesures recommandées consistant en l'effacement partiel de créances, faire usage des pouvoirs d'investigation prévus par l'article 27 du nouveau code de procédure civile afin de juger de leur bien-fondé et de leur légalité ? » ;*

EST D'AVIS

1. Que lorsqu'il est appelé, en application de l'article L. 332-1 du code de la consommation, c'est-à-dire en dehors de toute contestation des parties, à vérifier le bien-fondé de mesures recommandées consistant en un effacement partiel de créances, le juge de l'exécution ne dispose pas du pouvoir de s'assurer que le débiteur remplit les conditions du premier alinéa de l'article L. 330-1 du même code ;

2. Que le juge ne statue qu'au vu des pièces transmises par la commission, conformément à l'article R. 332-2 du même code, et qu'il ne dispose pas des pouvoirs d'investigation conférés par l'article 27 du nouveau code de procédure civile.

DIT que le présent avis sera publié au *Journal officiel* de la République française.

M. Canivet, P. Pt. - Mme Leroy-Gissinger, Rap., assistée de Mme Grégori, greffier en chef - M. Domingo, Av. Gén.

# *Rapport de Mme Leroy-Gissing*

## *Conseiller rapporteur*

La Cour de cassation est saisie d'une demande d'avis comportant deux questions, formulées par le juge de l'exécution de Boulogne-sur-Mer (tribunal d'instance), dans un jugement du 9 août 2006, statuant en matière de surendettement.

Les questions portent sur la nature et les limites du pouvoir du juge de l'exécution, lorsqu'il est saisi, hors toute contestation, par une commission de surendettement, d'une demande tendant à ce qu'il confère force exécutoire à des recommandations consistant en un effacement partiel des créances.

### **I. - Rappel des faits et de la procédure**

Il ressort du jugement saisissant la Cour de cassation, qui est le seul document relatif à la procédure en notre possession, que le 16 juin 2006, la commission de surendettement des particuliers de Boulogne-sur-Mer et Montreuil-sur-Mer a transmis au juge de l'exécution, pour qu'il leur confère force exécutoire, des mesures recommandant, notamment, l'effacement partiel des dettes de Mme X..., ces mesures n'ayant été contestées ni par cette dernière ni par ses créanciers. Nous ignorons le détail de ces mesures et n'avons aucune information sur la situation financière de la demanderesse au surendettement.

La motivation du juge nous permet d'éclairer sa demande d'avis :

*« Attendu que chargée, en application des articles L. 332-1, R. 332-2 et R. 332-3 du code de la consommation, de vérifier le bien-fondé et la légalité des mesures d'effacement partiel des créances, la juridiction doute du point de savoir si elle peut refuser de donner force exécutoire à des mesures recommandées au profit de débiteurs dont la situation ne répond pas aux conditions édictées par l'article L. 330-1 du code de la consommation ;*

*Attendu par ailleurs que le contrôle du bien-fondé des mesures d'effacement partiel des créances ne peut pleinement s'exercer sans donner au juge la possibilité de vérifier préalablement l'existence, l'exigibilité et le montant de celles-ci ;*

*Attendu que les textes relatifs au traitement du surendettement ne permettent pas expressément au juge de l'exécution de procéder à la vérification des créances hors contestation ; attendu toutefois qu'aux termes de l'article 27 du nouveau code de procédure civile le juge peut procéder en matière gracieuse, même d'office, à toutes investigations utiles ;*

*Attendu que ces questions de droit sont nouvelles et qu'elles présentent des difficultés sérieuses se posant dans de nombreux litiges ».*

La demande d'avis est formulée dans les termes suivants :

*« Lorsque les mesures recommandées par la commission de surendettement des particuliers consistent en l'effacement partiel de créances sur le fondement de l'article L. 331-7-1 du code de la consommation, le juge de l'exécution peut-il s'assurer du respect des conditions énoncées par le premier alinéa de l'article L. 330-1 du code de la consommation (caractère manifeste de l'impossibilité de faire face aux dettes et bonne foi du débiteur) et, après avoir invité les parties à présenter leurs observations, le cas échéant refuser de leur conférer force exécutoire en application des articles L. 332-1 et R. 332-3 du code précité ?*

*Le juge de l'exécution peut-il, en l'absence de contestation des mesures recommandées consistant en l'effacement partiel de créances, faire usage des pouvoirs d'investigation prévus par l'article 27 du nouveau code de procédure civile afin de juger de leur bien-fondé et de leur légalité ? »*

### **II. - La recevabilité de la demande d'avis**

#### **A. - Recevabilité quant à la forme** (articles 1031-1 et suivants du nouveau code de procédure civile)

Le jugement par lequel le juge de l'exécution a saisi la Cour de cassation de l'avis mentionne que les parties, ainsi que le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Mer, ont été invités à formuler leurs observations sur les questions posées mais qu'ils n'ont transmis aucune observation dans le délai imparti.

Le jugement du 9 août 2006 a été notifié aux parties le 10 août 2006 ainsi qu'au premier président de la cour d'appel de Douai, au procureur général près cette cour d'appel ainsi qu'au procureur de la République de Boulogne.

La demande d'avis paraît donc recevable en la forme.

#### **B. - Recevabilité quant au fond** (article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire)

Portant sur le surendettement, il ne fait pas de doute que les questions sont susceptibles de se poser, et se posent, fréquemment. Selon des données statistiques transmises au rapporteur, il y aurait eu en 2005, 33 827 saisines de juges de l'exécution tendant à voir conférer force exécutoire à des mesures recommandées, sur le fondement de l'article L. 332-1 du code de la consommation.

Les questions de droit soulevées ne concernent pas des dispositions nouvelles, puisqu'elles portent sur des articles du code de la consommation qui datent de 1998 (loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 de lutte contre les exclusions). Elles ont, certes, été modifiées en 2003 (loi n° 2003-710 du 1<sup>er</sup> août 2003 relative au rétablissement personnel), mais les questions évoquées par la demande d'avis se posaient au même titre, antérieurement au texte de 2003.

En revanche, la Cour de cassation n'a jamais statué sur aucune des deux questions dont elle est aujourd'hui saisie. En effet, elle n'a jamais eu à se prononcer sur la notion de « bien-fondé » des mesures recommandées, qui est au centre de la première question, et sur l'étendue du contrôle qu'elle implique. Elle n'a pas davantage tranché la question de la nature, contentieuse ou gracieuse, de la décision rendue par le juge dans l'hypothèse visée.

Est-ce parce que ces deux questions ne posent pas de difficulté sérieuse ? La question mérite d'être examinée.

En effet, comme il sera constaté ci-après, l'examen du droit positif semble permettre de répondre assez aisément à la première question posée. Cependant, il convient de noter que l'étendue des pouvoirs du juge de l'exécution statuant en matière de surendettement, en particulier en ce qui concerne la faculté pour ce juge de constater l'absence de bonne foi du débiteur, reste une question qui donne lieu à des interrogations (voire des réticences des juges du fond). Cette problématique se trouve, en outre, remise en lumière depuis l'entrée en vigueur de la loi sur le rétablissement personnel et par les conclusions du comité de suivi de cette loi qui a proposé que, dans le cadre d'une réforme éventuelle, il soit permis au juge d'exercer un contrôle sur cette condition de recevabilité dans des hypothèses où la jurisprudence actuelle ne le prévoit pas.

S'agissant de la seconde question, à s'en tenir à la lettre de l'article R. 332-2 du code de la consommation, le juge devrait statuer, dans l'hypothèse visée par la demande d'avis, au seul vu des pièces transmises par la commission. Cependant, la doctrine analysant généralement l'intervention du juge dans ce cadre comme une décision gracieuse, la question posée par la demande d'avis n'est pas illégitime. Par ailleurs, elle se rattache indéniablement à la première question, dans la mesure où le juge de l'exécution pourrait trouver dans la procédure gracieuse, qui accorde une grande place à l'initiative du juge, les moyens d'exercer un pouvoir de contrôle renforcé.

### III. - La question et son contexte juridique

#### A. - L'hypothèse envisagée par la demande

Les deux questions posées par la demande d'avis nous placent dans la situation où :

- un plan amiable, recueillant l'accord du demandeur au surendettement et de tous ses créanciers, n'a pu être élaboré ;
- où le débiteur, en situation d'insolvabilité, a bénéficié d'un moratoire (suspension de l'exigibilité des créances autres qu'alimentaires pendant une durée maximale de deux ans - premier alinéa de l'article L. 331-7-1 du même code) et
- où, à l'expiration de celui-ci, le débiteur demeurant insolvable, la commission propose **l'effacement d'une partie de ses dettes** (second alinéa de l'article L. 331-7-1).

Enfin, l'avis ne pose la question de la limite des pouvoirs du juge de l'exécution que dans l'hypothèse où la proposition de la commission **ne fait pas l'objet d'une contestation des parties**.

#### B. - Le contexte juridique

Depuis la loi du 1<sup>er</sup> août 2003, qui a instauré le rétablissement personnel, trois « régimes » de surendettement ont pu être identifiés (cf. avis du 10 janvier 2005 et avis du 24 juin 2005) :

- les mesures de **l'article L. 331-7** du code de la consommation, couramment appelées mesures ordinaires de désendettement, qui sont applicables si elles permettent d'apurer la situation du débiteur dans le délai total de dix années (situation de surendettement remédiable) ;
- les mesures de **l'article L. 331-7-1** du même code, qui permettent, lorsque le débiteur est insolvable au sens de cet article, de suspendre l'exigibilité du passif pendant une durée maximale de deux années et, passé ce délai, de réexaminer la situation du débiteur et de proposer un effacement partiel des créances, éventuellement combiné avec un plan comportant les mesures de l'article L. 331-7 afin d'apurer sa dette (situation d'insolvabilité) ;
- **le rétablissement personnel**, qui s'applique aux cas dans lesquels le débiteur se trouve dans l'impossibilité d'apurer sa situation par la mise en œuvre des mesures ci-dessus décrites (situation irrémédiablement compromise).

- La proposition de la commission :

Le deuxième régime ci-dessus décrit, qui est celui qui nous intéresse, est en deux étapes : la commission propose d'abord un moratoire (premier alinéa de l'article L. 331-7-1), puis, à l'expiration de celui-ci, des mesures pouvant consister en un effacement partiel des dettes (second alinéa), éventuellement combiné avec des mesures ordinaires de redressement, selon notre avis du 10 janvier 2005. Antérieurement à la

loi du 1<sup>er</sup> août 2003, cet effacement pouvait être total, mais, afin de ne pas laisser coexister deux régimes d'effacement des dettes, celui-ci et le rétablissement personnel, il a été décidé, au cours de la discussion parlementaire, de limiter l'article L. 331-7-1 à un effacement partiel<sup>1</sup>.

L'effacement est soumis à des conditions tenant à la personne du débiteur, qui doit être encore **en situation d'insolvabilité à l'issue du moratoire**. Cette situation se caractérise par l'absence de ressources ou de biens saisissables de nature à permettre d'apurer tout ou partie des dettes et rendant inapplicables les mesures ordinaires de désendettement.

Cet effacement doit faire l'objet d'une **proposition spéciale et motivée** de la commission.

- Le contrôle du juge de l'exécution :

La proposition d'effacement est soumise, au même titre que les autres mesures recommandées par la commission, au contrôle du juge de l'exécution, **soit** dans le cadre d'une contestation soulevée par l'une des parties **soit**, hors toute contestation, par une demande de la commission tendant à ce qu'il soit conféré force exécutoire aux mesures.

1. **En l'absence de contestation**, l'article L. 332-1 du code de la consommation<sup>2</sup> dispose que le juge de l'exécution confère force exécutoire aux mesures, après avoir procédé à un contrôle de celles-ci.

- pour toutes les mesures recommandées, le contrôle du juge se limite à une vérification de leur « **régularité** » ;

- pour les mesures d'effacement partiel des créances, le texte prévoit que le juge vérifie « **leur régularité et leur bien-fondé** ».

2. **En cas de contestation**, le juge doit vérifier, **même d'office**, la validité des titres de créance et s'assurer que le débiteur se trouve bien dans la situation définie à l'article L. 331-2 c'est-à-dire, par renvoi de texte, si la personne est de bonne foi et se trouve dans une situation de surendettement (article L. 330-1)<sup>3</sup>.

Ces articles comportent donc une gradation dans le contrôle effectué par le juge de l'exécution.

On notera que le code prévoit expressément la possibilité pour le juge de faire porter son contrôle sur la bonne foi du débiteur et la situation de surendettement, lorsqu'il est saisi d'une contestation des mesures et reste muet sur ce point, s'agissant des cas où les parties ne les ont pas contestées. **Une lecture a contrario permettrait donc de considérer que le juge n'a pas ce pouvoir dans l'hypothèse qui nous concerne.**

Si la partie réglementaire du code de la consommation permet de mieux cerner l'étendue du contrôle opéré par le juge de l'exécution lorsqu'il porte sur des mesures ordinaires de désendettement, ce n'est pas le cas en ce qui concerne l'effacement partiel des créances.

Pour les premières, l'article R. 332-2 prévoit que le juge vérifie « *que les recommandations sont conformes aux dispositions des articles L. 331-7 et L. 331-7-1 et qu'elles ont été formulées dans le respect de la procédure prévue aux articles R. 331-18 à R. 331-20* ». Il s'assure donc que les mesures sont bien celles légalement prévues et que la commission a respecté la procédure instituée par les textes. Il s'agit donc d'un contrôle de légalité portant sur le fond et sur la procédure.

S'agissant de la mesure d'effacement partiel, le même texte précise qu'à ce contrôle **s'ajoute celui du bien-fondé des mesures**, ce qui ne fait que reprendre le terme utilisé par l'article L. 332-1.

Dans tous les cas, l'article R. 332-2 dispose que **le juge ne peut ni compléter les mesures ni les modifier**. Le quatrième alinéa de l'article R. 332-3 dispose : « *En cas d'illégalité ou d'irrégularité de la procédure ou lorsque les mesures d'effacement partiel sont infondées, le juge adresse copie de son ordonnance à la commission et lui renvoie les pièces en l'invitant à se conformer aux dispositions de l'article R. 331-20* » (élaboration de nouvelles propositions).

Le juge confère force exécutoire aux mesures non contestées par une ordonnance à laquelle elles sont annexées (article R. 332-3). Cette ordonnance est susceptible de rétractation, à la demande de toute partie qui n'a pas été en mesure de s'opposer à l'objet de la demande (art. R. 332-1-2-III du code de la consommation).

Quant aux pouvoirs d'investigation du juge, selon les termes de l'article R. 332-1, le juge statue, en l'absence de contestation « **au vu des pièces transmises par la commission** ». Le code ne prévoit d'ailleurs pas de convocation des parties à une audience.

Ces dispositions s'opposent à celles prévues **en cas de contestation**, qui confèrent au juge de l'exécution de larges pouvoirs d'investigation<sup>4</sup> et prévoient la convocation des parties à une audience.

<sup>1</sup> Nathalie Côte, *JCP* 2003, doctrine 175, p. 1973

<sup>2</sup> **Article L. 332-1** : *S'il n'a pas été saisi de la contestation prévue à l'article L. 332-2, le juge de l'exécution confère force exécutoire aux mesures recommandées par la commission en application de l'article L. 331-7 et au premier alinéa de l'article L. 331-7-1 après en avoir vérifié la régularité, et aux mesures recommandées par la commission en application du troisième alinéa de l'article L. 331-7-1, après en avoir vérifié la régularité et le bien-fondé.*

<sup>3</sup> 2<sup>e</sup> Civ., 13 février 2003, *Bull.* 2003, II, n° 41, p. 36.

<sup>4</sup> En cas de contestation, le juge peut faire publier un appel aux créanciers et prescrire toute mesure d'instruction qu'il estime utile. Il peut également obtenir communication de tout renseignement lui permettant d'apprécier la situation du débiteur et l'évolution possible de celle-ci (article L. 332-2).

## IV. - Eléments de réponse

La première question posée par la demande d'avis nous invite à analyser **la notion de bien-fondé** des mesures et à déterminer si le contrôle du bien-fondé de la mesure **s'étend à la vérification de la recevabilité** de la demande de traitement de surendettement.

La seconde question nous demande si, pour apprécier la régularité et le bien-fondé des mesures, le juge de l'exécution peut faire usage des pouvoirs d'investigation de l'article 27 du nouveau code de procédure civile relatif à la procédure gracieuse, ce qui invite à s'interroger sur **la nature de l'intervention du juge**<sup>5</sup>.

### A. - Le droit positif

#### Les textes

La stricte lecture des textes applicables, ci-dessus rappelés, nous conduit, me semble-t-il, à conclure que, dans la situation visée par la demande d'avis, le juge vérifie, **au vu des seuls documents transmis par la commission** :

- que les mesures proposées sont bien de celles que le juge peut prononcer ;
- que la commission a bien respecté la procédure instituée par le code de la consommation ;
- que la personne se trouve bien en situation d'insolvabilité et
- que la mesure d'effacement apparaît justifiée.

**Les textes ne prévoient donc pas, contrairement au cas où les parties contestent les mesures, que le juge procède à un examen des conditions de recevabilité de la demande.** Cependant, analysant si la personne se trouve bien en état d'insolvabilité, le juge sera, de fait, amené à examiner si elle est dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir (la notion de situation de surendettement inclut, me semble-t-il, celle d'insolvabilité). Il procédera donc à l'examen de ce critère de recevabilité de la demande. Si tel est le cas, le cœur de la question résiderait dans la faculté donnée ou refusée au juge d'examiner la bonne foi du débiteur.

#### La jurisprudence

A ma connaissance, notre Cour n'a jamais eu à se prononcer sur la limite des pouvoirs du juge de l'exécution lorsqu'il lui est demandé, hors toute contestation, de conférer force exécutoire à un plan comportant un effacement total (en l'état du droit antérieur à la loi du 1<sup>er</sup> août 2003) ou un effacement partiel des créances.

- Les seules décisions rendues sur les pouvoirs du juge de l'exécution en application de l'article L. 332-1 du code de la consommation concernent les cas où il est saisi **de mesures ordinaires de désendettement**. Dans ce cadre, il a été jugé que le juge ne peut procéder à la vérification des créances (1<sup>re</sup> Civ., 4 mai 1999, *Bull.* 1999, I, n° 149)<sup>6</sup> et qu'il ne peut refuser de conférer force exécutoire aux mesures qui lui sont soumises, au motif que les créanciers n'auraient pas produit les éléments suffisants pour prouver leurs droits (1<sup>re</sup> Civ., 13 octobre 1999, pourvoi n° 98-04.027).

Enfin, dans un arrêt du 12 octobre 2006, à paraître au *Bulletin* (2<sup>e</sup> Civ., 12 octobre 2006, pourvoi n° 05-04.001), la deuxième chambre a jugé qu'en l'absence de contestation, **le juge de l'exécution n'a pas le pouvoir de s'assurer que le débiteur se trouve bien dans la situation définie à l'article L. 331-2** (qui renvoie à l'article L. 330-1, situation de surendettement et bonne foi).

Notre Cour a donc fait une lecture stricte des pouvoirs conférés au juge de l'exécution dans cette hypothèse. Cette lecture pourrait-elle être différente lorsque le juge est saisi d'une mesure d'effacement partiel des créances, au motif qu'il dispose alors d'un pouvoir d'appréciation du bien-fondé de la mesure ?

- A ma connaissance, la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée, non plus, sur la question de savoir si, **en cas de contestation ne portant pas sur la question de la bonne foi**, le juge pouvait soulever d'office la mauvaise foi du débiteur<sup>7</sup>. En revanche, et cela résulte clairement des textes, s'il est saisi d'une contestation de la bonne foi de celui-ci, il est tenu de se prononcer, sans pouvoir considérer qu'en l'absence de contestation préalable de la recevabilité, cette question ne peut plus lui être soumise (2<sup>e</sup> Civ., 13 février 2003, *Bull.* 2003, II, n° 41 ; 2<sup>e</sup> Civ., 7 juin 2006, pourvoi n° 05-04.027).

La deuxième chambre civile est actuellement saisie d'un pourvoi portant sur la question de savoir si, **dans le cadre d'une demande d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel** et alors que la recevabilité de la demande de traitement de la situation de surendettement n'avait pas été contestée, le juge peut soulever d'office la mauvaise foi du débiteur.

<sup>5</sup> Article 27 du NCP : *Le juge procède, même d'office, à toutes investigations utiles. Il a la faculté d'entendre sans formalités les personnes qui peuvent l'éclairer ainsi que celles dont les intérêts risquent d'être affectés par sa décision.*

<sup>6</sup> Le visa de cet arrêt de cassation, rendu en application de la loi de 1995, est le suivant :

« Vu les articles L. 332-1 et R. 332-2 du code de la consommation ;  
Attendu qu'il résulte de ces textes que le juge de l'exécution chargé de conférer force exécutoire aux mesures recommandées peut seulement en vérifier la régularité au regard des pouvoirs que la commission tient de l'article L. 331-7 du code de la consommation et des règles procédurales prévues aux articles R. 331-18 à R. 331-20 ».

La première chambre a réaffirmé ce principe dans un arrêt du 6 juin 2000, mais encore dans un cas où le texte applicable était celui de 1995 (1<sup>re</sup> Civ., 6 juin 2000, *Bull.* 2000, I, n° 178).

<sup>7</sup> Un arrêt non publié du 2 octobre 2002 (1<sup>re</sup> Civ., 2 octobre 2002, pourvoi n° 00-04.142) a pu faire naître une interrogation puisqu'il comporte le chapeau suivant : « Attendu qu'aux termes de ce texte [article L. 332-2 du code de la consommation], le juge du surendettement peut, lorsqu'il statue sur la contestation des mesures recommandées, s'assurer, même d'office, que le débiteur se trouve bien dans la situation définie à l'article L. 331-2 du même code ». Cependant, dans cette affaire, les créanciers avaient bien invoqué la mauvaise foi du débiteur, de sorte que le juge n'avait pas soulevé cette circonstance d'office et que l'on ne peut considérer que la Cour de cassation l'ait approuvé de l'avoir fait.

Dans ces deux dernières hypothèses, la question du pouvoir pour le juge de soulever d'office la question de la bonne foi du débiteur est directement posée par la rédaction même des textes applicables : l'article L. 332-2 prévoit que « *le juge peut vérifier, même d'office, la validité et le montant des titres de créance et s'assurer que le débiteur se trouve bien dans la situation définie à l'article L. 331-2* » (l'expression « même d'office » ne s'applique-t-elle qu'à la vérification des titres de créances ou également aux conditions de recevabilité de la demande de surendettement, et donc à la bonne foi ?) et l'article L. 332-6 prévoit que le juge apprécie le caractère irrémédiablement compromis de la situation du débiteur « *ainsi que sa bonne foi* ». Ces textes comportent donc une rédaction très différente de l'article L. 332-1 du code de la consommation.

- Notre Cour n'a, à ma connaissance, jamais fait application de l'article 27 du nouveau code de procédure civile aux décisions rendues par le juge de l'exécution en matière de surendettement. En revanche, à l'occasion d'un pourvoi portant sur la nécessité pour le juge d'organiser ou non une audience pour statuer sur la recevabilité de la demande, la première chambre, par un *obiter dictum*, a indiqué que lorsque seul le débiteur a formé un recours contre la décision d'irrecevabilité de la demande, ce recours s'exerce en matière gracieuse<sup>8</sup>. Peut-on en déduire que, dès lors que le juge ne statue pas à la demande d'un créancier contestant une décision de la commission, la procédure relève de la matière gracieuse ?

#### La doctrine

Si la doctrine s'est penchée sur les limites du contrôle opéré par le juge de l'exécution lorsqu'il doit vérifier la régularité des mesures ordinaires de désendettement, aucun auteur n'a, à ma connaissance, analysé de manière approfondie le contenu et les limites du contrôle du bien-fondé des mesures. La plupart des auteurs se contentent de paraphraser le code et d'ajouter qu'il s'agit d'un **contrôle de l'opportunité** de la mesure d'effacement, total ou partiel, des créances<sup>9</sup>.

Dans leur ouvrage consacré au surendettement des particuliers, MM. Ferrière et Chatain<sup>10</sup> indiquent que le contrôle du bien-fondé permet au juge de contrôler l'opportunité des mesures d'effacement des dettes. Ils ajoutent, mais sans préciser si cette mention concerne tous les types de mesures transmises au juge : « *il ne semble pas qu'à ce stade le juge puisse examiner la recevabilité du dossier, c'est-à-dire que le débiteur est bien surendetté au sens de l'article L. 331-2 du code de la consommation* ». Selon ces auteurs, cette position s'appuie sur un argument de texte qui est celui mentionné précédemment, consistant en une **lecture a contrario** des pouvoirs conférés au juge, en cas de contestation des mesures recommandées, par l'article L. 332-2 du code.

#### Bilan :

Au terme de cette analyse, il semble bien que le droit positif nous conduise à donner une réponse négative aux deux questions posées : le juge de l'exécution, lorsqu'il est appelé à contrôler le bien-fondé de la mesure d'effacement partiel, doit contrôler **l'opportunité de celle-ci au vu des seules pièces que lui a transmises la commission**, sans pouvoir procéder à un examen des conditions de recevabilité de la demande de surendettement.

Le juge de Boulogne-sur-Mer, dans la motivation de sa décision, reconnaît d'ailleurs lui-même que les textes relatifs au surendettement ne laissent pas au juge de l'exécution, dans cette hypothèse, une grande latitude, puisqu'il indique que « *les textes relatifs au traitement du surendettement ne permettent pas expressément au juge de l'exécution de procéder à la vérification des créances, hors contestation* ». Sa demande nous invite donc à aller plus loin.

Le juge de l'exécution ne pourrait-il pas, dans une conception extensive de la notion de bien-fondé, considérer que :

- elle s'étend à l'examen de la recevabilité de la demande de surendettement (contrôle de l'existence d'une situation de surendettement et de la bonne foi) ;
- elle implique de reconnaître au juge la faculté de s'appuyer sur la procédure gracieuse pour mettre en œuvre des mesures d'investigation lui permettant de compléter les informations que lui transmet la commission ?

### **B. - Au-delà du droit positif**

#### **1. En ce qui concerne l'examen de la recevabilité de la demande**

##### *a) Les éléments en faveur d'une conception extensive des pouvoirs du juge de l'exécution*

- Par sa nature mi-administrative mi-judiciaire et son caractère dérogoire au droit commun (atteinte à la force obligatoire des contrats), la procédure de surendettement s'apparenterait à une politique publique (l'effacement des créances a d'ailleurs été inséré dans la loi de lutte contre les exclusions), auquel ne peuvent accéder que certains types « d'usagers » : les personnes de bonne foi qui se trouvent dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de leurs dettes non professionnelles exigibles ou à échoir... Cette conception de la procédure de surendettement pourrait conduire à considérer qu'à chaque fois que le juge

<sup>8</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 4 avril 1991, 5<sup>e</sup> espèce, D. 1991, Jurisprudence, pages 307 et s.

<sup>9</sup> Sébastien Neuville, « Le traitement planifié du surendettement », RTD Com 2001, p. 31.

Elisabeth Fortis, *Rép. Civ. Dalloz*, Surendettement des particuliers, mai 2002.

Anne Cinay-Cytermann, « La réforme du surendettement, les innovations de la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre les exclusions », *JCP* 1999, doctrine 106.

Odile-Mathilde Boudou et Arnaud Claude, « Les pouvoirs du juge de l'exécution en cas de non-contestation des recommandations de la commission de surendettement », *Gaz. Pal.*, 5 et 6 janvier 2001, p. 34.

<sup>10</sup> F. Ferrière et P.L. Chatain, « Surendettement des particuliers », *Dalloz Référence*, 3<sup>e</sup> éd., paragraphe 81.31 et suivants.

est saisi de la procédure, et y compris en l'absence de recours contre une proposition de la commission, il lui appartiendrait de vérifier que la personne qui sollicite le bénéfice du dispositif de traitement du surendettement en remplit bien les conditions.

Dès lors, le juge devrait vérifier que le débiteur se trouve bien en situation de surendettement et est de bonne foi<sup>11</sup>.

- Même en s'éloignant de cette conception très administrative de la procédure de surendettement, qui n'est, à ma connaissance, soutenue par aucun des juristes ayant écrit sur cette question, l'atteinte portée à la force obligatoire des contrats par la mesure d'effacement des créances justifierait une brèche dans le principe de neutralité du juge, de façon à interdire qu'un débiteur qui ne remplirait pas les conditions de la loi, et en particulier celle relative à la bonne foi, ne puisse en bénéficier.

- L'appréciation du « bien-fondé » d'une mesure, qui renvoie à une analyse de son opportunité, ne pourrait cantonner le juge à un contrôle minimal : l'opportunité d'un effacement de dette ne peut être appréciée que si le juge a pu s'assurer de la bonne foi du débiteur, qui est une condition de recevabilité du traitement de la situation de surendettement. Par ailleurs, elle implique de s'être prononcé en toute connaissance de cause sur le montant exact des dettes et donc d'avoir pu procéder, le cas échéant, à une vérification des créances.

- Une doctrine minoritaire avait suggéré, dès 1995, lorsque la loi a modifié la place et le rôle du juge de l'exécution dans la procédure de surendettement, qu'il puisse, lorsqu'il est saisi d'une demande tendant à conférer force exécutoire aux mesures recommandées ordinaires, procéder à la vérification de la recevabilité de la demande de surendettement elle-même<sup>12</sup>.

- Le comité de suivi de l'application des dispositions relatives au surendettement de la loi n° 2003-710 du 1<sup>er</sup> août 2003 a recommandé que soit conférée au juge la faculté de soulever d'office la mauvaise foi du débiteur, en raison du fait qu'étant le seul à avoir une vision globale de la situation économique du débiteur, il est le mieux à même d'apprécier sa bonne ou mauvaise foi. Cette recommandation est faite non seulement en matière de rétablissement personnel mais aussi en ce qui concerne les cas dans lesquels le juge est saisi du recours formé contre la décision de recevabilité de la demande prise par la commission et de la contestation des mesures recommandées sur le fondement de l'article L. 331-7 du code de la consommation. Cet avis ne mentionne cependant pas l'hypothèse où le juge n'est saisi d'aucune contestation. La question de l'unification des pouvoirs du juge en ce qui concerne la possibilité pour lui de soulever d'office la mauvaise foi du débiteur se pose néanmoins.

Le comité a également souhaité que le juge puisse soulever d'office la violation par le créancier des dispositions protectrices du consommateur.

Il s'est donc prononcé en faveur d'un rôle actif du juge de l'exécution en matière de surendettement.

#### *b) Les éléments en faveur d'une limitation des pouvoirs du juge de l'exécution*

- les textes et l'intention du législateur : lorsqu'il a décidé de conférer à la commission le pouvoir de proposer un effacement, qui était alors total, des créances (loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions), le législateur n'a pas consacré un article séparé aux pouvoirs de contrôle du juge de l'exécution dans cette hypothèse nouvelle et la structure du code de la consommation n'a pas été modifiée : la grande distinction reste celle opérée entre les cas où il y a contestation des mesures et ceux où il n'y en a pas, et c'est cette distinction qui fonde la différence des pouvoirs conférés au juge de l'exécution<sup>13</sup>.

Permettre au juge de l'exécution de procéder à un examen de la recevabilité de la demande de surendettement à cette occasion reviendrait à lui conférer les pouvoirs qui sont les siens lorsqu'il est saisi d'une contestation des mesures, ce que n'a apparemment pas souhaité le législateur.

- La nature de l'intervention du juge de l'exécution : lorsqu'il est saisi hors toute contestation, la nature de son intervention a été très discutée en doctrine.

Généralement qualifiée d'homologation<sup>14</sup>, certains y ont vu un **contrôle de légalité** et de **excès de pouvoir** « comparable à celui du juge administratif »<sup>15</sup>, en ce qui concerne les mesures de redressement ordinaires. Lorsqu'il est saisi, hors contestation, de mesures d'effacement des créances, le juge ne statuerait pas « en plein contentieux » dès lors qu'il n'a pas le pouvoir de modifier les mesures proposées<sup>16</sup>.

Considérant que le juge, dans cette hypothèse, n'est pas appelé à trancher un litige mais seulement à conférer au travail de la commission la reconnaissance de la loi, certains ont dressé un parallèle avec **l'exequatur des**

<sup>11</sup> Cette conception se heurte cependant à la doctrine de la Cour de cassation qui analyse clairement les conditions de recevabilité de l'article L. 330-1 du code de la consommation en des fins de non-recevoir (1<sup>re</sup> Civ., 31 mars 1992, *Bull.* 1992, I, n° 104 et 2<sup>e</sup> Civ., 7 juin 2006, pourvoi n° 05-04.027).

<sup>12</sup> G. Paisant, *JCP* 1995, Doctrine p. 3844 et D. Khayat, *Gaz. Pal.* 1995, Doctrine, p. 1374.

<sup>13</sup> Les débats parlementaires et les rapports des diverses commissions saisies à l'occasion de l'examen de la loi de 1998 montrent que les discussions n'ont pas porté sur l'étendue des pouvoirs du juge de l'exécution lorsqu'il lui est demandé de conférer force exécutoire à une mesure d'effacement même total des créances mais plutôt sur l'étendue de ses pouvoirs vis-à-vis des dettes fiscales et en cas de contestation des mesures recommandées. Selon Mme Neiertz, le rôle du juge de l'exécution lorsqu'il n'est pas saisi d'une contestation, « se limite à entériner les mesures recommandées par la commission ». Un amendement avait même proposé qu'en l'absence de contestation, le plan acquerrait force exécutoire après un délai d'un mois si le juge de l'exécution n'avait pas statué dans ce délai. L'amendement a finalement été retiré dès le stade de l'examen du texte par la commission spéciale de l'assemblée nationale chargée d'examiner ce volet du texte, en raison de sa possible inconstitutionnalité (application aux décisions judiciaires de la règle administrative des décisions implicites) et du fait qu'il aurait pour conséquence de supprimer tout contrôle judiciaire. Lors des débats devant la commission des lois du Sénat, il a été indiqué que le contrôle du bien-fondé des mesures consistait en la vérification de l'existence d'une situation d'insolvabilité caractérisée (première lecture, rap. 473).

<sup>14</sup> C'est le terme utilisé par la circulaire d'application de la loi du 27 juillet 1998, en date du 24 mars 1999, paragraphe 3.5.

<sup>15</sup> W. H. Croze, « Cinq questions à propos du décret n° 95-660 du 9 mai 1995 relatif à la procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers », *Procédures*, juin 1995, Chronique, 2.

<sup>16</sup> H. Croze, « Le traitement du surendettement, aspects procéduraux de la réforme », *Petites affiches*, 21 mai 1999, n° 101.

**sentences arbitrales**, assimilant le rôle conciliateur de la commission aux fonctions d'un arbitre<sup>17</sup>. D'autres, s'attachant davantage à l'existence d'un accord au moins implicite des parties, qui ont décidé de s'abstenir de tout recours contre les propositions de la commission, ont estimé que « la recommandation devient alors un véritable contrat judiciaire imposé aux parties par la décision du juge »<sup>18</sup>. Cependant, cette analyse a été critiquée par certains, en particulier en raison du fait qu'en cas de proposition d'effacement partiel, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation du bien-fondé de celle-ci<sup>19</sup>.

Le rattachement usuel à la notion d'**homologation** n'est pas d'un grand secours puisqu'à l'homologation n'est pas attaché un régime unique et homogène de contrôle juridictionnel : il peut comporter un simple contrôle de légalité ou un contrôle d'opportunité (homologation de la convention définitive de divorce par consentement mutuel). Selon un auteur<sup>20</sup>, le contrôle du juge serait plus ou moins important selon que l'acte soumis à l'homologation a été élaboré, ou non, en présence du juge ou de son délégué (conciliateur par exemple). Si tel est le cas, il y aurait une présomption forte que les parties se seraient mises d'accord sur une solution présentant des garanties pour elles, de sorte que le juge pourrait ne procéder qu'à des vérifications minimales.

Cette analyse pourrait conduire à limiter le contrôle du juge dans notre hypothèse, dès lors qu'il lui est demandé d'homologuer un plan qui est le fruit d'un travail auquel toutes les parties intéressées ont été appelées à participer, sous la responsabilité d'un organe indépendant des parties (parallèle avec le rôle du conciliateur)<sup>21</sup>.

- La cohérence du droit du surendettement : La procédure de surendettement reste une procédure déclarative et d'essence consensuelle. La commission n'est pas tenue de se faire remettre les titres fondant les créances et n'est pas juge de la régularité des contrats et de leur validité. Ce n'est que si elle se trouve empêchée de faire des propositions de traitement de la situation qu'elle se fera remettre les titres et qu'elle saisira, le cas échéant, le juge d'une demande de vérification des créances. Lorsque ni la commission ni le débiteur ne saisissent le juge d'une contestation du montant d'une créance au moment de l'établissement de l'état d'endettement, le juge doit travailler sur la base des montants déclarés<sup>22</sup>. Ce n'est qu'en cas d'opposition déclarée du débiteur ou des créanciers que la procédure perd son caractère consensuel et que le juge retrouve un véritable pouvoir juridictionnel.

Un rôle restreint du juge dans notre hypothèse serait ainsi en harmonie avec ce caractère consensualiste de la procédure de surendettement.

Par ailleurs, si le juge était amené à examiner, à ce stade, la recevabilité du dossier et la bonne foi du débiteur, cela l'amènerait à faire des recherches et des vérifications auxquelles procède, au premier chef, la commission depuis la réforme de 1995. Ne reviendrait-on pas sur la déjudiciarisation de la procédure qui avait été souhaitée en 1995 et sur laquelle il n'est pas question de revenir ?

Enfin, autoriser le juge à s'assurer de la bonne foi du débiteur à cette occasion, même au seul vu des documents transmis par la commission, reviendrait à lui permettre de relever d'office, le cas échéant, sa mauvaise foi. Or, ceci constituerait une dérogation à la règle jurisprudentielle bien établie, selon laquelle la bonne foi est présumée (1<sup>re</sup> Civ., 4 avril 1991, *Bull.* 1991, I, n° 123, 124 et 126). Ce principe a conduit la Cour de cassation à juger **qu'au stade de l'examen de la recevabilité**, le juge ne peut soulever d'office la mauvaise foi<sup>23</sup>. Elle a, par ailleurs, jugé le 12 octobre dernier (arrêt précité) **qu'en l'absence de contestation des mesures recommandées consistant en des mesures ordinaires de surendettement, le juge ne pouvait vérifier l'existence de la bonne foi du débiteur**.

- Les principes généraux de la procédure civile : quel serait le fondement de la faculté accordée au juge, sans texte, de soulever des éléments de fait (la bonne ou mauvaise foi, analyse des titres de créance par exemple) qu'aucune des parties n'aurait invoqués ? Selon la doctrine de la Cour de cassation, en l'absence de contestation du consommateur, il n'appartient pas au juge de soulever d'office la méconnaissance des règles d'ordre public de protection régissant le droit de la consommation (1<sup>re</sup> Civ., 15 février 2000, *Bull.* 2000, I, n° 49), ce n'est qu'en présence d'une contestation que le juge retrouve la possibilité de sanctionner d'autres méconnaissances des règles d'ordre public en la matière (1<sup>re</sup> Civ., 18 décembre 2002, *Bull.* 2002, I, n° 315). En soulevant d'office la mauvaise foi du débiteur, le juge ne sortirait-il pas de son obligation de neutralité ?

Cependant, en premier lieu, il pourrait être répliqué que les règles gouvernant l'office du juge ne peuvent valoir, dès lors qu'il est demandé au juge de donner force exécutoire à un accord consacrant une atteinte grave au principe de la force obligatoire des conventions. En quelque sorte, l'ordre public de protection se trouverait inversé et ce serait les intérêts des créanciers qu'il s'agirait ici de protéger.

<sup>17</sup> D. Khayat, « Nouvelles dispositions sur le surendettement des particuliers, une réforme pour rien ? » *Gaz. Pal.*, 17/19 décembre 1995, p. 2.

Boudou et Claude, « Les pouvoirs du juge de l'exécution en cas de non-contestation des recommandations de la commission de surendettement », *Gaz. Pal.*, 5-6 janvier 2001, doctrine p. 34.

<sup>18</sup> G. Raymond, « Le surendettement des particuliers et des familles après la réforme du 8 février 1995 », *JCP N* 1995, Prat. 3401.

<sup>19</sup> S. Neuville, « Le traitement planifié du surendettement », *RTD Com* 2001, p. 43.

<sup>20</sup> C. Hugon, « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? » *Petites affiches*, 11 décembre 2003, n° 247, p. 4.

<sup>21</sup> Cf. également l'analyse de X. Lagarde, estimant que lorsque le juge est saisi en raison de son *imperium* à des fins d'exécution, son rôle se limite à un contrôle minimum. Il fait une analyse sous cet angle des dispositions relatives à l'injonction de payer. X. Lagarde, « Office du juge et ordre public de protection », *JCP* 2001, Doctrine, 312.

<sup>22</sup> Le juge saisi d'une demande de vérification des créances ne peut écarter certaines d'entre elles de la procédure en raison de ce que les créanciers n'avaient pas produit les justificatifs réclamés par la commission sans constater en quoi les créances en cause n'étaient pas valides. L'absence de production de justificatifs n'est donc pas suffisante pour écarter une créance : 1<sup>re</sup> Civ., 14 mars 2000, pourvoi n° 98-04.014.

<sup>23</sup> Avis n° 940020 du 16 décembre 1994 et la jurisprudence subséquente. Le rapporteur de cet avis soulignait le paradoxe qu'il y aurait, pour l'application d'une loi d'ordre public de protection sociale, à permettre au juge de soulever d'office la mauvaise foi du débiteur alors que les propres créanciers de celui-ci n'avaient pas estimé devoir l'invoquer.



En second lieu, il pourrait être tiré argument de la nature gracieuse de l'intervention du juge de l'exécution, qui tiendrait alors de l'article 26 du nouveau code de procédure civile la possibilité de fonder sa décision sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris ceux qui n'auraient pas été allégués (ceci nous renvoie d'une certaine façon à la deuxième question de la demande d'avis).

## 2. En ce qui concerne les pouvoirs d'investigation du juge

Comme indiqué précédemment, l'article R. 332-2 du code de la consommation dispose que le juge de l'exécution, en l'absence de contestation des mesures recommandées, procède aux vérifications qu'il doit opérer **au vu des pièces transmises par la commission**, même en cas de recommandation d'effacement partiel des créances. Le juge pourrait-il s'appuyer sur les dispositions relatives à la procédure gracieuse, et en particulier sur l'article 27 du nouveau code de procédure civile, pour procéder à toutes investigations qu'il estimerait nécessaires pour apprécier le bien-fondé des mesures qui lui sont soumises ?

Si la Cour de cassation n'a jamais statué sur le rattachement de la procédure « d'homologation des mesures recommandées » à la procédure gracieuse<sup>24</sup>, la doctrine se prononce généralement en ce sens<sup>25</sup>. L'intervention du juge de l'exécution présente, en effet, les critères de l'article 25 du nouveau code de procédure civile : absence de litige, contrôle du juge imposé par la loi.

Cependant, à ma connaissance, la doctrine ne s'est jamais penchée sur l'ensemble des conséquences à tirer du rattachement de l'intervention du juge de l'exécution à la procédure gracieuse, en particulier en ce qui concerne ses pouvoirs d'investigation.

La réponse à la question, au moins en opportunité et pour partie, paraît liée à celle qui sera apportée à la première question de la demande d'avis. Si le juge ne dispose pas du pouvoir d'examiner la recevabilité de la demande et la question de la bonne foi du débiteur, l'opportunité de lui conférer des pouvoirs d'investigation étendus apparaît moindre. Cependant, elle n'est pas nulle dans la mesure où le juge doit apprécier l'opportunité de l'effacement des créances et vérifier la situation d'insolvabilité du débiteur (vérification des créances).

Au plan théorique, il peut être rappelé, en premier lieu, que les principes généraux d'interprétation devraient conduire à faire prévaloir le texte propre au surendettement sur celui, d'ordre général, relatif à la matière gracieuse.

En second lieu, il peut être souligné que les larges pouvoirs dont dispose le juge en matière gracieuse trouvent leur justification dans l'absence d'adversaire : l'hypothèse principale de la matière gracieuse est celle de la saisine du juge par une partie (ou sur requête conjointe), sans que les autres personnes susceptibles d'être concernées par la demande présentée soient appelées. Le juge a donc pour mission de s'assurer que les intérêts de ces tiers ne seront pas lésés par la décision qu'il rendra et qu'on ne lui cache aucune information qui empêcherait une juste appréciation des intérêts en présence (protection des enfants dans les demandes de changements de régimes matrimoniaux par exemple). C'est pourquoi la loi lui permet de fonder sa décision sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis et de procéder à toutes investigations utiles.

En matière de surendettement, la situation n'est pas tout à fait comparable puisque toutes les parties ont été associées au projet qui est soumis à l'approbation du juge et ont pu en discuter les termes (contestation de la recevabilité de la demande de surendettement, contestation de l'état du patrimoine dressé par la commission, contestation des mesures elles-mêmes). Par ailleurs, les mesures sur lesquelles portera la décision du juge ont été élaborées non par une partie mais par un tiers indépendant, et c'est lui qui saisit le juge, non une partie.

Sur cette question, comme sur la première posée par la demande d'avis, n'est-ce pas l'atteinte portée à la force obligatoire des conventions conclues par les parties et le souci d'éviter d'éventuels abus qui pourraient conduire à conférer au juge de l'exécution des pouvoirs plus étendus que ceux que le pouvoir réglementaire lui a expressément donnés ? Si ces pouvoirs (appréciation de la recevabilité de la demande et pouvoirs d'investigation) se rattachent incontestablement à la fonction juridictionnelle « classique », il n'est pas sûr que la faculté donnée au juge d'en faire application, dans l'hypothèse visée par la demande d'avis, ne viendrait pas rompre une certaine cohérence du droit du surendettement.

<sup>24</sup> La décision précitée du 4 avril 1991 (1<sup>re</sup> Civ., 4 avril 1991, espèce n° 5, D. 1991, Jurisprudence, 307) portait sur les conséquences à tirer de ce rattachement en ce qui concerne l'obligation ou non d'organiser une audience lorsque le juge statue sur la recevabilité de la demande. Commentaire critique de R. Perrot (RTD Civ. 1991, oct-déc) qui fait observer combien « les analyses de droit privé s'adaptent mal à des situations bâtarde où un juge de l'ordre judiciaire intervient comme organe de recours contre les décisions d'une commission à vocation administrative dont la nature est mal définie ».

<sup>25</sup> Boudou et Claude, « Les pouvoirs du juge de l'exécution en cas de non-contestation des recommandations de la commission de surendettement », *Gaz. Pal.* 5-6 janvier 2001, doctrine p. 34.  
S. Neuville « Le traitement planifié du surendettement », *RTD Com* 2001, p. 43.

# *Observations de M. Domingo*

## *Avocat général*

Notre Cour est saisie d'une demande d'avis émanant du juge de l'exécution du tribunal d'instance de Boulogne-sur-Mer ainsi formulée :

*« Lorsque les mesures recommandées par la commission de surendettement des particuliers consistent en l'effacement partiel de créances sur le fondement de l'article L. 331-7-1 du code de la consommation, le juge de l'exécution peut-il s'assurer du respect des conditions énoncées par le premier alinéa de l'article L. 330-1 du code de la consommation (caractère manifeste de l'impossibilité de faire face aux dettes et bonne foi du débiteur) et, après avoir invité les parties à présenter leurs observations, le cas échéant refuser de leur conférer force exécutoire en application des articles L. 332-1 et R. 332-3 du code précité ? »*

*Le juge de l'exécution peut-il, en l'absence de contestation de mesures recommandées consistant en l'effacement partiel de créances, faire usage des pouvoirs d'investigation prévus par l'article 27 du nouveau code de procédure civile afin de juger de leur bien-fondé et de leur légalité ? ».*

L'examen des pièces du dossier fait ressortir que les prescriptions édictées à l'article 1031-2 du nouveau code de procédure civile ont été respectées. Les conditions de forme de la recevabilité de la demande étant réunies, qu'en est-il des conditions de fond énoncées à l'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire ?

S'agissant de la fréquence élevée des litiges au sein desquels est susceptible de se poser la question de droit soulevée, qui pourrait en douter ? La catégorie des débiteurs aux abois, carencés en ressources et surdosés en emprunts n'est en effet pas près de rétrécir.

La difficulté est sérieuse car les textes dont l'application est en cause n'autorisent pas, à première analyse, une interprétation totalement univoque permettant de déterminer les pouvoirs exacts du juge de l'exécution dans le domaine concerné.

Reste la question de la nouveauté du problème juridique posé.

L'étude des décisions prononcées par la Cour de cassation en matière de surendettement des particuliers ne révèle pas l'existence de situations identiques à celle qui est décrite dans la présente demande.

Il en va de même des avis, assez abondants, rendus antérieurement, en application des articles L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire et 1031-1 et suivants du nouveau code de procédure civile.

Tout au plus convient-il de contempler avec un certain intérêt l'avis n° 0940020 du 16 décembre 1994 (*Bull.* 1994, Avis, n° 25, p.19) affirmant que le juge ne peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la mauvaise foi du débiteur dès lors que les dispositions légales relatives au règlement des situations de surendettement ressortissent à l'ordre public économique de protection sociale.

Une telle formulation qui, par sa généralité et son caractère catégorique, pourrait laisser à penser que la question des pouvoirs dont le juge peut faire usage en ce domaine précis a d'ores et déjà été tranchée par la négative, ne saurait cependant se couler dans la matrice de la présente demande d'avis dès lors qu'exprimée sous l'empire de la loi du 31 décembre 1989, elle ne peut répondre que très imparfaitement aux interrogations suscitées par la mise en œuvre de dispositions légales ultérieures ayant largement modifié le paysage juridique dans ce secteur du droit de la consommation.

Aussi bien, les exigences de l'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire paraissant satisfaites, convient-il de passer à l'examen des données dont la synthèse permettra de formuler la réponse attendue.

Il n'est pas totalement vain de rappeler que dans le cadre des mécanismes institués par la loi depuis plus d'une quinzaine d'années pour venir en aide aux débiteurs en détresse, une commission départementale de surendettement des particuliers s'est vue confier la mission essentielle d'élaborer, avec l'accord des parties, un plan de redressement (article L. 331-6 du code de la consommation) ou, en cas d'échec de sa mission de conciliation, de recommander la mise en œuvre de certaines mesures (article L. 331-7 du code de la consommation) propres à permettre progressivement d'obtenir l'apurement du passif.

Par ailleurs, en vertu des lois n° 98-657 du 29 juillet 1998 et 2003-710 du 1<sup>er</sup> août 2003, figure désormais dans le dispositif un article L. 331-7-1 du code de la consommation permettant à la commission de surendettement, en cas d'insolvabilité non irrémédiable du débiteur, de recommander : la suspension de l'exigibilité des créances, autres qu'alimentaires, pour une durée de deux ans maximum (premier alinéa) et, dans le cas où la situation d'insolvabilité perdurerait au-delà de cette période, l'effacement partiel des créances (en vertu d'une proposition spéciale et motivée ; deuxième alinéa).

Il va de soi que lorsque la commission en est à ce stade de son action, la question de la recevabilité de la procédure engagée devant elle par le débiteur a depuis beau temps été résolue, au moins à ce niveau de compétence.

Notamment la vérification a été faite conformément à l'article L. 331-3 du code de la consommation que celui-ci se trouve bien dans la situation définie à l'article L. 331-2, lequel, remanié le 18 janvier 2005 et encore le 13 juillet 2006, renvoie à l'article L. 330-1 aux termes duquel l'état de surendettement est caractérisé par :

a) « l'impossibilité manifeste pour le débiteur » ;

b) à condition qu'il soit « de bonne foi », « de faire face » (notamment) « à l'ensemble de ses dettes non professionnelles ».

Les mesures recommandées par la commission - en particulier celles formulées en application de l'article L. 331-7-1 du code de la consommation - peuvent être contestées par les parties (débiteur et créanciers) devant le juge de l'exécution (article L. 332-2 du code de la consommation).

En ce cas, le magistrat compétent est investi du pouvoir de prendre lui-même tout ou partie des mesures définies à l'article L. 331-7 ou à l'article L. 331-7-1. Autrement dit, il se substitue, en ce qui concerne le choix desdites mesures, à la commission elle-même et confère à celles-ci la force exécutoire nécessaire à leur mise en œuvre (pouvoir dont la commission, apte seulement à émettre des recommandations, est évidemment dépourvue).

Pour remplir cette mission, le juge de l'exécution se voit doté de larges moyens d'investigation. Il peut ainsi prescrire toute mesure d'instruction qu'il estime utile et obtenir communication de tout renseignement lui permettant d'apprécier la situation du débiteur et l'évolution possible de celle-ci. Il lui est loisible de vérifier, même d'office, la validité et le montant des titres de créance. Surtout, il est en droit de s'assurer que le débiteur se trouve bien dans la situation définie à l'article L. 331-2.

Cette disposition fait écho à celle déjà citée figurant à l'article L. 331-3 et enjoignant à la commission de vérifier que le demandeur est effectivement de bonne foi et dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes.

Il paraît en résulter que la contestation élevée devant le juge de l'exécution confère à celui-ci le pouvoir non seulement de décider des mesures à mettre en œuvre mais aussi d'exclure de leur bénéfice le débiteur qui ne répond pas aux conditions légales d'éligibilité.

Si l'étape contentieuse a été ouverte à l'initiative d'un créancier, il paraît naturel d'admettre une telle conséquence. En revanche, la loi ne distinguant pas en ce domaine, la circonstance que le juge de l'exécution saisi d'une contestation émanant du débiteur, ait aussi le pouvoir (et le devoir) de vérifier si celui-ci peut valablement invoquer le bénéfice du régime institué pour les situations de surendettement montre qu'il dispose alors d'un pouvoir d'intervention d'office (2<sup>e</sup> Civ., 13 février 2003, *Bull.* 2003, II, n° 41, p. 36) expressément accordé par la loi, bien que l'ensemble du dispositif légal relève de l'ordre public économique de protection (privant normalement le juge de la possibilité de relever d'office, en particulier, la fin de non-recevoir tirée de la mauvaise foi du débiteur - cf. avis précité du 16 décembre 1994).

Qu'en est-il, et nous en arrivons à la question posée, lorsqu'aucune contestation des mesures recommandées par la commission de surendettement n'a été formulée dans le délai de quinze jours imparti par la loi ? Quels sont alors les pouvoirs du juge de l'exécution ?

Aux termes de l'article L. 332-1, il se borne à conférer force exécutoire auxdites mesures.

Toutefois, il doit auparavant vérifier la régularité de celles qui ont été préconisées en application de l'article L. 331-7 et du premier alinéa de l'article L. 331-7-1 (qui concerne la suspension de l'exigibilité des créances).

Pour celles qui ont été recommandées en application du deuxième alinéa (et non du troisième comme l'exprime fautivement l'article L. 332-1) de l'article L. 331-7-1 - c'est-à-dire l'effacement partiel des créances - le contrôle du juge porte non seulement sur leur régularité mais aussi sur leur bien-fondé.

Le sens et la portée du texte légal reçoivent quelque éclairage des articles réglementaires pris pour son application.

Les articles R. 332-2 et R. 332-3 qui forment la matière d'une sous-section 1 intitulée : « Acquisition de la force exécutoire » (laquelle s'oppose à la sous-section 2 dont les articles concernent la « contestation des mesures recommandées ») précisent la mission de contrôle du juge. Celui-ci doit vérifier que les recommandations :

- a) sont conformes aux dispositions des articles L. 331-7 et L. 331-7-1 ;
- b) ont été formulées dans le respect de la procédure prévue aux articles R. 331-18 à R. 331-20 ;
- c) sont, en outre, bien fondées lorsqu'elles consistent en l'effacement partiel des créances.

Contrairement à ce qu'il advient en cas de contestation par une partie, le juge ne peut ni compléter ni modifier les mesures recommandées (article R. 332-2 *in fine*).

Il n'a d'autre choix que de conférer par voie d'ordonnance force exécutoire aux recommandations ou, si celles-ci paraissent entachées d'illégalité ou d'irrégularité (ou encore se révèlent infondées dans le cas de l'article L. 331-7-1, alinéa 2), de refuser de les sanctionner en renvoyant à la commission les pièces du dossier accompagnées de l'ordonnance par laquelle il invite celle-ci à se conformer aux dispositions de l'article 331-20.

Une analyse directe et sans prévention de ce dispositif conduit à considérer, si l'on excepte la question du respect de la procédure agencée aux articles R. 331-18 à R. 331-20 extérieure à la question posée, que le contrôle de légalité du juge consiste à s'assurer que les mesures proposées entrent bien dans les prévisions des articles L. 331-7 et L. 331-7-1 et qu'en outre l'effacement partiel des créances, quand il a été conseillé, constitue une mesure adéquate aux circonstances, c'est-à-dire une mesure dont l'opportunité ne peut être récusée compte tenu de l'état d'insolvabilité persistant du débiteur et de la nécessité d'alléger sa situation en vue de permettre au processus d'apurement des dettes d'être conduit à bonnes fins.

En d'autres termes, ce mécanisme ne paraît pas autoriser le juge à étendre le champ de contrôle de légalité au-delà de l'horizon des articles susvisés fût-ce en vue d'apprécier si les conditions légales auxquelles est subordonnée l'admission du débiteur au bénéfice de la procédure de traitement du surendettement sont ou non réunies.

Cette approche restrictive résultant de l'analyse des textes en cause et du fait que seul l'article L. 332-2 permet au juge, en cas de contestation, de procéder à une telle vérification est confortée par l'étude des travaux parlementaires (relatifs à l'article L. 331-7-1 dans la version de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998). Selon les avis exprimés par le législateur à cette occasion, le rôle du juge de l'exécution, en l'absence de contestation, se limite en effet à entériner les mesures recommandées par la commission après en avoir vérifié la régularité. Il ne peut s'agir ici que de la régularité des mesures elles-mêmes et non de la légalité du régime juridique dans lequel elles s'inscrivent non plus que de la légitimité du droit du débiteur à revendiquer le bénéfice d'un tel régime (travaux parlementaires, séance du 18 mai 1998, JO).

La majorité des auteurs adhèrent à ce point de vue. Si l'on met à part l'opinion, (dissidente mais prudente) de l'un d'entre eux, selon lequel « *il semble que (le juge) doive aussi s'assurer en amont que les conditions de recevabilité de la demande étaient bien réunies* » (Gilles Paisant « La réforme de la procédure de traitement des situations de surendettement par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 », JCP 1995, éd. G, n° 3844), la plupart défendent un raisonnement opposé à l'occasion de divers commentaires visant soit la loi précitée du 8 février 1995 soit celle du 29 juillet 1998 (not. Anne Sinay-Cytermann, « La réforme du surendettement », JCP 1999, éd. G., I, 106 ; F. Ferrière et L. Chatain, Dalloz référence, n° 81.33 ; Elisabeth Fortis, « Surendettement des particuliers », Rép. civ. Dalloz ; « Surendettement et rétablissement personnel », éd. Législatives, n° 67).

Si, en ce qui concerne l'effacement des dettes, le juge de l'exécution doit, selon Guy Raymond, (« Nouvelle réforme du surendettement des particuliers et des familles », J.-Cl. 1999, chr. n° 10 - *in contrats, concurrence, consommation*) non seulement contrôler la régularité de la mesure (par exemple y a-t-il bien insolvabilité persistante ?) mais aussi son bien-fondé (l'effacement des dettes est-elle la solution la mieux appropriée eu égard aux données de la cause ?) de manière plus générale, le contrôle de l'autorité judiciaire ne porte que sur la régularité textuelle de telle sorte que le juge de l'exécution « *ne pourrait refuser d'accorder force exécutoire aux mesures qui lui sont déferées parce qu'il lui apparaîtrait lors de son examen que la demande était en réalité juridiquement irrecevable* » (Danièle Khayat, « Les nouvelles dispositions sur le surendettement des particuliers. Une réforme pour rien ? », Gaz. Pal. 1995, p.1374).

Ainsi, tant la méthode d'interprétation des textes en cause que la philosophie du législateur et les réflexions de la doctrine dominante se conjuguent-elles pour priver le juge, en dehors de toute contestation des parties, du pouvoir de s'emparer d'office du moyen tiré de l'absence de l'une des conditions de fond énoncées à l'article L. 330-1, alinéa premier, pour répudier les mesures recommandées par la commission de surendettement en refusant de leur conférer force exécutoire.

Ajoutons que l'on voit mal comment ce magistrat pourrait, hormis certaines circonstances particulières, être à même de disposer des éléments lui permettant de se forger une conviction en ce domaine dès lors qu'il statue au vu des seuls documents transmis par la commission (article R. 332-2).

D'où l'appendice à la question principale qui nous est soumise et qui pourrait être crûment formulée ainsi : dès lors que, contrairement à l'article L. 332-2, l'article qui le précède ne dote pas le juge des moyens d'investigation propres à l'éclairer sur la situation du débiteur, ne peut-on contourner cette difficulté en l'autorisant à parvenir au même résultat par le recours aux pouvoirs généraux que lui reconnaît l'article 27 du nouveau code de procédure civile ?

L'intrusion d'une telle interrogation procède d'un raisonnement aporétique dans la mesure où il suppose une réponse positive au premier volet de la question, réponse positive qui dépend à son tour du point de savoir si le juge peut user des pouvoirs que lui attribue l'article 27.

Si l'on néglige cette difficulté et que l'on aborde la question dans l'ordre où les problèmes sont soulevés, quels arguments pourraient militer en faveur d'une conception extensive des pouvoirs du juge ?

Il pourrait être admis que la gravité de la mesure prise en application de l'article L. 331-7-1, laquelle porte atteinte aux intérêts des créanciers qui la subissent, devrait autoriser le juge à vérifier, même en l'absence de contestation, que la situation du débiteur répond bien aux conditions exigées par la loi.

De la sorte, tandis qu'aucune appréciation de la bonne foi du débiteur ne peut être effectuée lorsque sont seulement recommandées les mesures visées à l'article L. 331-7 (cf. 2<sup>e</sup> Civ., 12 octobre 2006, pourvoi n° 05-04.001), cet élément pourrait et devrait être contrôlé d'office en présence d'une mesure recommandant l'effacement partiel des créances.

Mais c'est introduire alors des pouvoirs d'étendues différentes selon la nature des mesures concernées et compliquer ainsi un paysage procédural que le législateur a voulu rendre cohérent en traçant une frontière entre le domaine de la contestation des mesures et celui où elles doivent seulement être revêtues de la force exécutoire.

En outre, pourquoi investir en ce cas le juge de pouvoirs plus larges alors qu'il appartenait au créancier victime de la mesure d'effacement de sa créance recommandée par la commission d'élever une contestation dans le cadre de l'article L. 332-2 ?

Par ailleurs il pourrait également être soutenu que l'examen du bien-fondé de cette mesure particulière implique que le juge soit à même de vérifier que le débiteur est digne d'en bénéficier, autrement dit qu'il soit de bonne foi.

Mais n'est-ce pas confondre alors l'utilité de la mesure, son adéquation par rapport à l'apurement des dettes qui est recherché (on reste dans le périmètre de la législation sur le surendettement) et le droit (situé en amont) du débiteur à en profiter ? Autrement dit, le contrôle du bien-fondé impliquerait, à côté du contrôle de légalité de la mesure, expressément visé à l'article R. 332-3, la vérification de ce que celle-ci est non seulement opportune mais possible juridiquement dès lors que la législation sur le surendettement est bien applicable en l'espèce (ce qui suppose un jugement sur la bonne foi).

Une telle position a en outre l'inconvénient d'autoriser, alors qu'aucun créancier ne s'en est avisé, le juge à soulever d'office la mauvaise foi du débiteur, opération qui est désavouée par l'avis précité rendu le 16 décembre 1994 par la Cour de cassation.

Enfin, si un tel contrôle était admis, il aurait pour effet d'exclure le débiteur du bénéfice de la loi. Mais comment ? Le juge n'a en effet d'autre possibilité que de refuser d'accorder force exécutoire à la mesure et doit renvoyer les pièces du dossier à la commission. Que ferait celle-ci face à une situation dans laquelle la question de la recevabilité aurait d'ores et déjà été réglée par elle (et non contestée) situation dont l'ordonnance du juge viendrait établir (sans pouvoir en tirer d'autre conséquence) qu'elle ne remplissait pas les conditions exigées par la loi pour rendre recevable la demande du débiteur ?

Si le juge a, dans le cadre de l'article L. 332-2, des pouvoirs à cet égard, ils sont en cohérence avec le rôle qu'il doit remplir puisque la contestation transporte à son niveau la totalité de l'affaire.

En revanche, l'impossibilité pour le juge de prendre d'autre parti que de renvoyer les pièces du dossier à la commission dans le cadre de l'article L. 332-1 souligne l'incohérence qu'il y aurait à lui permettre d'apprécier indirectement à travers la question de la bonne foi la recevabilité de la demande.

En résumé, il apparaît que les arguments en faveur d'une interprétation extensive des pouvoirs du juge se heurtent à d'importantes difficultés.

Face à une structure assez clairement articulée, avec les deux volets constitués par les articles L. 332-1 et L. 332-2, il n'y a aucune raison suffisamment convaincante d'armer le juge de pouvoirs plus étendus, en l'absence de contestation des mesures recommandées.

Et puis, le dispositif législatif particulier agencé en matière de surendettement ne constitue-t-il pas un système clos dans lequel sont pris en compte les intérêts des différentes parties, limitant d'autant les pouvoirs du juge lorsque aussi bien celles-ci que la commission ont accepté de se situer dans le cadre légal ?

Au total, rien ne justifie, mais au contraire tout semble contre-indiquer, en l'état du droit positif, que le juge de l'exécution puisse, dans le silence de la loi (et même contrairement à ce qu'autorise l'interprétation du contenu et de la finalité de celle-ci), se livrer, en l'absence de toute contestation, à une appréciation de la bonne foi du débiteur, et ce, quelles que puissent être les mesures recommandées, quand bien même celles-ci consisteraient en l'effacement partiel des créances.

Dès lors, la question accessoire du recours éventuel aux bienfaits de l'article 27 du nouveau code de procédure civile perd la plus grande part de son intérêt et ne peut, au regard de l'interrogation principale, qu'être tranchée par la négative.

Dans ces conditions, je préconise qu'il soit répondu par un non catégorique aux deux questions posées.

## II. - ARRÊTS PUBLIÉS INTÉGRALEMENT

### A. - ARRÊT DU 17 NOVEMBRE 2006 RENDU PAR LA CHAMBRE MIXTE

Titre et sommaire	<i>Page 44</i>
Arrêt	<i>Page 44</i>
Rapport	<i>Page 46</i>
Avis	<i>Page 50</i>

#### CAUTIONNEMENT

Caution. - Information annuelle. - Obligation. - Terme. - Décision de condamnation de la caution (non).

Il résulte de l'article L. 313-22 du code monétaire et financier que les établissements de crédit ayant accordé à une entreprise un concours financier sous la condition d'un cautionnement, doivent se conformer aux prescriptions de ce texte jusqu'à l'extinction de la dette garantie.

Dès lors, viole ce texte la cour d'appel qui, pour rejeter la demande de la caution, retient que si l'obligation d'information doit être respectée, même après l'assignation de la caution en paiement, il en va différemment une fois que le jugement condamnant celle-ci au paiement du principal et des intérêts a acquis force de chose jugée et que la caution ne peut, par conséquent, se prévaloir d'un défaut d'information postérieur à la date à laquelle le jugement la condamnant au paiement du principal et des intérêts postérieurs au taux conventionnel a acquis force de chose jugée.

44

#### ARRÊT

Par arrêt du 3 mai 2006, la première chambre civile a renvoyé le pourvoi devant une chambre mixte, le premier président a, par ordonnance du 3 novembre 2006 indiqué que cette chambre mixte sera composée des première et deuxième chambres civiles et de la chambre commerciale, financière et économique ;

La demanderesse invoque, devant la chambre mixte, le moyen de cassation annexé au présent arrêt ;

Ce moyen unique a été formulé dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par M<sup>e</sup> Foussard, avocat de Mme Annie Y... ;

Des conclusions banales en défense et un mémoire complémentaire en défense ont été déposés au greffe de la Cour de cassation par la SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, avocat de la Banque populaire de l'Ouest ;

Le rapport écrit de Mme Aldigé, conseiller, et l'avis écrit de M. Jobard, avocat général, ont été mis à la disposition des parties ;

(...)

#### Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 313-22 du code monétaire et financier ;

Attendu qu'il résulte de ce texte que les établissements de crédit ayant accordé à une entreprise un concours financier, au sens de l'article L. 313-22 du code monétaire et financier, sous la condition d'un cautionnement, doivent se conformer aux prescriptions de ce texte jusqu'à l'extinction de la dette garantie ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par acte du 26 janvier 1987, Mme Annie X..., épouse Y... s'est rendue caution du remboursement d'un prêt d'un montant de 53 357,16 euros consenti par la Banque populaire de l'Ouest (la banque) à Mme Gaëtane Z..., épouse Y... ; qu'à la suite de la défaillance de cette dernière, le tribunal a, par jugement du 4 mai 1990, condamné solidairement Mme Gaëtane Y... et Mme Annie Y... à payer à la banque la somme due en capital, majorée des intérêts au taux conventionnel, commissions, frais et accessoires ; que, par acte du 21 avril 2001, la banque a fait délivrer un commandement aux fins de saisie-vente à Mme Annie Y..., pour recouvrer la somme due en principal outre celle de 89 282,04 euros au titre des intérêts échus ; que Mme Annie Y... a saisi le juge de l'exécution d'une demande tendant à l'annulation du commandement ;

Attendu que pour rejeter la demande de Mme Annie Y..., l'arrêt retient que si l'obligation d'information doit être respectée, même après l'assignation de la caution en paiement, il en va différemment une fois que le jugement condamnant celle-ci au paiement du principal et des intérêts a acquis force de chose jugée ; que la caution ne peut par conséquent se prévaloir d'un défaut d'information postérieur à la date à laquelle le jugement la condamnant au paiement du principal et des intérêts postérieurs au taux conventionnel a acquis force de chose jugée pour solliciter la déchéance du droit aux intérêts ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

**PAR CES MOTIFS**, sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu entre les parties le 6 janvier 2004 par la cour d'appel de Caen ; remet en conséquence la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Caen, autrement composée.

**Ch. mixte 17 novembre 2006**  
**Cassation**

N° 04-12.863. - C.A. Caen, 6 janvier 2004.

M. Canivet, P. Pt. - Mme Aldigé, Rap., assistée de M. Naudin, greffier en chef - M. Jobard, Av. Gén.  
- M<sup>e</sup> Foussard, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

# *Rapport de Mme Aldigé*

## *Conseiller rapporteur*

### 1. Rappel des faits et de la procédure

Par acte du 26 janvier 1987, Mme Annie X... épouse Y... s'est portée caution du remboursement d'un prêt d'un montant de 350 000 francs consenti par la Banque populaire de l'Ouest à Mme Gaëtane Z... épouse Y... A la suite de la défaillance de cette dernière, la banque a obtenu, par un jugement irrévocable du 4 mai 1990, la condamnation de la caution à lui payer la somme de 350 000 francs en principal, majorée des intérêts, commissions, frais et accessoires.

Par acte du 21 avril 2001, la banque a fait délivrer à Mme X... épouse Y... un commandement de payer aux fins de saisie-vente portant sur la somme de 984 998,82 francs dont la somme de 585 651,79 francs au titre des intérêts.

Mme Y... a saisi le juge de l'exécution d'une demande tendant à l'annulation de ce commandement, soutenant que la banque était déchue de son droit aux intérêts par l'effet notamment de la sanction prévue par l'article 48 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, devenu l'article L. 313-22 du code monétaire et financier.

Par jugement du 2 décembre 2002, le juge de l'exécution du tribunal de grande instance d'Argentan a annulé le commandement et, par arrêt infirmatif du 6 janvier 2004, la cour d'appel de Caen a rejeté cette demande après avoir énoncé, notamment, que l'obligation d'information annuelle prescrite par ce texte cesse lorsque la caution a été condamnée par un jugement ayant acquis force de chose jugée.

Mme Y... a formé le 30 mars 2004 un pourvoi contre cet arrêt qui lui a été signifié le 30 janvier 2004. Elle a déposé son mémoire ampliatif le 30 mars 2004 et l'a signifié le 13 mai 2004. Elle demande 3 000 € au titre de l'article 700 du nouveau code de procédure civile.

La Banque populaire de l'Ouest, après avoir déposé de banales conclusions en défense le 2 mars 2005 avec une demande de 3 500 € au titre de l'article 700 du nouveau code de procédure civile, a déposé un mémoire complémentaire en défense le 13 avril 2005. Ces deux mémoires ont été déposés hors délai.

Par arrêt du 3 mai 2006 ce pourvoi a été renvoyé devant une chambre mixte.

### 2. Analyse succincte du moyen

Un moyen unique en deux branches fait grief à l'arrêt d'avoir validé le commandement délivré le 20 avril 2001.

La première branche reproche à la cour d'appel d'avoir violé l'article L. 313-22 du code monétaire et financier, qui prévoit qu'en cas d'inobservation de l'obligation annuelle d'information prescrite par cet article, le droit aux intérêts conventionnels fait l'objet d'une déchéance, en décidant que la caution ne pouvait se prévaloir d'un défaut d'information postérieur à la date à laquelle le jugement la condamnant au paiement du principal et des intérêts a acquis force de chose jugée alors que l'information est due non seulement au cours de la période antérieure au jugement de condamnation mais également au cours de la période postérieure à ce jugement dès lors que celui-ci peut être analysé comme mettant à la charge de la caution les intérêts conventionnels.

La seconde branche est fondée sur une violation de l'article 1351 du code civil ; en effet, à supposer même qu'un jugement de condamnation ait mis à la charge de la caution le paiement des intérêts conventionnels, de toute façon ce jugement ne peut pas avoir autorité de la chose jugée quant au point de savoir si les intérêts afférents à la période postérieure à son prononcé peuvent ou non être frappés de déchéance faute d'information de la part du créancier, puisque, par hypothèse, cette question n'a pas été posée au juge et ne pouvait pas l'être, la réponse étant liée au comportement du créancier postérieurement au jugement de condamnation.

### 3. Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

A quel moment cesse l'obligation de d'information de la caution prescrite par l'article L. 313-22 du code monétaire et financier ? Et, plus précisément, cette obligation cesse-t-elle avec la décision condamnant la caution ou bien est-ce qu'elle persiste jusqu'à l'extinction de la dette cautionnée ?

### 4. Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Sur la première branche :

Article L. 313-22 du code monétaire et financier : *Les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition de cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus, au plus tard avant le 31 mars de chaque année, de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement... Le défaut d'accomplissement de la formalité prévue à l'alinéa précédent emporte dans les rapports entre la caution et l'établissement tenu à cette formalité, déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information.*



Dans son mémoire ampliatif Mme Y... soutient que quatre arguments militent en faveur de la solution inverse de celle adoptée par la décision critiquée :

- 1) l'article L. 313-22 du code monétaire et financier, dont les termes généraux ne font aucune distinction entre la période antérieure au jugement et celle qui lui est postérieure ;
- 2) la raison d'être de l'information exigée par cet article, qui est de faire prendre conscience à la caution de ses engagements et de l'inciter, le cas échéant, à prendre, si elle le peut, les mesures nécessaires pour apurer la dette. Et cette raison d'être vaut aussi bien avant qu'après le jugement dès lors que la condamnation vise sans autres précisions le paiement des intérêts conventionnels ;
- 3) l'information s'impose avec d'autant plus de force que la caution fait l'objet d'une condamnation par une décision de justice qui permet au créancier de mettre en œuvre des mesures d'exécution forcée sans autre intervention du juge ;
- 4) la solution retenue par les juges du fond n'est pas conforme à la jurisprudence qui décide que l'information de la caution doit être fournie à la caution jusqu'à l'extinction de la dette et de citer : 1<sup>re</sup> Civ., 27 juin 1995, *Bull.* 1995, I, n° 282, p. 195 ; Com., 27 octobre 1998, *Bull.* 1998, IV, n° 255, p. 212 ; Com., 25 avril 2001, *Bull.* 2001, IV, n° 76, p. 73 ; 1<sup>re</sup> Civ., 6 novembre 2001, *Bull.* 2001, I, n° 265, p.168.

### Jurisprudence et doctrine

A la question posée par ce pourvoi, à savoir à quel moment l'obligation d'information édictée par l'article L. 113-22 du code monétaire et financier prend fin, la jurisprudence de la chambre commerciale, à laquelle s'était ralliée la première chambre civile, répondait qu'il résultait de ce texte que l'obligation de l'établissement financier de faire connaître chaque année à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires, ainsi que le terme de son engagement, devait s'exécuter annuellement jusqu'à extinction de la dette. Cette jurisprudence est mentionnée dans tous les ouvrages de doctrine sans commentaire particulier. Il est rappelé qu'une information est due à la caution non seulement lors de la souscription du contrat mais jusqu'à l'extinction de la dette (Legeais, Sûretés et garanties du crédit).

Mais la première chambre dans l'affaire A... c/ CRCAM d'Aquitaine, pourvoi n° 02-13.492, *Bull.* 2005, I, n° 488, par un arrêt rendu le 13 décembre 2005 a jugé que « à l'obligation contractuelle primitive de la caution s'est substituée celle d'une décision devenue irrévocable condamnant (la caution) à payer à la banque les dettes garanties ; qu'en décidant que, relativement à ces dettes, la banque n'était plus tenue à compter de cette condamnation de se conformer à l'obligation d'information prévue par l'article L. 313-22 du code monétaire et financier, la cour d'appel n'a pas méconnu l'objet du litige ».

Pendant fort longtemps, l'information de la caution n'a tenu qu'une place bien modeste au sein du droit du cautionnement pour connaître un développement à la fois législatif et jurisprudentiel renforçant considérablement les obligations du créancier vis-à-vis de la caution. En effet, lors de l'exécution du contrat de cautionnement, la caution court deux risques auxquels l'information est susceptible de porter remède :

- oublier l'existence même de son engagement et négliger de s'informer sur l'évolution de la dette dont elle a garanti le remboursement ;
- ignorer la défaillance du débiteur principal et ainsi ne pas pouvoir prendre l'initiative d'un paiement immédiat pour éviter d'avoir à payer les intérêts et diverses pénalités.

Pour prémunir la caution de ces deux risques le législateur a, dans l'article 48 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, imposé aux établissements de crédit l'obligation d'informer chaque année la caution d'un concours financier accordé à une entreprise du montant de la dette en principal, intérêts et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente et de sa faculté de révoquer un engagement à durée indéterminée et, en ce qui concerne les prêts à la consommation ou immobiliers, d'aviser la caution de la défaillance du débiteur principal. C'est la loi Néiertz du 31 décembre 1989. Par la suite le législateur, de manière ponctuelle, procédera à l'élargissement du domaine de l'obligation d'information afin de protéger davantage la caution.

C'est toujours dans ce désir de protection de la caution que le législateur, par la loi du 25 juin 1999, article 114, a aggravé la sanction prévue par la loi de 1984 en cas de défaut d'information en énonçant qu'en cas de défaut d'information, les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement, affectés prioritairement au règlement du principal de la dette, dérogeant ainsi à l'article 1254 du code civil. Les débats parlementaires n'apportent aucune précision quant à la période concernée. Le rapport de l'Assemblée nationale traduit sa volonté de protéger la caution « ... Il apparaît que certaines banques tentent de réduire les effets d'une telle sanction (article 48 de la loi 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984) en affectant prioritairement au paiement des intérêts les versements effectués par l'emprunteur avant sa défaillance. Le présent article vise à redonner de la substance à la sanction du défaut d'information, en prévoyant que les paiements effectués par l'emprunteur sont réputés affectés prioritairement au règlement du principal de la dette ». Le Sénat a lui aussi voulu sanctionner le comportement de certaines banques.

Il convient de rappeler que selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation (1<sup>re</sup> Civ., 9 décembre 1997, pourvoi n° 95-19.940), la déchéance du droit aux intérêts ne s'applique qu'aux intérêts contractuels. L'obligation d'information concerne les intérêts restant à courir... au titre de la dette cautionnée et ne concerne donc pas les intérêts légaux qui, en l'absence d'intérêts conventionnels, courent depuis une lettre de mise en demeure ou une assignation et qui peuvent en outre faire l'objet d'une demande de capitalisation.

A partir du moment où une décision de justice est venue sanctionner les rapports contractuels existant entre la caution et la banque en condamnant la caution à exécuter ses obligations, peut-on estimer que celles-ci ne sont plus en cause, que seule se trouve en question l'exécution de la décision de justice, laquelle n'est soumise à aucune autre condition que la présentation du titre ?

Peut-on dire qu'à l'obligation primitive de la caution, fondée sur son engagement contractuel, s'est substituée celle découlant de la décision de condamnation ; que la caution est tenue, par l'effet du jugement, d'une obligation de nature nouvelle, de sorte que les règles s'appliquant à l'obligation primitive ne subsistent plus ?

Le 10 juin 2005 (*Bull.* 2005, Ass. plén, n° 6, p.15) au rapport de M. Mazars, l'assemblée plénière de la Cour a jugé que si le créancier pouvait poursuivre pendant trente ans l'exécution d'un jugement condamnant au paiement d'une somme payable à termes périodiques, il ne pouvait, en vertu de l'article 2277 du code civil applicable en raison de la nature de la créance, obtenir le recouvrement des arriérés échus plus de cinq ans avant la date de sa demande. La condamnation n'a pas changé la nature de la créance. La condamnation de la caution par une décision ayant acquis force de chose jugée a-t-elle un effet novatoire sur la créance dont le recouvrement est poursuivi ?

A cet égard il ne faut pas oublier que la novation produit un double effet : un effet extinctif et un effet créateur liés l'un à l'autre : extinction de la première dette, création de la seconde avec pour conséquence de l'effet extinctif que les sûretés qui garantissent la première obligation disparaissent. Or l'organisme financier poursuit l'exécution d'un contrat avec toutes les sûretés qui y sont attachées et n'entend pas y renoncer.

Dans un article paru au *JCP* 1978, I, 2285 concernant l'interversion de la prescription à la suite d'une décision de justice, M. Vandier pense que la décision judiciaire n'emporte pas novation de la créance mais lui attribue une autre force et une autre efficacité, le créancier disposant d'un titre, désormais incontestable, lui permettant d'utiliser les voies d'exécution prévues par la loi.

En résumé, la première chambre civile, après avoir limité l'obligation d'information de la caution à partir du moment où l'établissement de crédit avait engagé une action en paiement ou l'avait sommé de payer, en retenant que la caution avait alors parfaitement connaissance du montant des sommes qui lui étaient réclamées, a adopté la position de la chambre commerciale aux termes de laquelle l'obligation d'information demeure jusqu'à l'extinction de la dette garantie par le cautionnement, y compris lorsque l'instance en paiement a été engagée, le défaut d'information n'atteignant pas les intérêts au taux légal, lesquels restent dus en tout état de cause. Toutefois dans son arrêt rendu le 13 décembre 2005, la première chambre limite ce devoir d'information à compter de la condamnation judiciaire de la caution en se fondant sur la substitution d'une obligation nouvelle découlant du jugement de condamnation se substituant à l'obligation primitive.

Sur la seconde branche, le mémoire ampliatif reproche à l'arrêt d'avoir fait état de l'autorité de la chose jugée laquelle, en application de l'article 1351 du code civil, suppose que la demande concerne les mêmes parties, ait le même objet et repose sur la même cause que la demande ayant fait l'objet de la précédente décision. Il expose qu'il faut, pour opposer l'autorité de la chose jugée lors de la seconde instance, que la question ait été débattue à l'occasion de la première instance et qu'à supposer, pour les besoins de la discussion que le jugement du 4 mai 1990 ait pu être interprété comme visant les intérêts conventionnels, de toute façon il laissait entier la question de savoir si, à raison d'un défaut d'information postérieur au prononcé du jugement, le créancier ne pouvait pas se voir opposer la déchéance du droit aux intérêts conventionnels.

La réponse à cette branche ne doit-elle pas être recherchée dans l'article L. 313-22 du code monétaire et financier dans la mesure où la référence à la force de chose jugée concerne le terme fixé pour l'obligation de renseignement, de sorte que la réponse à cette branche renvoie à ce qui sera décidé sur la première branche ? Il doit être observé que la cour d'appel fait référence à la notion de force de chose jugée et non à celle de l'autorité de la chose jugée. En effet la cour d'appel retient pour terme à cette obligation la date à laquelle le jugement la condamnant au principal et aux intérêts conventionnels a acquis force de chose jugée, notion différant de l'autorité de la chose jugée. Si un jugement a autorité de la chose jugée dès son prononcé, il ne devient exécutoire que dès qu'il passe en force de chose jugée c'est-à-dire à partir du moment où il n'est plus susceptible de recours suspensif d'exécution (article 501 du nouveau code de procédure civile).

## Documentation

L'obligation annuelle d'information de la caution : le revirement de la Cour de cassation (Com., 25 avril 2001, pourvoi n° 97-14.486) M. Legeais, *Revue de droit bancaire et financier* n° 4, juillet et août 2004, p. 251. Dans sa décision (Com., du 25 avril 2001, *Bull.* 2001, IV, n° 76, p. 73) la Cour de cassation énonce que l'établissement de crédit doit se conformer à la prescription posée par l'ex-article 48 jusqu'à l'extinction de la dette garantie.

Information des cautions et incidence de la loi du 25 juin 1999 : comment s'applique l'imputation au principal ? Petites affiches 21 mars 2000. Commentaire de la loi du 25 juin 2000. Cette loi vient durcir la sanction prévue à l'article 48 de la loi n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 relatif à l'information des cautions en ajoutant au second alinéa prévoyant la déchéance des intérêts échus en cas de défaut d'information la phrase suivante : « *les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement, affectés prioritairement au règlement principal de la dette* ». Là encore les débats parlementaires ne fournissent aucune précision quant à la période concernée par cette sanction.

- Chambre commerciale, 2 novembre 1993, *Bull.* 1993, IV, n° 370, p. 269 ;

- Chambre commerciale, 30 novembre 1993, *Bull.* 1993, IV, n° 343, p. 315 ;

- 1<sup>re</sup> Civ., 30 mars 1994, *Bull.* 1994, I, n° 123, p. 90, qui juge que la banque est déchue du droit de percevoir les intérêts conventionnels en raison du défaut d'information et la condamne, par application de l'article 627, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile, aux intérêts légaux à compter de l'assignation ;

- Chambre commerciale, 17 mai 1994, *Bull.* 1994, IV, n° 176, p.140 ;

- 1<sup>re</sup> Civ., 27 juin 1995, *Bull.* 1995, I, n° 282, p. 195 ;

- 1<sup>re</sup> Civ., 9 décembre 1997, *Bull.* 1997, I, n° 359 ;
  - Chambre commerciale, 27 octobre 1998, *Bull.* 1998, IV, n° 255, p. 212 ;
  - Chambre commerciale, 25 avril 2001, *Bull.* 2001, IV, n° 76, p. 73 et commentaire de M. Legeais dans la *Revue de droit bancaire et financier*, juillet/août 2001 ;
  - 1<sup>re</sup> Civ., 6 novembre 2001, *Bull.* 2001, I, n° 265, p.168 ;
  - 1<sup>re</sup> Civ., 13 décembre 2005, *Bull.* 2005, I, n° 488, p. 410 ;
  - Chambre mixte, 26 mai 2006, pourvoi n° 03-16.800 ;
  - Assemblée plénière, 10 juin 2005, *Bull.* 2005, Ass. plén, n° 6, p.15 ;
- Droit et patrimoine, juillet-août 2003, dossier les pont sur la protection par M. Cerles ; Jurisclasseur Banque, obligation d'information à la charge des établissements de crédit ;
- Sûretés et garanties du crédit de M. Legeais, LGDJ, 3<sup>e</sup> édition ;
- Rapport de la Cour de cassation 1986 : Le cautionnement : dangers, évolution et perspectives de réformes ;
- Aspects du droit privé en fin du 20<sup>e</sup> siècle. Etudes réunies en l'honneur de Michel de Juglart, L'information de la caution par M. Martin.

# *Avis de M. Jobard*

## *Avocat général*

La question de principe posée par le présent pourvoi, en un moyen unique pris en deux branches, peut être formulée de la façon suivante :

D'une manière générale, à quel moment prend fin l'obligation d'information de la caution, à la charge du créancier, prévue par l'article L. 313-22 du code monétaire et financier ?

Plus précisément, l'obligation dont il s'agit disparaît-elle avec la survenance d'une décision de justice, condamnant la caution au paiement de la dette garantie et de tous ses accessoires, et, qui plus est, lorsque l'acte juridictionnel est passé en force de chose jugée ?

### Faits et procédure

Par acte du 26 janvier 1987, Mme X... épouse Y... s'est portée caution du remboursement d'un prêt d'un montant de 350 000 francs (soit 53 357 euros), consenti par la Banque populaire de l'Ouest à Mme Z... épouse Y...

Par suite de la défaillance de la débitrice principale, la banque a obtenu, par jugement du tribunal de commerce d'Argentan du 4 mai 1990, la condamnation de la caution au paiement du montant de l'emprunt en principal, majoré des intérêts, commissions, frais et accessoires.

Par acte du 20 avril 2001, la banque a fait délivrer à Mme X... un commandement de payer aux fins de saisie-vente portant sur une somme de 984 998,82 francs (soit 150 162 euros), dont 585 651,79 francs (soit 892,82 euros) d'intérêts et frais divers.

Mme X... épouse Y... a saisi le juge de l'exécution d'une demande tendant à l'annulation de ce commandement : d'après elle, les intérêts réclamés n'étaient pas dus, la banque étant déchue de son droit aux intérêts par l'effet de la sanction prévue par l'article 48 de la loi n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984, devenu l'article L. 313-22 du code monétaire et financier<sup>1</sup>, et complété par l'article 114 de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999.

Si le tribunal d'instance de Domfront, ès-qualités de juge de l'exécution, a accueilli la requête de Mme X... épouse Y... par jugement du 2 décembre 2002, la cour d'appel de Caen a infirmé ce jugement par arrêt du 6 janvier 2004, objet du présent pourvoi.

C'est par arrêt du 3 mai 2006 que la première chambre de la Cour de cassation a décidé le renvoi de l'examen de ce pourvoi en chambre mixte.

### Le pourvoi

Il fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir validé le commandement du 20 avril 2001 et décidé que ce commandement était valable et devait produire tous ses effets.

**La première branche** du moyen fait valoir que le créancier ne peut exiger de la caution le paiement des intérêts conventionnels que pour autant que la caution a été informée annuellement des intérêts restant à courir au 31 décembre de l'année et ce, avant le 31 mars ; qu'en cas d'inobservation de cette obligation, le droit aux intérêts conventionnels fait l'objet d'une déchéance ; que l'information est due non seulement au cours de la période antérieure au jugement de condamnation mais également au cours de la période postérieure au jugement de condamnation, dès lors que celui-ci peut être analysé comme mettant à la charge de la caution les intérêts conventionnels ; qu'en décidant le contraire, les juges du fond auraient violé l'article L. 313-22 du code monétaire et financier.

**La seconde branche** soutient qu'à supposer même qu'un jugement de condamnation ait mis à la charge de la caution le paiement des intérêts conventionnels, de toute façon, ce jugement ne peut avoir autorité de chose jugée quant au point de savoir si les intérêts afférents à la période postérieure à son prononcé peuvent ou non être frappés de déchéance, faute d'information de la part du créancier, puisque, par hypothèse, cette question n'a pas été posée au juge et ne pouvait pas l'être, la réponse étant liée au comportement du créancier, postérieurement au jugement de condamnation ; qu'en opposant l'autorité de chose jugée, les juges du second degré auraient violé l'article 1351 du code civil.

\*  
\* \*

L'arrêt rendu le 6 janvier 2004 par la cour d'appel de Caen retient que l'obligation d'information, codifiée à l'article L. 313-22 du code monétaire et financier à la charge du créancier, ne saurait perdurer au prononcé d'une décision de justice et de plus fort lorsque celle-ci est devenue définitive.

---

<sup>1</sup> « Les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année, de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée. Le défaut d'accomplissement de la formalité prévue à l'alinéa précédent emporte, dans les rapports entre la caution et l'établissement tenu à cette formalité, déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information. Les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement, affectés prioritairement au règlement du principal de la dette ».

Cette appréciation se situe dans la droite ligne de la jurisprudence la plus récente de la première chambre de notre Cour. Cette dernière, en effet, par arrêt du 13 décembre 2005 (pourvoi n° 02-13.492) affaire A... c/ CRCAM d'Aquitaine, *Bull.* 2005, I, n° 488, a admis en termes très clairs que, lorsqu'une caution a été condamnée par une décision irrévocable à payer au créancier la dette garantie, à l'obligation contractuelle primitive de la caution s'est substituée celle découlant de cette décision.

Il s'ensuit que le créancier n'est plus tenu, à compter de cette condamnation, à se conformer à l'obligation d'information prévue par l'article L. 313-22 du code monétaire et financier.

Dans son analyse, la première chambre retient la notion de « substitution » de la décision juridictionnelle, devenue irrévocable, à l'acte de cautionnement.

L'on peut en tirer la conséquence que ce changement de nature de l'acte de cautionnement est en mesure d'entraîner une modification de son régime juridique, sans pour autant que la caution ne demeure tenue de procéder au paiement, spontanément ou par l'intermédiaire de procédures d'exécution adéquates.

Il est permis, cependant, de s'interroger sur le point de savoir si cette manière de voir ne concourt pas à ajouter une exception remarquable au principe selon lequel l'obligation d'information s'éteint avec l'extinction de la dette principale, ce qui ne constitue que l'application pertinente de la technique de l'accessoire.

Par son argumentation, le demandeur au pourvoi, Mme X... épouse Y..., ne remet pas en cause la force de la chose jugée de la décision mais oriente, implicitement et nécessairement, ses griefs à l'encontre de cette notion de « substitution » qui se serait matérialisée : Mme Y... peut se référer à la jurisprudence de la chambre commerciale (Com., 25 avril 2001, *Bull.* 2001, IV, n° 76, et, tout récemment, Com., 10 janvier 2006, pourvoi n° 04-14.789, inédit) et de la première chambre, pour sa jurisprudence antérieure à l'arrêt du 13 décembre 2005, notamment à la décision du 6 novembre 2001 (*Bull.* 2001, I, n° 265) : « *Il résulte de l'article L. 313-22 du code monétaire et financier, ancien article 48 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, que l'obligation à laquelle sont tenus les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise sous la condition d'un cautionnement, de faire connaître chaque année à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires, ainsi que le terme de son engagement, doit s'exécuter annuellement jusqu'à l'extinction de la dette* ».

Il s'agit donc de savoir si le principe selon lequel l'obligation d'information de la caution cesse avec l'extinction de la dette garantie peut être mis en échec par la survenance d'un jugement condamnant la caution à payer.

\*  
\* \*

Le moyen développé par le demandeur au pourvoi s'articule autour de deux notions : l'information de la caution et l'autorité de la chose jugée, qu'il convient d'examiner pour esquisser une réponse.

## I. - L'information de la caution

### **A. - De l'information de la caution à l'obligation de son information par le créancier**

La protection juridique de la caution sous l'angle de son information n'est qu'une préoccupation relativement récente ; cette information de la caution n'occupait jadis qu'une place discrète : la caution, tierce au contrat, n'entraînait pas juridiquement dans le champ du rapport créancier-débiteur ; à tout le moins, elle pouvait espérer obtenir certaines informations sur la dette en fonction de ses liens, plus ou moins étroits, avec le débiteur, et/ou, le créancier. Il n'existait, à l'encontre du créancier, aucune obligation d'informer la caution.

Or, au cours de la durée de vie du contrat de cautionnement, la caution court essentiellement deux risques :

- d'une part, le risque de l'oubli de l'existence même de son engagement et, par voie de conséquence, de la négligence de s'informer sur l'évolution de la dette dont elle a garanti le remboursement ;
- d'autre part, le risque de se trouver dans une situation d'ignorance, en particulier quant à une éventuelle défaillance du débiteur principal, ne lui permettant pas, le cas échéant, de prendre les dispositions consécutives et adéquates de cette défaillance.

Aussi le législateur est-il d'abord intervenu par la loi n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984, article 48, relative à la prévention et au règlement des difficultés des entreprises, en énonçant que : « *Les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée* ».

Il a complété ce dispositif par la loi n° 99-532 du 25 juin 1999, relative à l'épargne et à la sécurité financière, en indiquant en son article 114 :

« *Le second alinéa de l'article 48 de la loi n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 précitée est complété par une phrase ainsi rédigée : les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement, affectés prioritairement au règlement du principal de la dette* ».

Par la suite, le législateur a parfait son œuvre, en adoptant un certain nombre de mesures, tendant toutes à la même finalité (v. Cabrillac M. et Mouly C., *Droit des sûretés*, Paris, Litec, coll. Juris-classeur, Manuels, 2004,

7<sup>e</sup> éd., p. 218-219 ; Simler P. et Delebecque P., *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, Paris, Dalloz, série droit privé, 2004, 4<sup>e</sup> éd., p. 134-135 ; Crocq P., « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 354-356).

Ainsi donc, l'information de la caution est devenue une obligation à la charge du créancier, constituant véritablement un principe général.

Cependant, certains auteurs ont pu, justement, observer que « les multiples devoirs légaux constituent une mosaïque bigarrée, qui présentent d'importants chevauchements » (Cabrillac M. et Mouly C., *op. cit.*, p. 218), ce qui nous conduit à reconnaître que le principe général peut se voir reprocher un certain manque de cohérence.

Dans le présent dossier, seule l'obligation d'information codifiée à l'article L. 313-22 du code monétaire et financier concernera notre propos, par lequel, on va le voir, cette obligation a été amenée à connaître un certain relativisme jurisprudentiel.

## **B. - Le relativisme de l'obligation d'information, codifiée à l'article L. 313-22 du code monétaire et financier**

L'obligation d'information de la caution par le créancier étant devenue un principe général, l'on aurait pu légitimement croire à son intangibilité ; c'était faire fi de la vitalité du domaine économique et du réalisme des partenaires dans les contrats liés au crédit.

En effet, un certain nombre d'établissements de crédit se sont parfois affranchis de la rigueur des textes, réduisant ainsi sensiblement l'efficacité de l'obligation en question ; n'ont-ils pas trouvé, en effet, quelques échappatoires, à raison d'une certaine incohérence de la démarche du législateur, notamment pour déterminer si un créancier est, ou non, soumis à l'obligation d'information (par exemple indétermination de la notion d'entreprise) ou encore, pour connaître la sanction encourue<sup>2</sup>.

Le souci du législateur a donc consisté à renforcer la protection des cautions, en incitant plus fermement les établissements de crédit à informer systématiquement les cautions, sous peine de sanctions plus fortes (article 114 - loi n° 99-532 du 25 juin 1999).

En effet, à défaut d'information, les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement, affectés prioritairement au règlement du principal de la dette.

Dès lors, si, en raison de cette affectation, le principal est déjà bien amorti, ou même, s'il est totalement réglé, la caution ne sera plus aucunement débitrice, puisque l'établissement se trouvera déchu du droit aux intérêts conventionnels vis-à-vis de la caution, pour la période où l'information aura été défaillante ; auparavant, l'établissement de crédit n'aurait qu'été privé des intérêts échus depuis la date de la précédente information jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information. C'est ce que M. Martin qualifiait de « véritable peine privée forfaitaire » (Martin M. L. « L'information de la caution - Aspects du droit privé en fin du XX<sup>e</sup> siècle », études réunies en l'honneur de M. de Juglart, p. 166).

Pour sa part, avec un même souci, la jurisprudence est venue renforcer la volonté du législateur, en admettant que l'obligation d'information subsiste jusqu'à l'extinction de la dette garantie (Com., 25 mai 1993, *Bull.* 1993, IV, n° 103 ; 1<sup>re</sup> Civ., 6 novembre 2001, précité, et récemment, Com., 10 janvier 2006, précité).

Dans le même esprit, la jurisprudence a admis que ni la mise en demeure ou l'assignation ni l'ouverture de la procédure collective du débiteur principal ne suspendait ou n'éteignait cette obligation (Com., 25 avril 2001, note Legeais D., *RD bancaire*, 2001, n° 4, p. 251-253) ou encore qu'en cas de décès de la caution, cette dernière survivrait à l'égard de ses héritiers (Com., 9 déc. 1997, *Bull.* 1997, IV, n° 323).

C'est précisément à raison des solutions divergentes données à la question qu'il a été décidé de renvoyer cette affaire en chambre mixte.

## **II. - La notion de l'autorité de la chose jugée, attachée au jugement**

Selon le professeur Guinchard, « la principale caractéristique de l'acte juridictionnel, c'est de posséder une autorité qui n'est point accordée aux actes émanant d'un administrateur ordinaire. Cette autorité, reconnue par l'article 1351 du code civil, au titre de la preuve, est très importante, car elle donne à l'acte sa portée ; le jugement a une valeur légale ; une présomption de vérité est attachée à lui » (Guinchard et Vincent J., *procédure civile*, Paris, Dalloz, précis de droit privé, 2003, 27<sup>e</sup> édition, p. 222).

Précisément, l'autorité dont est revêtu l'acte juridictionnel ne doit pas être confondue avec la force de chose jugée ; il s'agit de deux notions, *a priori* autonomes, mais intrinsèquement liées : en principe, l'autorité de la chose jugée face à une demande nouvelle suppose que celle-ci touche, cumulativement, les mêmes parties, le même objet et repose sur la même cause que la demande ayant fait l'objet de la précédente décision.

La jurisprudence retient la règle selon laquelle la chose jugée ne porte que sur ce qui a été débattu et effectivement jugé (2<sup>e</sup> Civ., 10 juillet 1973, *Bull.* 1973, II, n° 237).

En notre espèce, la cour d'appel de Caen a admis que « le premier juge a, par des motifs pertinents, que la cour adopte, exactement considéré que le jugement rendu le 4 mai 1990 par le tribunal de commerce d'Argentan

<sup>2</sup> V. Cabrillac M. et Mouly C., *Droit des sûretés*, Paris, Litec, coll. Juris-classeur, Manuels, 2004, 7<sup>e</sup> éd., p. 218-219 ; Simler P. et Delebecque P., *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, Paris, Dalloz, série droit privé, 2004, 4<sup>e</sup> éd., p. 134-135 ; Crocq P., « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 354-356.

emportait condamnation de Mme Annie X..., épouse Y..., au paiement des intérêts conventionnels au taux de 13,6 % » (arrêt p. 3, dernier paragraphe), après avoir retenu le fait que ledit jugement de condamnation avait acquis force de chose jugée (arrêt p. 3, deuxième paragraphe).

On ne peut que s'étonner de voir le demandeur, Mme Y..., critiquer la motivation de l'arrêt, à cet égard, en énonçant, à la deuxième branche du moyen :

*« A supposer même qu'un jugement de condamnation ait mis à la charge de la caution le paiement des intérêts conventionnels, de toute façon, ce jugement ne peut pas avoir autorité de chose jugée, quant au point de savoir si les intérêts afférents à la période postérieure à son prononcé peuvent ou non être frappés de déchéance, faute d'information de la part du créancier, puisque, par hypothèse, cette question n'a pas été posée au juge et ne pouvait pas l'être, la réponse étant liée au comportement du créancier, postérieurement au jugement de condamnation ; il s'ensuit qu'en opposant l'autorité de la chose jugée, les juges du second degré auraient violé l'article 1351 du code civil ».*

En effet, les juges du second degré ont tiré toutes les conséquences de leur raisonnement, à savoir la non-application de la sanction encourue par le créancier qui n'exécute pas son obligation d'informer la caution, cette dernière cessant dès l'intervention du jugement de condamnation de la caution.

Dès lors, cette seconde branche du moyen unique du pourvoi n'apparaît guère pertinente et n'implique donc pas d'autres développements.

### III. - Esquisses d'une solution

On l'a vu, l'objectif poursuivi par le législateur, par l'article L. 313-22 précité du code monétaire et financier, en imposant une obligation d'information au bénéfice de la caution, consiste à tenir cette dernière informée de l'évolution du risque encouru, en appréciant l'évolution de son engagement.

A ce titre, cette obligation est constitutive d'un principe général de nature législative, dont l'inexécution ou l'exécution - hors des délais prescrits - par le créancier a pour conséquence la déchéance du droit aux intérêts conventionnels.

Elle s'inscrit dans une volonté de plus grande sécurité juridique du contrat de cautionnement, lequel implique pour la caution de pallier une éventuelle défaillance du débiteur principal, raison même d'être du cautionnement en tant que sûreté, mais aussi elle implique, en contrepartie, l'exigence, au bénéfice de la caution, d'être avertie du bon déroulement de l'obligation principale.

Cette constatation n'est que la résultante d'une logique évidente : l'on ne saurait concevoir que la caution soit tenue à l'écart de l'évolution de l'obligation du débiteur principal, notamment à raison de sa défaillance ou de l'accomplissement imparfait de cette dernière.

Un tel état de fait apparaîtrait incompatible avec la qualité de co-obligé de la caution, et, en tout état de cause, avec l'objectif poursuivi par le législateur.

La solution adoptée par la cour d'appel de Caen ne paraît guère répondre à cette double exigence, en considérant que l'obligation d'information de la caution se trouverait anéantie du fait de la survenance d'un jugement condamnant la caution au paiement et ayant acquis force de chose jugée.

L'arrêt du 6 janvier 2004 énonce, en effet : *« L'article L. 313-22 du code monétaire et financier dispose que les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée.*

*Si l'obligation d'information doit être respectée, même après l'assignation de la caution en paiement, il en va différemment une fois que le jugement condamnant la caution au paiement du principal et des intérêts a acquis force de chose jugée. La caution ne peut par conséquent se prévaloir d'un défaut d'information postérieur à la date à laquelle le jugement la condamnant au paiement du principal et des intérêts postérieurs au taux conventionnel a acquis force de chose jugée pour solliciter la déchéance du droit aux intérêts.*

*La décision attaquée qui a déclaré la Banque populaire de l'Ouest déchue du droit aux intérêts depuis le mois de mars 1992 doit être réformée »* (arrêt p. 3, paragraphes 1-2-3).

C'est une solution conforme à celle adoptée par la première chambre, dans son arrêt du 13 décembre 2005, cette dernière se référant toutefois à la notion de « substitution » ; elle écrit à cet égard : *« Mais attendu, d'abord, qu'à l'obligation contractuelle primitive de la caution s'est substituée celle découlant d'une décision devenue irrévocable condamnant M. Bertrand A... à payer à la banque les dettes garanties ; qu'en décidant que relativement à ces dettes, la banque n'était plus tenue à compter de cette condamnation de se conformer à l'obligation d'information prévue par l'article L. 313-22 du code monétaire et financier, la cour d'appel a fait une exacte application de ce texte »* (arrêt p. 2, paragraphe 2).

Si les motivations respectives des deux arrêts précités diffèrent, les conséquences qui en sont tirées se révèlent identiques : l'obligation d'information à la charge du créancier est éteinte par suite de la survenance d'un jugement condamnant la caution au paiement.

L'on peut percevoir dans la variation des motivations une différence de graduation : selon la cour d'appel de Caen, le jugement dont il s'agit suffit, par lui-même, à éteindre l'obligation d'information de la caution, alors que la première chambre de la cour s'appuie sur la notion de « substitution » à l'obligation primitive de l'acte juridictionnel, devenu irrévocable.

Il est loisible de constater à travers ces deux décisions que leurs auteurs ont retenu, comme valeur de principe général, l'obligation d'information de la caution, tout en considérant que la survenance d'un jugement condamnant la caution à payer était constitutive d'une exception audit principe.

Cependant, si l'on se réfère à la motivation de principe fournie par l'arrêt attaqué (arrêt p. 3, paragraphe 2), l'on peut se demander si les juges du fond ont suffisamment explicité les motifs qui les ont conduit à l'adoption de ladite décision ; ils posent comme un postulat que « *Si l'obligation d'information doit être respectée, même après l'assignation de la caution en paiement, il en va différemment, une fois que le jugement condamnant la caution au paiement du principal et des intérêts a acquis force de chose jugée* ».

Est-ce suffisant pour permettre à la Cour d'exercer son contrôle ? N'était-il pas nécessaire d'explicitier la technique, le processus intellectuel qui a pu conférer une telle valeur au jugement auquel il est fait référence ?

De son côté, la notion de « substitution », à laquelle a recouru la première chambre de la Cour invite à s'interroger sur la nature même de cette notion et ses conséquences, en vue de comprendre la démarche intellectuelle à l'origine du recours à cette notion.

Une telle notion fait immanquablement penser à la notion de « novation ».

Cette dernière se définit, on le sait (articles 1271 à 1281 du code civil), comme « *l'opération juridique par laquelle les parties décident de substituer une obligation nouvelle à une obligation pré-existante, qui est corrélativement éteinte* ».

Le premier effet de cette technique est la création d'une obligation nouvelle tandis que le second aboutit consécutivement à l'extinction de l'obligation primitive ; plus précisément, cette extinction de l'obligation s'accompagne de l'anéantissement corrélatif de tous ses accessoires ; en conséquence, le cautionnement grevant une obligation antérieure se trouverait également éteint.

Le rapprochement de la notion de « substitution » avec l'opération juridique de la novation trouve assez vite ses limites, cette dernière ne pouvant résulter que de la volonté des parties.

L'organisme financier perdrait le bénéfice de certains éléments de la sûreté, ce qui évidemment ne paraît pas avoir été sa volonté, puisqu'il poursuit l'exécution d'un contrat avec toutes les sûretés qui y sont attachées.

Enfin, l'on peut se demander si admettre l'idée d'une sorte de « substitution-novation », ne conduirait pas à une appréciation inexacte de la nature même du cautionnement, lequel est un contrat accessoire (Simler P. et Delebecque P., *op. cit.*, p. 38-39).

\*  
\* \*

Toujours dans la perspective d'une approche de la notion de « substitution », un arrêt rendu en assemblée plénière, le 10 juin 2005 (Ass. plén., *Bull.* 2005, Ass. plén., n° 6) peut apporter certains éléments utiles à notre démarche ; par cet arrêt, il a été décidé que si le créancier peut poursuivre pendant trente ans l'exécution d'un jugement condamnant au paiement d'une somme payable à termes périodiques, il ne peut, en vertu de l'article 2277 du code civil, applicable en raison de la nature de la créance, obtenir le recouvrement des arriérés échus plus de cinq ans avant la date de la demande.

De ce principe, l'on peut tirer certains enseignements susceptibles de mieux éclairer les conséquences du prononcé du jugement de condamnation de la caution :

- le premier réside dans le fait que la condamnation au paiement n'a pas eu pour effet de changer la nature de la créance originelle (voir V. Libchaber R. - note sous ledit arrêt d'assemblée plénière, 10 juin 2005, D. 2006 chron., n° 4, p. 254-259 ; Viandier A. - les modes d'inversion des prescriptions libératoires, JCP, doct., I, 2885) ;

- le deuxième a trait à la coexistence de deux prescriptions relatives à deux créances, ayant un fondement juridique différent : l'une était fondée sur un jugement prononçant condamnation, l'autre sur un arriéré locatif, postérieur au jugement en question ;

- le troisième prend en compte, comme considération déterminante, la nature même de la créance en cause.

L'on peut faire l'observation conclusive que le raisonnement adopté dans la logique de cette décision ne se réfère aucunement à une quelconque notion de « substitution ».

Il apparaît, au contraire, que pourrait être admise, très logiquement, l'idée que le jugement condamnant la caution à payer ne saurait se substituer à l'obligation primitive, mais au contraire coexister avec celle-ci.

Selon la jurisprudence de la première chambre, l'autorité attachée à l'acte juridictionnel transcende l'obligation légale d'information de la caution à la charge du créancier ; ce faisant, la caution perdrait le bénéfice d'une protection légale par l'effet d'un acte juridictionnel.

Or, précisément, le législateur a voulu essentiellement assurer une protection de la caution par le biais de cette information : en retenant la notion de « substitution », n'est-ce pas, en réalité, faire échec à cette protection : de quelle manière la caution va-t-elle être informée de l'évolution de la créance ?



En pratique, la solution adoptée par l'arrêt du 13 décembre 2005, à savoir la cessation de l'information de la caution, aurait pour effet d'accentuer le déséquilibre existant entre la situation du créancier et celle de la caution, laquelle n'est, en principe, que tiers à l'obligation principale, ce qui n'est aucunement dans l'esprit du législateur.

C'est la raison pour laquelle j'incline vers la cassation de l'arrêt du 6 janvier 2004 rendu par la cour d'appel de Caen, considérant que l'obligation annuelle d'information de la caution à la charge du créancier, prévue par l'article 48 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, codifié sous l'article L. 313-22 du code monétaire et financier, doit perdurer jusqu'à l'extinction de la dette garantie par le cautionnement.

*B. - ARRÊT DU 17 NOVEMBRE 2006 RENDU PAR LA CHAMBRE MIXTE*

Titre et sommaire	<i>Page 56</i>
Arrêt	<i>Page 56</i>
Rapport	<i>Page 58</i>
Avis	<i>Page 66</i>

## CAUTIONNEMENT

Extinction. - Causes. - Subrogation rendue impossible par le fait du créancier. - Fait du créancier. - Applications diverses. - Créancier ayant omis de rendre définitive une sûreté judiciaire constituée à titre provisoire concomitamment à la formation du cautionnement.

Le créancier qui, dans le même temps, se garantit par un cautionnement et constitue une sûreté provisoire s'oblige envers la caution à rendre cette sûreté définitive.

## ARRÊT

Par arrêt du 3 mai 2006, la première chambre civile a renvoyé le pourvoi devant une chambre mixte. Le premier président a, par ordonnance du 3 novembre 2006, indiqué que cette chambre mixte sera composée des première et troisième chambres civiles et de la chambre commerciale, financière et économique ;

Le demandeur invoque, devant la chambre mixte, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Ce moyen unique a été formulé dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Baraduc et Duhamel, avocat de M. X... ;

Un mémoire en défense a été déposé au greffe de la Cour de cassation par M<sup>e</sup> Copper-Royer, avocat de la société Comptoir Bigourdan de l'électronique ;

Le rapport écrit de M. Cachelot, conseiller, et l'avis écrit de Mme Petit, premier avocat général, ont été mis à la disposition des parties ;

(...)

Sur le moyen unique :

Vu l'article 2037, devenu l'article 2314, du code civil ;

Attendu que la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (1<sup>re</sup> Civ., 2 octobre 2002, pourvoi n° 00-17.569), que, par acte du 23 mars 1978, M. X... s'est rendu caution solidaire des engagements de M. Y...-Z... envers la société Comptoir bigourdan de l'électronique (société CBE) ; que, le même jour, la société CBE a pris une inscription provisoire de nantissement sur le fonds de commerce de son débiteur pour la conservation de sa créance ; que cette publicité provisoire n'a pas été confirmée par une publicité définitive ;

Attendu que pour admettre au passif de M. X..., en liquidation judiciaire, la créance de la société CBE, l'arrêt retient que la caution ne peut reprocher au créancier de ne pas avoir conservé un droit qu'il pouvait ne pas acquérir définitivement et sur lequel, par conséquent, elle ne pouvait compter ; que le fait de ne pas rendre définitif le nantissement judiciaire provisoire d'un fonds de commerce, en l'absence d'engagement pris par le créancier sur ce point, ne constitue pas un fait susceptible de décharger la caution de son obligation ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le créancier qui, dans le même temps, se garantit par un cautionnement et constitue une sûreté provisoire s'oblige envers la caution à rendre cette sûreté définitive, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE et ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 30 juin 2004, entre les parties, par la cour d'appel d'Agen ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Bordeaux.

**Ch. mixte 17 novembre 2006**  
***Cassation***

N° 04-19.123. - C.A. Agen, 30 juin 2004.

M. Canivet, P. Pt. - M. Cachetot, Rap., assisté de M. Barbier, greffier en chef. - Mme Petit, P. Av. Gén.  
- SCP Baraduc et Duhamel, M<sup>e</sup> Copper-Royer, Av.

# *Rapport de M. Cachelot*

## *Conseiller rapporteur*

### I. - Rappel des faits et de la procédure

Par acte sous seing privé du 23 mars 1978, M. X... s'est porté caution des engagements de M. Y...-Z... envers la société Comptoir bigourdan de l'électronique (société CBE) à concurrence de la somme de 300 000 francs.

Le même jour, la société CBE, autorisée par ordonnance du président du tribunal de grande instance du 22 mars 1978, a pris une inscription de nantissement judiciaire provisoire sur le fonds de commerce de son débiteur, M. Y...-Z..., pour la conservation d'une créance de 291 000 francs.

A la suite du placement de M. X... en redressement judiciaire (ultérieurement converti en liquidation judiciaire), la créance de la société CBE au titre de l'engagement de caution de celui-ci a été admise par ordonnance du juge-commissaire du 7 septembre 1998.

M. X... a relevé appel de cette ordonnance et, reprochant à la société CBE d'avoir négligé de rendre définitif le nantissement judiciaire provisoire, a demandé à être déchargé de son engagement de caution en application des dispositions de l'article 2037 du code civil.

Par arrêt infirmatif du 18 avril 2002, la cour d'appel de Pau, relevant que la garantie du nantissement provisoire du fonds de commerce du débiteur principal existait au jour de l'engagement de la caution et que celle-ci avait pu croire que la société créancière la rendrait définitive, a accueilli cette demande.

Cette décision a été cassée par arrêt de la première chambre civile du 2 octobre 2002 (pourvoi n° 00-17.569) pour manque de base légale, celle-ci reprochant notamment à la cour d'appel, au visa de l'article 2037 du code civil, de ne pas avoir relevé que la créancière s'était obligée à rendre définitif le nantissement litigieux.

Par arrêt du 30 juin 2004, la cour d'appel d'Agen, statuant sur renvoi après cassation, a confirmé l'ordonnance du juge-commissaire.

Après avoir relevé que le fait de ne pas rendre définitif le nantissement judiciaire provisoire d'un fonds de commerce, en l'absence d'engagement pris par le créancier sur ce point, ne constituait pas un fait susceptible de décharger la caution de son obligation et qu'en l'espèce, M. X... ne démontrait pas que la société CBE s'était obligée à rendre définitif ce nantissement, la cour d'appel a retenu que, dès lors, M. X... ne pouvait prétendre être déchargé de son engagement de caution.

M. X..., à qui cet arrêt a été régulièrement signifié par la société CBE le 23 août 2004, a formé un pourvoi en cassation le 22 octobre 2004 et a déposé un mémoire ampliatif le 18 mars 2005, signifié le 21 mars 2005 à la société CBE et à M. A... en sa qualité de liquidateur judiciaire de M. X....

Ce mémoire comprend un moyen unique en une seule branche.

M. X... a formé une demande d'un montant de 3 000 euros sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile.

La société CBE a déposé un mémoire en défense le 10 janvier 2006 et formé une demande d'un montant de 4 000 euros fondée sur l'article 700 du nouveau code de procédure civile.

M. A..., à qui le mémoire ampliatif de M. X... a été régulièrement signifié, n'a pas constitué avocat.

Le pourvoi ayant été attribué à la première chambre civile, M. Creton, désigné comme conseiller rapporteur, a fait valoir dans son rapport que celui-ci posait une question de principe portant sur l'application de l'article 2037 du code civil et que cette question divisait la doctrine et la jurisprudence, au sein même de la Cour de cassation.

Par arrêt du 3 mai 2006, la première chambre civile a ordonné le renvoi de l'affaire devant une chambre mixte.

### II. - Exposé du moyen

M. X..., caution, fait grief à l'arrêt d'admettre la créance de la société CBE au passif de sa procédure collective alors, selon le moyen, que le créancier qui, ayant pris un nantissement provisoire sur le fonds de commerce de son débiteur, obtient le même jour un cautionnement permettant à la caution d'être subrogée, ne peut plus se borner à agir dans son strict intérêt personnel mais doit prendre en compte les intérêts de la caution, en sorte qu'il s'oblige nécessairement à rendre définitif le nantissement.

En décidant le contraire, la cour d'appel aurait violé les articles 2037 et 1134, alinéa 3, du code civil.

### III. - Identification du point de droit faisant difficulté

Le créancier qui, le même jour, s'est fait consentir un cautionnement en garantie d'une créance et a pris une inscription de nantissement judiciaire provisoire sur le fonds de commerce de son débiteur pour la conservation de cette créance est-il tenu, à l'égard de la caution, de rendre le nantissement définitif ?

Il n'y a pas, à ma connaissance, sur ce point précis, d'autre décision de la Cour de cassation que l'arrêt rendu dans cette affaire par la première chambre civile le 2 octobre 2002.

Cette chambre a décidé, compte tenu des controverses doctrinales et pour éviter une divergence éventuelle avec la chambre commerciale, de soumettre la question à la chambre mixte.

Si l'application de l'article 2037 du code civil fait l'objet de nombreuses discussions divisant la doctrine, il n'y a pas, à mon sens, au moins dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation, de divergence de fond apparente entre les deux chambres spécialisées en matière de cautionnement (première chambre civile et chambre commerciale) si ce n'est sur un point particulier révélé récemment :

Le non-exercice d'une faculté par un créancier peut-il devenir fautif lorsque celui-ci est garanti par un cautionnement et, plus précisément, le créancier gagiste garanti par un cautionnement commet-il une faute au sens de l'article 2037 du code civil (devenu à droit constant l'article 2314 du même code) lorsqu'il ne demande pas l'attribution judiciaire du gage ?

Pour la première chambre, l'exercice ou le non-exercice d'une faculté n'est pas en lui-même constitutif d'une faute permettant la décharge de la caution :

Ce principe est affirmé dans deux arrêts, le premier rendu le 22 mai 2002 (*Bull.* 2002, I, n° 133) relatif à la faculté donnée par l'article L. 121-13 du code des assurances au créancier privilégié d'appréhender directement l'indemnité d'assurance entre les mains de l'assureur en cas de destruction du bien sur lequel portait sa garantie, le second du 8 juillet 2003 (pourvoi n° 01-03.177) en matière d'attribution judiciaire du gage prévue par les articles 2078, alinéa premier, du code civil et L. 622-21, alinéa 3, du code de commerce.

La chambre commerciale juge au contraire que : « *Si l'attribution judiciaire du gage ne constitue qu'une faculté pour le créancier, ce dernier, lorsqu'il est, par ailleurs, garanti par un cautionnement, commet une faute au sens de l'article 2037 du code civil si, en s'abstenant de demander cette attribution, il prive la caution d'un droit pouvant lui profiter* » (Com., 13 mai 2003, *Bull.* 2003, IV, n° 73 ; 3 décembre 2003, pourvoi n° 01-14.761).

Cette jurisprudence a, semble-t-il, été réaffirmée récemment à propos d'une cession conditionnelle de loyers donnée en garantie à un créancier en cas de non-paiement des échéances du prêt finançant l'achat de l'immeuble donné en location (Com., 3 mai 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 104, D. 2006, somm., p. 1364, obs. V. Avena Robardet, D. 2006, J, p. 1693, note D. Houtcieff).

Il avait été demandé en 2005 à la chambre mixte de mettre fin à cette divergence relative à l'exercice ou au non-exercice d'une faculté par le créancier.

Malheureusement, la chambre mixte n'a pu satisfaire à cette demande dès lors que les motifs de l'arrêt attaqué faisaient apparaître que le créancier avait, au cours de la procédure collective ouverte contre le débiteur, renoncé au bénéfice de son gage.

Elle n'a pu, par suite, qu'approuver la cour d'appel d'en avoir exactement déduit, conformément à une jurisprudence constante et non contestée, que la caution était déchargée de son obligation (Ch. mixte, 10 juin 2005, *Bull.* 2005, ch. mixte, n° 5).

Cette décision a été commentée par de nombreux auteurs, qui regrettent que la question posée n'ait pu être abordée et émettent le souhait qu'elle soit bientôt résolue : *cf.* :

- Rapport du conseiller rapporteur et avis du premier avocat général, *BICC* n° 623 du 15 juillet 2005, p. 46 et 55 ;
- Philippe Simler : « Décharge de la caution lorsque le créancier gagiste n'a pas demandé l'attribution judiciaire du gage », *JCP* 2005, Ed. G, n° 40, II, 10130 ;
- Xavier Delpech : « L'excès de sûretés tue les sûretés », *D.* 2005, somm., p. 1773 ;
- Stéphane Piedelievre : « Cautionnement et renonciation au gage », *D.* 2005, J, p. 2020 ;
- Dominique Legeais : « Décharge de la caution lorsque le créancier gagiste n'a pas demandé l'attribution judiciaire du gage », *JCP* 2005, éd. E, n° 29, 1088 ;
- D.L., *Revue de droit bancaire et financier* 2006, p. 16 ;
- F.J., *Banque et droit*, n° 202, juillet et août 2005, p. 63 ;
- Guillaume Lecuyer : « La faculté d'exercice d'un droit préférentiel et l'exception de non-subrogation », *Revue de droit civil* 2005, n° 19 ;
- Yves Picot : *Droit et procédures* 2005, p. 365 ;
- Dimitri Houtcieff : *Revue des contrats* 2005, p. 1136.

Il appartiendra à la chambre mixte d'apprécier s'il est possible de répondre à cette attente à l'occasion du présent pourvoi et, à tout le moins, d'apporter des éléments de réponse permettant de préciser les obligations du créancier, relatives à la constitution et à la sauvegarde des droits préférentiels, s'il veut éviter la sanction prévue par l'article 2037 du code civil.

Les auteurs qualifient cette sanction tantôt de bénéfice de cession ou de non-cession d'action, tantôt de bénéfice de subrogation ou de non-subrogation ou encore d'exception de subrogation ou de non-subrogation. Il paraît préférable de parler d'application des dispositions de l'article 2037 du code civil.

Ainsi qu'il a été précédemment indiqué, l'arrêt attaqué (Agen, 30 juin 2004) rendu après cassation s'est conformé à la doctrine de la première chambre civile, laquelle ne paraît pas être différente de celle suivie par la chambre commerciale, du moins jusqu'à ses arrêts de 2003 et 2006 précités statuant sur l'exercice d'une faculté par le créancier (attribution judiciaire du gage ou cession conditionnelle de créances).

Après avoir examiné, dans une première partie (A) l'état de la jurisprudence de ces deux chambres avant l'apparition de la divergence manifestée par les arrêts rendus par chacune d'elle en 2002 et 2003 sur la question de savoir si l'exercice d'une faculté par un créancier peut être constitutif d'une faute lorsque celui-ci est, par ailleurs, garanti par un cautionnement et s'être interrogé sur la portée de ces arrêts et leur incidence sur la jurisprudence, il conviendra d'examiner dans une seconde partie (B) les arguments en faveur du maintien ou de la modification de la jurisprudence dont a fait application la première chambre civile dans le présent pourvoi.

#### **IV. - Eléments de réponse**

##### **A. - L'état de la jurisprudence sur les conditions d'application de l'article 2037 du code civil**

L'article 2037 subordonne son application à trois conditions : l'existence d'une caution, la perte de droits préférentiels et le fait du créancier.

La jurisprudence en ajoute un quatrième : l'existence d'un préjudice.

L'existence d'une caution n'étant pas contestée et le créancier ne prétendant pas que celle-ci n'aurait pas subi de préjudice, seuls seront examinés la perte de droits préférentiels et le fait du créancier.

##### **1. La perte de droits préférentiels**

Il doit s'agir de droits préférentiels (a) et ces droits doivent être certains (b).

a) La notion de droits préférentiels

Selon la jurisprudence, approuvée par l'ensemble de la doctrine, l'article 2037 du code civil n'est applicable qu'en présence de droits « préférentiels », c'est-à-dire de droits conférant au créancier un avantage particulier pour le recouvrement de sa créance, contrairement au droit de gage général institué par l'article 2092 du code civil (1<sup>re</sup> Civ., 21 mars 1984, *Bull.* 1984, I, n° 111 ; Com., 10 mai 1994, pourvoi n° 92-15.881).

C'est ainsi qu'outre les sûretés au sens technique du terme (privilèges, hypothèque, gage, sûretés personnelles, etc.), le champ d'application de l'article 2037 s'étend notamment à la réserve de propriété (Com., 27 février 1991, *Bull.* 1991, IV, n° 68), au droit pour le bailleur de reprendre un matériel en crédit-bail (Com., 14 février 1995, *Bull.* 1995, IV, n° 41), au droit de rétention (Com., 25 novembre 1997, *Bull.* 1997, IV, n° 301), au droit d'agir en résolution ou d'invoquer une clause résolutoire (1<sup>re</sup> Civ., 17 février 1993, *Bull.* 1993, I, n° 75), au recours contre le tiré accepteur (Com., 20 février 2001, *Bull.* 2001, IV, n° 40), au droit pour le créancier cessionnaire d'une créance cédée par un sous-traitant d'exercer l'action directe contre le maître de l'ouvrage (Com., 14 janvier 2004, pourvoi n° 01-13.917).

Il a été jugé en revanche que la cession de créances professionnelles dans les formes prévues par la loi du 2 janvier 1981 (dite « cession Dailly ») ne conférerait pas au créancier un droit préférentiel (1<sup>re</sup> Civ., 30 septembre 1997, pourvoi n° 95-18.545, Com., 11 décembre 2001, *Bull.* 2001, IV, n° 196, retenant que la notification des cessions étant, au regard de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1981 devenu L. 313-28 du code monétaire et financier, une faculté pour la banque, l'abstention de celle-ci d'y procéder ne peut être invoquée par les cautions de la société cédante comme constitutive de faute à leur égard (Com., 9 juillet 2002, pourvoi n° 96-20.955).

L'extension récente par la chambre commerciale du champ d'application de l'article 2037 aux « droits exclusifs » (en l'espèce cession de loyers) qu'il était loisible au créancier de mettre en œuvre (Com., 3 mai 2006, pourvoi n° 04-17.396) est-elle de nature à remettre en cause cette dernière jurisprudence ?

Peut-on déduire de celle-ci que le nantissement judiciaire provisoire est un droit préférentiel dont la perte déchargeait la caution ?

Il résulte des articles 67, 77 et 78 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution que ce nantissement est une sûreté judiciaire qui peut être constituée à titre conservatoire, notamment sur un fonds de commerce. Et les sûretés judiciaires sont opposables aux tiers du jour de l'accomplissement des formalités de publicité prescrites.

Aux termes de l'article 260 du décret d'application du 31 juillet 1992, la publicité provisoire doit être confirmée par une publicité définitive. Cette publicité donne rang à la sûreté à la date de la formalité initiale, dans les limites des sommes conservées par cette dernière. A défaut de confirmation dans le délai, la publicité provisoire est caduque.

Dès lors, le nantissement définitif n'existe que si la publicité définitive a été effectuée dans le délai requis. Si c'est le cas, le nantissement rétroagit et est censé avoir existé depuis la date de la publicité provisoire et ce, même si la publicité définitive est effectuée alors que le débiteur fait l'objet d'une procédure collective (article L. 621-107 du code de commerce). Par suite, si l'inscription d'un nantissement judiciaire provisoire, sûreté judiciaire, ne donne aucun droit immédiat à son bénéficiaire, il préserve ses droits sur le fonds de commerce (article 258 du décret du 31 juillet 1992).

Il n'est pas contesté en l'espèce que le créancier n'a pas procédé à la publicité définitive alors que l'existence de sa créance a été reconnue définitivement par le juge et que la caution n'a pas pu être subrogée dans un nantissement censé n'avoir jamais existé.

Cependant, pour M. Cordelier (« A propos de l'article 2037 du code civil : observations sur le droit préférentiel » RTD com. 2004, p. 681 et suivantes, spécialement p. 688) une sûreté judiciaire telle que le nantissement provisoire est un droit préférentiel « en germe » ou « inachevé » qui n'a pas pris naissance en raison du refus délibéré du créancier d'accomplir les diligences nécessaires qui dépendaient de sa seule volonté.

Il soutient que, dans cette hypothèse, le créancier doit mettre en œuvre tous les moyens que la loi prévoit pour consolider l'existence du droit préférentiel initial et lui faire donner toute sa puissance.

D'une manière générale, pour cet auteur, tout droit susceptible d'être préférentiel, mais qui n'accède pas à cette qualité du fait de la seule passivité du créancier, doit être considéré comme un droit préférentiel vis-à-vis de la caution.

Telle n'est pas la position de la jurisprudence et en particulier celle de la première chambre civile dans son arrêt du 2 octobre 2002 rendu dans la présente affaire, en ce qui concerne cette dernière proposition.

Mais si cette chambre ne se prononce pas sur la qualification de droit préférentiel du nantissement provisoire, elle paraît adopter la thèse de M. Cordelier selon laquelle il s'agit d'un droit préférentiel « inachevé ».

En effet, si la première chambre avait considéré le nantissement provisoire comme un droit préférentiel « achevé », elle aurait déchargé la caution dès lors que cette sûreté avait été inscrite le même jour que le cautionnement et qu'il n'était pas contesté que la caution en avait eu connaissance (*a contrario* pour une hypothèque judiciaire conservatoire : Com., 13 juin 2006, pourvoi n° 05-14.798).

A l'inverse, si elle avait retenu qu'il ne s'agissait pas d'un droit préférentiel, la première chambre aurait jugé que l'article 2037 n'était pas applicable.

Mais cette chambre, allant à l'encontre de la dernière proposition soutenue par M. Cordelier, a cassé l'arrêt de la première cour d'appel en lui reprochant de ne pas avoir relevé que le créancier s'était obligé à rendre définitif le nantissement litigieux.

Et la cour d'appel de renvoi dont l'arrêt est attaqué a retenu que la caution ne démontrait pas que le créancier ait pris l'engagement en ce sens et en a déduit que celle-ci ne pouvait être déchargée de son obligation au paiement.

#### b) Des droits préférentiels certains

La jurisprudence, approuvée par la majorité de la doctrine, a consacré le principe dit d'antériorité selon lequel la caution n'est libérée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus s'opérer en sa faveur, que si ces garanties existaient au moment du cautionnement, étant alors entré dans le champ contractuel (Com., 21 février 1977, *Bull.* 1977, IV, n° 54 ; 1<sup>re</sup> Civ., 16 novembre 1977, *Bull.* 1977, I, n° 425 ; Com., 25 janvier 1994, *Bull.* 1994, IV, n° 30 ; 1<sup>re</sup> Civ., 17 octobre 1995, *Bull.* 1995, I, n° 366 ; Com., 15 février 2000, *Bull.* 2000, IV, n° 28 ; 1<sup>re</sup> Civ., 13 février 2001, pourvoi n° 98-18.428 ; Com., 8 octobre 2003, pourvoi n° 00-12.418 ; Com., 13 juin 2006, pourvoi n° 05-14.798).

Ainsi, la caution ne peut reprocher au créancier d'avoir négligé d'acquiescer des sûretés nouvelles s'il n'y était pas tenu et ce, même si elle invoque une pratique habituelle en la matière comme par exemple la constitution d'une hypothèque pour garantir un crédit immobilier (1<sup>re</sup> Civ., 15 juin 1999, pourvoi n° 97-15.792).

Il en est de même lorsque la caution a souscrit un engagement général et que le créancier a omis de constituer ou a laissé perdre des droits afférents à des opérations postérieures au cautionnement et couverts par la garantie (Com., 25 janvier 1994, *Bull.* 1994, IV, n° 30).

Deux limites sont cependant apportées à l'application de ce principe d'antériorité des droits préférentiels :

La première concerne les cas où le créancier a pris l'engagement de constituer d'autres droits ou sûretés et qu'il a omis de le faire ou les a laissés perdre après les avoir constitués (1<sup>re</sup> Civ., 24 février 1982, *Bull.* 1982, I, n° 89 ; 26 avril 1983, *Bull.* 1983, I, n° 130).

Ces cas sont cependant assez rares dans la mesure où il est difficile pour la caution de rapporter la preuve de la réalité de l'engagement allégué, le plus souvent tacite ou imprécis.

La seconde limite concerne les droits préférentiels parfois qualifiés de « potentiels » que le créancier a perdus ou omis de constituer et qui sont les conséquences légales et nécessaires du contrat intervenu entre le créancier et le débiteur ou que la caution pouvait « normalement » ou « légitimement » croire que le créancier constituerait (P. Simler, J.-Cl Civ. Fasc. 70, Cautionnement, n° 58 et suivants, L. Aynes et A. Lamy, Droit des sûretés 2006, n° 128-39, J. Devèze et a., Droit du financement 2006, n° 3803).

Ainsi la décharge de la caution a été admise dans les cas suivants :

- Non-inscription d'un nantissement alors que la mention que l'emprunteur offrait cette sûreté en nantissement (sur matériel ou fonds de commerce) figurait dans les contrats de financement ou les actes de cautionnement (1<sup>re</sup> Civ., 24 février 1982, *Bull.* 1982, I, n° 89 ; 1<sup>re</sup> Civ., 9 mai 1984, *Bull.* 1984, I, n° 169 (cité par M. X...) ; Com., 11 avril 1995, pourvoi n° 93-16.811 ; Com., 11 octobre 2002, pourvoi n° 98-23.314) ;

- Absence de revendication de matériel donné en crédit-bail bien qu'aucune clause du contrat ne précisait que le crédit-bailleur avait l'obligation de reprendre le matériel livré en cas de résiliation du bail (Com., 14 février 1995, *Bull.* 1995, IV, n° 41) ;

- Défaut de mise en œuvre de l'action en revendication dans le délai légal par le créancier bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété (Com., 11 juillet 1988, *Bull.* 1988, IV, n° 237) ;

- Défaut de « régularisation » par le créancier d'une promesse d'hypothèque consentie par le débiteur (Com., 13 avril 1999, pourvoi n° 96-13.575).

A l'inverse n'a pas été admise la décharge de la caution dans les cas suivants :

- Non-inscription du gage sur véhicule automobile, le prêt étant postérieur à l'engagement de caution (Com., 25 janvier 1994, *Bull.* 1994, IV, n° 30 ; Com., 29 janvier 2002, pourvoi n° 99-12.441) ;
- Non-inscription d'un nantissement sur matériel ou fonds de commerce (1<sup>re</sup> Civ., 17 octobre 1995, *Bull.* 1995, I, n° 381 ; Com., 15 février 2000, *Bull.* 2000, IV, n° 28 ; Com., 8 octobre 2003, *Bull.* 2003, IV, n° 98 ; (LPA 17 mai 2004, n° 98, p. 4, chr. D. Houtcieff) ;
- Si le contrat de prêt stipule que l'inscription de la sûreté (gage sur véhicule automobile) demeurera au gré du créancier, la caution ne peut invoquer l'article 2037 du code civil (1<sup>re</sup> Civ., 6 janvier 1998, pourvoi n° 96-11.267) ;
- Privilège du prêteur ou hypothèque : la seule référence à la nature du prêt cautionné, en l'absence d'une mention figurant dans l'acte de cautionnement ou dans un acte antérieur ou concomitant à l'opération de crédit est insusceptible de caractériser la croyance légitime de la caution dans le fait que le créancier prendrait d'autres garanties (1<sup>re</sup> Civ., 29 février 2000, *Bull.* 2000, I, n° 70) ;
- Promesse d'hypothèque (1<sup>re</sup> Civ., 12 mars 2002, *Bull.* 2002, I, n° 87) ;
- Hypothèque judiciaire conservatoire : « *Ayant constaté que les cautions prétendaient que la banque aurait dû, après avoir rendu le crédit exigible, inscrire une hypothèque judiciaire conservatoire sur le bien immobilier de la société débitrice, faisant ressortir qu'elle ne démontrait pas avoir, au moment de leur engagement, légitimement compté sur cette sûreté, la cour d'appel qui a relevé qu'il n'était pas établi que cette garantie aurait été convenue antérieurement au contrat de cautionnement et que le créancier serait engagé à la prendre a légalement justifié sa décision* » (Com., 13 juin 2006, pourvoi n° 05-14.798 précité).

L'analyse de ces décisions fait ainsi apparaître que la limitation au « principe d'antériorité » et la prise en compte de « droits potentiels » de la caution ne sont que rarement admises par la jurisprudence, spécialement la plus récente, et que leur admission est, dans la plupart des cas, subordonnée à l'existence de signes objectifs telles les mentions de l'offre de prêt ou du contrat de cautionnement ou d'un écrit antérieur faisant référence à la sûreté espérée (Lamy Droit des sûretés, n° 125-39).

Tel n'est pas le cas dans la présente espèce où si le nantissement provisoire a été inscrit par le créancier le jour même où il constituait une caution, celui-ci n'a pris aucun engagement de le transformer en nantissement définitif.

## 2. Le fait du créancier

Il ne suffit pas, pour que la caution soit déchargée, qu'elle ne puisse plus être subrogée aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, encore faut-il que ce défaut de subrogation soit dû au « fait » du créancier (article 2037 du code civil).

Il est unanimement admis par la doctrine et la jurisprudence que ce fait doit être fautif (1<sup>re</sup> Civ., 2 avril 1996, *Bull.* 1996, I, n° 100 et l'arrêt cité : « *L'application de l'article 2037 du code civil est subordonnée à un fait de commission ou d'omission, mais imputable au créancier c'est-à-dire fautif* »).

Est ainsi considéré comme une faute d'omission le fait de ne pas renouveler des inscriptions d'hypothèque (Com., 21 janvier 1992, *Bull.* 1992, IV, n° 22 ; 3<sup>e</sup> Civ., 14 novembre 2002, pourvoi n° 01-10.841) ou de nantissement (Com., 4 juillet 2000, pourvoi n° 97-12.007 ; Com., 11 juin 2003, pourvoi n° 00-10.298) ou encore de ne pas prendre d'inscription modificative de privilège à la suite de la cession du matériel nanti (Com., 3 février 1998, *Bull.* 1998, IV, n° 57 ; Com., 3 décembre 2003, pourvoi n° 00-11.270).

Mais l'existence d'une faute du créancier ne peut être établie que dans la mesure où il a contrevenu à des obligations envers la caution. Dès lors se pose la question de savoir s'il peut être reproché au créancier d'avoir commis une faute dans l'exercice ou le non-exercice d'une simple faculté.

On sait qu'il existe une divergence sur ce point entre la première chambre civile et la chambre commerciale. Cette divergence a-t-elle une incidence sur la question posée par le pourvoi ?

Il convient, semble-t-il, de distinguer à cet égard entre la faculté de ne pas exercer un droit préférentiel et celle de choisir le mode de réalisation de ce droit (G. Lecuyer : « La faculté d'exercice d'un droit préférentiel et l'exception de non-subrogation », *Revue de droit civil* 2005, n° 19).

La faculté d'exercer ou de ne pas exercer un droit préférentiel existe au moment de la constitution ou de la non-constitution de ce droit et, ultérieurement, s'il a été constitué, de sa préservation.

C'est l'hypothèse classique et la question posée par le présent pourvoi.

La question est alors de savoir si le droit (préférentiel) existait avant l'engagement de la caution, si le créancier s'était engagé à le constituer, si la caution pouvait légitimement croire qu'il le ferait ou s'il avait l'obligation de le faire.

S'agissant de la faculté de choisir le mode de réalisation du droit préférentiel, l'option du créancier s'exerce lors de cette réalisation, celui-ci devant choisir entre deux modalités définies par la loi (par exemple en matière de gage, entre la vente du bien gagé et la demande de son attribution judiciaire - article 2078 du code civil - et, lorsque le débiteur est en liquidation judiciaire - article L. 222-11, alinéa 3, du code de commerce).

Pour M. Simler (« Cautionnement et garanties autonomes », 3<sup>e</sup> éd., Litec 2000, n° 841), la solution doit être la même dans tous les cas : « *si la constitution ou l'inscription d'une sûreté, voire son exercice, est seulement une faculté pour le créancier, dès lors que ses intérêts sont seuls en jeu, il a l'obligation d'exercer cette faculté lorsqu'il est par ailleurs garanti par une caution* ».



La chambre commerciale a, semble-t-il, adopté cette position dans ses arrêts de 2003 et 2006 en ce qui concerne l'exercice d'une faculté relative à la réalisation d'un droit préférentiel.

Cette jurisprudence, si elle devait être suivie, serait-elle applicable dans tous les cas où le créancier a la liberté de constituer ou non un droit préférentiel ?

## B. - Faut-il modifier la jurisprudence ? Les rapports entre le créancier et la caution

La doctrine est partagée entre deux courants parfois qualifiés de courant « contractualiste » et courant « solidariste ».

Pour la commodité de l'exposé et afin d'éviter toute qualification nécessairement approximative, il paraît plus simple d'examiner successivement les arguments en faveur du créancier et ceux en faveur de la caution.

### 1. Les arguments en faveur du créancier

Ces arguments s'appuient sur la conception classique selon laquelle le cautionnement est un contrat unilatéral (article 2011 du code civil) conclu dans l'intérêt exclusif du créancier, lequel n'est tenu à l'égard de la caution d'aucune obligation.

Et, s'il a pu être observé que l'article 2037 du code civil constituait un « îlot de synallagmatisme » dans une convention unilatérale (D. Houtcieff : « le non-exercice d'une faculté constitue-t-il un fait du créancier au sens de l'article 2037 du code civil », *Revue des contrats* 2005, p. 1136), ce texte ne crée pas à la charge du créancier une véritable obligation mais seulement une cause de déchéance du bénéfice de la sûreté.

En effet, la caution ne dispose d'aucune action lui permettant d'obtenir l'exécution de cette prétendue obligation (P. Simler et P. Delebecque, *Précis Dalloz, Droit civil - Les sûretés, la publicité foncière*, 4<sup>e</sup> éd., n° 55).

De plus, si le législateur (loi n° 2003-721 du 11 août 2003 pour l'initiative économique) a mis à la charge des créanciers professionnels diverses obligations destinées à informer et protéger la caution (articles L. 341-4 et L. 341-6 du code de la consommation notamment), ces obligations paraissent être sans incidence sur le caractère unilatéral du cautionnement.

Les partisans de cette thèse font valoir qu'il est nécessaire de respecter le pouvoir de gestion du créancier qui a pris la précaution de constituer plusieurs sûretés pour garantir sa créance.

Celui-ci est libre de constituer ou non des garanties, de les conserver ou non, de les mettre en œuvre à sa guise et, en tout état de cause, reste toujours maître du choix des moyens destinés à lui permettre de recouvrer sa créance.

Il peut, notamment, décharger un garant et ce, nécessairement au préjudice des autres et il ne faut pas que le cumul de garanties devienne pour lui une source de contrainte.

Ainsi, la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution dispose en son article 22 que « le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance ».

Et la chambre commerciale a jugé par arrêt du 2 juin 2004 (*Bull.* 2004, IV, n° 106) que « *sauf fraude ou abus, le créancier qui bénéficie d'une pluralité de sûretés ne commet pas de faute en choisissant le moyen d'obtenir le paiement de sa créance* ».

Dès lors, la caution doit s'attendre à être obligée d'exécuter l'intégralité de ses engagements, même s'il existe plusieurs autres sûretés.

S'il est vrai que le créancier est tenu, en vertu de l'article 2037 du code civil, de préserver ses droits préférentiels afin de permettre la subrogation de la caution, il ne peut s'agir que de ceux existant au moment de la conclusion du contrat de cautionnement et de ceux que le créancier s'est engagé à constituer et « en contemplation » desquels la caution a consenti sa garantie.

Ces droits doivent être déterminés avec précision et il appartient à la caution de rapporter la preuve de leur existence. Il en va de la sécurité juridique et du bon fonctionnement du crédit.

Dans cette perspective et malgré l'extrême diversité des situations (cautionnement institutionnel, professionnel ou souscrit par des particuliers), il paraît possible et souhaitable que soient précisés dans les contrats de cautionnement les droits préférentiels sur lesquels la caution a vocation à être subrogée.

Par ailleurs, admettre la position de la chambre commerciale selon laquelle le créancier commet une faute lorsque l'exercice ou le non-exercice d'une faculté prive la caution d'un droit (préférentiel ou exclusif) pouvant lui profiter suppose que celui-ci soit en mesure, au moment où il exerce son option, de déterminer la solution la plus favorable à ses intérêts et/ou à ceux de la caution, ce qui n'est pas toujours possible ou facile, spécialement lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective (*cf.* Ch. mixte, 10 juin 2005, *BICC* n° 623 du 15 juillet 2005, rapport p. 50).

Il peut arriver, par exemple lorsqu'il s'agit de choisir les modalités de réalisation d'un gage, que les intérêts du créancier soient contraires à ceux de la caution.

Peut-on exiger d'un créancier dans l'expectative qu'il collabore avec la caution ? Doit-on l'inciter à prendre un risque raisonnable pour préserver la situation de celle-ci ? Le créancier doit-il même, pour ne pas faire preuve d'« égoïsme », privilégier les intérêts de la caution au détriment des siens alors pourtant qu'il avait cru les garantir en constituant celle-ci ?

Partant du principe qu'une faculté n'est pas une obligation, la sanction de l'article 2037 du code civil ne devrait-elle pas être appliquée que lorsque l'usage d'un droit discrétionnaire est véritablement abusif ?

Enfin, permettre à la caution d'être déchargée de son obligation de garantie chaque fois qu'un créancier n'aura pas fait d'une faculté dont il dispose un usage conforme aux intérêts de celle-ci n'aurait-il pas pour effet de rompre l'équilibre fragile existant entre les intérêts respectifs des parties au détriment du créancier et de remettre ainsi en cause le fonctionnement du crédit et ses exigences de sûretés fiables ?

## 2. Les arguments en faveur de la caution

Ces arguments se recommandent, eux aussi, de la conception classique du cautionnement.

Outre son caractère de sûreté personnelle, désintéressée, lequel ne représente plus, avec le développement du cautionnement professionnel et du cautionnement « intéressé » des dirigeants d'entreprise, qu'un aspect de l'institution, il est invoqué, non plus son caractère unilatéral, mais son caractère accessoire, duquel il résulte que la caution ne doit pas contribuer à la dette : la caution ne s'engage à payer que si le débiteur ne satisfait pas à son obligation (article 2011 du code civil).

Elle n'est tenue qu'à titre subsidiaire, même si elle s'est obligée solidairement.

Dès lors, ses recours en remboursement contre le débiteur doivent être protégés. Et il serait injuste que le créancier qui profite de cet acte en aggrave la portée ou, par extension, ne mette pas tout en œuvre pour la réduire.

Plusieurs arguments sont invoqués à l'appui de cette thèse, concernant le fondement de l'article 2037 du code civil, et, plus généralement, celui des obligations du créancier envers la caution.

### a) Le texte de l'article 2037 du code civil

Pour M. Simler (« Décharge de la caution lorsque le créancier gagiste n'a pas demandé l'attribution judiciaire du gage », commentaire de chambre mixte, 10 juin 2005, JCP 2005, II, 10131) il n'y a pas à rechercher d'autre fondement aux obligations du créancier envers la caution que le texte clair de l'article 2037 du code civil, duquel il résulte que dès lors que le créancier bénéficie, outre le cautionnement, d'autres droits préférentiels, il doit les conserver et les exercer sous peine de déchéance de ses droits contre la caution.

Il en est ainsi, même en ce qui concerne l'alternative ouverte au créancier en matière de gage : l'article 2037 impose au créancier de conserver le droit préférentiel dont il dispose, sans distinguer selon que ce droit offre ou non une alternative. Et le créancier doit se prévaloir de la branche de l'alternative qui conserve son utilité pour la caution.

### b) La conception « objective » des droits préférentiels

M. Cordelier (« A propos de l'article 2037 du code civil », précité), observant que le rôle de la caution est passif et que seul le créancier dispose d'un pouvoir spécifique et personnel sur les droits préférentiels, tant pour les constituer que pour les conserver et les mettre en œuvre, soutient qu'il est de saine justice de faire peser sur lui l'obligation de servir l'intérêt de la caution.

Il ajoute que le créancier ne dispose jamais d'une faculté discrétionnaire mais reste soumis à un devoir de diligence puisque les intérêts de la caution sont également concernés.

Rejoignant plusieurs auteurs (notamment MM. Cabrillac et Mouly, *Droit des sûretés*, 7<sup>e</sup> éd., 2004, Litec, n° 258 et suivants), M. Cordelier, critiquant la conception « subjective » de la jurisprudence et prônant une conception « objective », fait valoir qu'il ne s'agit pas de rechercher si la caution « pouvait légitimement croire à l'existence de la garantie prévue dans l'acte » mais d'imposer au créancier l'obligation de mettre en œuvre tous les moyens pour rendre effectives tant les garanties qui sont stipulées dans le contrat que celles qui découlent de sa situation personnelle ou des circonstances extérieures.

Affirmant que « l'étude des volontés n'a rien à voir avec le bénéfice de subrogation », il considère comme illogique et injuste de ne pas considérer les droits constitués par le créancier postérieurement au cautionnement comme préférentiels.

Ainsi, si l'on suit cette thèse, le créancier aurait dû, dans l'espèce qui fait l'objet du présent pourvoi, transformer le nantissement provisoire en nantissement définitif, même s'il n'avait pris aucun engagement en ce sens.

Et M. Cordelier conclut que, d'une manière générale, « tout droit susceptible d'être préférentiel, mais qui n'accède pas à cette qualité du fait de la seule passivité du créancier, doit être considéré comme un droit préférentiel vis-à-vis de la caution ».

### c) La bonne foi et l'équité

La passivité du créancier est également condamnée par de nombreux auteurs qui fondent la sanction prévue par l'article 2037 du code civil sur la bonne foi et l'équité.

Ils soutiennent que la caution s'est engagée en fonction d'un comportement attendu du créancier correspondant à un engagement tacite de celui-ci de prendre les mesures nécessaires pour préserver les droits de la caution, indépendamment de toute stipulation particulière dans l'acte constitutif de l'engagement (cf. Les auteurs cités par M. Simler, *Jurisclasseur civil*, Fasc. 70, n° 4 et suivants).

La caution n'étant pas tenue de contribuer à la dette, celle-ci est en droit d'attendre que le créancier mette tout en œuvre pour préserver ses possibilités de recours contre le débiteur, compte tenu de sa situation ainsi que des autres sûretés dont il dispose pour garantir sa créance. En agissant ainsi, le créancier ne fait qu'exécuter de bonne foi la convention en lui donnant les suites que l'équité exige, en raison de la nature du cautionnement (D. Veaux, *Répertoire de droit civil*, encyclopédie, Dalloz, V°, Cautionnement, n° 263).

C'est la position soutenue par l'auteur du pourvoi qui fait valoir que le créancier ne peut plus, en présence d'une caution, se borner à agir dans son strict intérêt personnel mais doit prendre en compte les intérêts de la caution.

Cette position exige du créancier qu'il coopère activement à la préservation des intérêts de la caution, se comportant comme un prêteur normalement prudent et diligent, effectuant les démarches nécessaires à la préservation du droit préférentiel en faisant prévaloir les intérêts de la caution sur ceux du débiteur principal, des autres garants et même éventuellement sur les siens propres, renforçant ainsi le caractère subsidiaire du cautionnement.

Pour M. Houtcieff (« Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution » RTD civ. 2006, p. 191 et suivantes), la liberté du créancier est la source de sa contrainte.

Ainsi, dès lors que la conservation de la sûreté requiert un fait positif ne dépendant que de sa seule volonté et qu'il peut accomplir sans subir aucun préjudice, l'abstention du créancier doit entraîner la décharge de la caution. Mais cet auteur limite, dans un souci d'équilibre, les devoirs du créancier en ajoutant que réciproquement, dès lors que la survie de la sûreté dépend d'un aléa extérieur au créancier ou qu'elle lui causerait un dommage tel que des frais excessifs par rapport à l'enjeu de la garantie, il ne peut lui être tenu rigueur de n'avoir pas agi.

#### d) La solidarité

En revanche, allant plus loin, certains auteurs soutiennent que le créancier doit faire preuve envers la caution d'un minimum de solidarité.

Pour M. Lucas (Revue de droit bancaire et financier 2003, p. 293), même s'il est certain d'être payé par la caution, le créancier ne doit pas avoir une attitude égoïste. Il ne doit pas seulement préserver les droits et actions que la caution subrogée pourra exercer, mais prendre des initiatives en vue de défendre les intérêts de celle-ci.

A défaut pour lui de se soucier du sort de la caution, sa désinvolture sera sanctionnée par la perte du recours contre cette dernière.

Selon M. Legeais (Actualité des procédures collectives, 24 juillet 2003, n° 13, p. 1), le créancier ne doit pas avoir en vue ses seuls intérêts. Il doit exercer la faculté dont il dispose lorsque son non-exercice est préjudiciable à la caution.

Pour MM. Cabrillac et Petel (JCP 2003, éd. G, Chronique redressement et liquidation judiciaire des entreprises, n° 45), le créancier a le devoir de préserver la situation de la caution quitte à assumer un risque raisonnable.

En définitive, la décision de la chambre mixte dépendra de la conception qu'elle se fait des rapports contractuels entre le créancier et la caution.

Si elle retient que le créancier qui ne s'est pas engagé envers la caution à transformer une sûreté judiciaire provisoire en sûreté définitive ne peut être tenu d'aucune obligation à cet égard et n'encourt pas, dès lors, la déchéance prévue par l'article 2037 du code civil, elle rejettera le pourvoi.

Si la chambre mixte considère, à l'inverse, conformément aux idées sous-tendant les décisions de la chambre commerciale de 2003 sur l'exercice d'une faculté par un créancier gagiste, qu'un créancier normalement diligent, lorsqu'il est garanti par un cautionnement, ne peut se désintéresser du sort de la caution et ne se préoccuper que de ses propres intérêts, elle jugera que celui-ci devait transformer le nantissement provisoire en nantissement définitif, formalité qui dépendait de sa seule volonté et à laquelle il pouvait procéder sans subir aucun préjudice, elle censurera alors la décision attaquée.

# *Avis de Mme Petit*

## *Premier avocat général*

Ainsi que l'écrivait, avec sa clairvoyance coutumière, le doyen Carbonnier : « *le domaine des contrats unilatéraux - tels que... le cautionnement - est rempli de ces zones indécises que la sociologie affectionne où droit, morale, mœurs, fait-droit et non-droit, tout se mêle et s'efface* »<sup>1</sup>.

Les divergences jurisprudentielles et doctrinales quant aux conditions d'application des dispositions de l'article 2037 du code civil (devenu article 2314 sans modification) selon lequel *la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution*, illustrent parfaitement cette complexité.

Il est également révélateur de constater que ce texte a été invoqué plus de 530 fois devant votre Cour depuis 1960, avec une utilisation de plus en plus fréquente<sup>2</sup>.

Ainsi, le mouvement de balancier qui incline, selon les périodes, en faveur des intérêts de la caution ou de l'efficacité de la sûreté est en constante recherche d'un point d'équilibre.

Il est sûr que l'accumulation des sûretés par le créancier a donné à la règle de l'article 2037 du code civil une importance accrue par la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 qui a prohibé toute renonciation au bénéfice de ce texte.

Saisie de la question de principe qui consistait à savoir si le créancier bénéficiaire d'un cautionnement et également titulaire d'un gage commet un fait fautif en ne demandant pas l'attribution judiciaire de son gage, la chambre mixte de votre Cour s'est prononcée par arrêt du 10 juin 2005 en affirmant « *qu'en retenant que la banque avait renoncé au bénéfice du gage, la cour d'appel en a exactement déduit que la caution était déchargée de son obligation* ».

Aujourd'hui, le pourvoi qui suscite la réunion solennelle de votre assemblée, pose une interrogation voisine : **le créancier qui, le même jour, obtient un cautionnement et inscrit un nantissement provisoire sur un fonds de commerce commet-il un fait fautif, au sens de l'article 2037 du code civil, en ne prenant pas une inscription définitive sur ce fonds ? En d'autres termes, la caution peut-elle bénéficier de la décharge de son engagement sur le fondement de l'article 2037 du code civil lorsque le créancier s'est abstenu d'exercer la faculté d'inscrire un nantissement définitif sur le fonds de commerce ?**

A partir de l'examen des données spécifiques du présent pourvoi et après un bref rappel des conditions d'application de l'article 2037 du code civil (I), il convient de cerner la notion de « droit préférentiel » dans le cadre du bénéfice de subrogation, s'agissant en l'espèce d'un nantissement sur fonds de commerce (II), puis d'analyser « le fait du créancier » vu sous l'angle de l'incidence de son comportement sur le dépérissement du droit préférentiel (III), l'ensemble de ces éléments devant nous permettre d'apporter une réponse de nature à clarifier la sanction originale prévue par ce texte (IV).

\*  
\* \*

## **I. - Les dispositions de l'article 2037 du code civil au regard du présent pourvoi**

### **A. - Faits et procédure**

Autorisée par ordonnance en date du 22 mars 1978, la SA Comptoir Bigourdan de l'Electronique (CBE) a inscrit le 23 mars 1978 un nantissement judiciaire provisoire sur le fonds de commerce appartenant à M. Y...-Z... pour avoir conservation de la somme de 291 000 francs due au titre de traites impayées.

M. et Mme X... et Mme Y...-Z... se sont, par acte sous seings privés en date du 23 mars 1978, engagés en qualité de cautions solidaires de M. X... envers la SA CBE pour une somme de 300 000 francs.

Par jugement en date du 12 février 1980, le tribunal de grande instance de Tarbes a condamné M. et Mme X... et Mme Y...-Z... à payer, en qualité de cautions de M. Y...-Z..., à la SA CBE la somme principale de 291 000 francs outre intérêts de droit à compter du jour de l'échéance des traites impayées.

Le tribunal de commerce de Tarbes, par jugement en date du 12 mai 1980, a ouvert la procédure de règlement judiciaire de M. Y...-Z... qui a été, selon décision en date du 2 juin 1980, convertie en procédure de liquidation des biens.

La SA CBE, qui avait été autorisée par un jugement du tribunal d'instance de Tarbes rendu le 25 novembre 1993 à saisir les rémunérations de Mme X... à hauteur de la somme de 293 000 francs, a engagé une procédure de saisie immobilière à l'encontre des époux X....

M. X... ayant déclaré son état de cessation de paiements, le tribunal de commerce de Tarbes a ouvert une procédure de redressement judiciaire à son encontre par un jugement rendu le 7 juillet 1997.

Le juge-commissaire a admis la SA CBE au passif du redressement judiciaire de M. X... pour la somme de 746 040,99 francs à titre chirographaire et celle de 10 638,28 francs à titre privilégié.

<sup>1</sup> Cf. Flexible droit, LGDJ 10<sup>e</sup>, éd., 2001.

<sup>2</sup> Cf. D. Houtcief, RTD Civ. avril-juin 2006.

Par arrêt du 18 avril 2000, la cour d'appel de Pau, saisie par M. X... sur le fondement de l'article 2037 du code civil d'une demande de décharge de son obligation de caution à l'égard de la SA CBE, en raison de la carence de celle-ci qui a négligé pendant deux années de rendre définitif le nantissement provisoire inscrit le 23 mars 1978, le privant de la possibilité d'être subrogé dans le bénéfice de ce privilège et de bénéficier des dispositions de l'article 23 de la loi du 17 mars 1909, a fait droit à sa demande. Elle a souligné que la garantie provisoire existait au jour de son engagement et que la caution avait pu croire que la SA CBE la rendrait définitive.

Par arrêt du 20 octobre 2002, la première chambre de votre Cour a cassé, au visa de l'article 2037 du code civil, pour défaut de base légale, la décision de la cour d'appel de Pau énonçant :

- 1) qu'elle n'avait pas relevé que le créancier s'était obligé à rendre définitif le nantissement litigieux ;
- 2) qu'elle avait déchargé la caution de la totalité de son obligation sans vérifier, ainsi qu'il lui était demandé, quelle était la valeur des droits pouvant lui être transmis par subrogation et dont elle avait été privée par le fait exclusif du créancier.

Sur renvoi, la cour d'appel d'Agen, par arrêt du 30 juin 2004, a confirmé l'ordonnance du juge-commissaire rendue le 7 septembre 1998 aux motifs « *qu'il résulte des dispositions de l'article 2037 du code civil que la caution ne saurait reprocher au créancier de ne pas avoir conservé un droit qu'il pouvait ne pas acquérir définitivement et sur lequel par conséquent, elle ne pouvait pas compter ; que le fait de ne pas rendre définitif le nantissement judiciaire provisoire d'un fonds de commerce en l'absence d'engagement pris par le créancier sur ce point ne constitue pas un fait susceptible de décharger la caution de son obligation* ».

## B. - Pourvoi de M. X...

Il formule **un moyen unique** : « *alors que le créancier qui, ayant pris un nantissement provisoire sur le fonds de commerce obtient le même jour un cautionnement permettant à la caution une subrogation, ne peut plus se borner à agir dans son strict intérêt personnel mais doit prendre en compte les intérêts de la caution, en sorte qu'il s'oblige nécessairement à rendre définitif le nantissement ; qu'en décidant néanmoins le contraire, la cour d'appel a violé les articles 2037 et 1134, alinéa 3, du code civil* ».

Invoquant la jurisprudence de la chambre commerciale et notamment les arrêts du 9 mai 1994, (Com., Bull. 1994, IV, n° 169) et 20 juillet 1973, (Bull. 1973, IV, n° 259) selon lesquels la caution doit être déchargée lorsqu'elle pouvait légitimement croire, nonobstant l'absence de toute convention expresse sur ce point, que le créancier constituerait un droit préférentiel qu'il n'a finalement pas constitué ou qu'il a perdu, le demandeur au pourvoi rappelle que par arrêt du 11 avril 1995, pourvoi n° 93-16.811, la chambre commerciale a admis que le fait pour une banque de ne pas constituer un nantissement sur l'outillage et le matériel que le prêt avait pour objet de financer permettait à la caution d'être déchargée à hauteur de ce nantissement dès lors qu'elle pouvait légitimement croire que ce droit préférentiel serait constitué.

Il fait valoir qu'en se faisant consentir un cautionnement après avoir obtenu un nantissement provisoire sur le fonds de commerce du débiteur, la société CBE s'engageait nécessairement à l'égard de la caution, qui s'est elle-même engagée au vu du bénéfice de subrogation dans le nantissement, à inscrire définitivement cette sûreté.

Selon lui, l'exécution de bonne foi par le créancier du contrat de cautionnement implique qu'il ne puisse se borner à agir dans son strict intérêt personnel d'autant que par arrêt du 13 mai 2003 (Bull. 2003, IV, n° 73), la chambre commerciale a admis que commet une faute à l'égard de la caution, au sens de l'article 2037 du code civil, le créancier gagiste qui ne demande pas l'attribution judiciaire du bien gagé quand bien même cette demande ne constitue pour le créancier qu'une simple faculté.

**En réponse**, la société Comptoir bigourdan de l'Electronique expose que la quasi-concomitance des deux sûretés n'impliquait pas de lien spécifique ; elle rappelle la jurisprudence de la première chambre civile et notamment l'arrêt du 2 octobre 2002 concernant cette espèce, ajoutant que la valeur des droits qui auraient pu être transmis par subrogation à M. X... était inexistante puisque le fonds de commerce n'a été vendu par le liquidateur que pour la somme de 4 573,47 euros.

C'est dans ces conditions que, par arrêt du 3 mai 2006, la première chambre de votre Cour a décidé le renvoi du présent pourvoi devant la chambre mixte.

## C. - Bref rappel des conditions d'application de l'article 2037 du code civil

Institution originale, unique dans notre système juridique, le bénéfice de subrogation n'a pas d'équivalent sauf peut-être en matière d'assurance ; il est cependant commun à tous les systèmes juridiques occidentaux<sup>3</sup>.

Le texte se situe dans le prolongement de l'article 2079 du code civil selon lequel la caution qui a payé la dette est subrogée dans tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur ; cet article n'est lui-même qu'une application de l'article 1251-3 du code civil<sup>4</sup>. L'idée générale est donc que la caution doit bénéficier de la cession des actions contre le débiteur principal dont disposait le créancier.

<sup>3</sup> Cf. C. Mouly, Litec 1979, n° 387, p. 493, les causes d'extinction du cautionnement.

<sup>4</sup> Cf. Ph. Simler, J.-Cl. civil, Cautionnement, art. 2011 à 2043, fasc. 70.

On sait que la jurisprudence et la doctrine<sup>5</sup> ont progressivement dégagé trois conditions cumulatives pour que la caution puisse bénéficier de ce texte laconique :

- celle-ci doit se trouver privée des avantages de la subrogation dans un droit, une hypothèque ou un privilège du créancier ;
- cette perte doit être intervenue « par le fait du créancier » ;
- enfin, la libération de la caution est subordonnée à la condition qu'elle ait éprouvé un préjudice, celui-ci étant la mesure de sa décharge.

C'est donc au regard de ces exigences qu'il convient d'analyser la pertinence du moyen formulé par le pourvoi.

\*  
\* \*

## **II. - A la recherche d'une définition de la notion du « droit préférentiel » de l'article 2037 du code civil et son incidence sur l'inscription provisoire du nantissement sur le fonds de commerce**

### **A. - Le droit préférentiel dans le cadre de l'article 2037 du code civil**

#### **1. Définition du droit préférentiel**

La notion de droit préférentiel a été définie<sup>6</sup> comme visant « *tout droit susceptible de conférer à son titulaire une facilité plus grande dans la perception de sa créance* ».

L'identification précise des droits préférentiels conditionne l'application de l'article 2037 ; dans un arrêt du 22 mai 2002 (*Bull.* 2002, I, n° 139) la première chambre de votre Cour a précisé que « *la cour d'appel ayant constaté que les cautions n'avaient aucunement indiqué quel droit précis, susceptible de permettre une subrogation, avait été perdu du fait de la seule inaction du créancier, en a exactement déduit que les conditions d'application de l'article 2037 n'étaient pas réunies* ».

Votre contrôle sur la notion de droit préférentiel s'avère donc particulièrement effectif<sup>7</sup> mais cerner la notion de droit préférentiel n'est pas chose aisée<sup>8</sup>. Il est cependant constamment reconnu que « *le droit préférentiel confère au créancier un avantage particulier pour le recouvrement de sa créance, ce qui n'est pas le cas du gage général institué par l'article 2092 du code civil* » (1<sup>re</sup> Civ., 21 mars 1984, *Bull.* 1984, I, n° 111).

En réalité, votre Cour affirme le caractère essentiellement empirique du droit préférentiel. *In concreto*, ce droit n'existe que s'il est susceptible de conférer une véritable position privilégiée au jour où la caution invoque l'application de l'article 2037 ; c'est à partir du moment où le créancier dispose d'un droit qui lui permet d'éviter le concours avec des créanciers chirographaires que ce droit se voit attribuer un caractère préférentiel.

**Selon la jurisprudence, certaines situations sont exclusives du bénéfice de l'article 2037<sup>9</sup> :**

- le droit de gage général (1<sup>re</sup> Civ., 21 mars 1984, *Bull.* 1984, I, n° 111) ;
- la prorogation du terme consenti par le créancier au débiteur (Com., 30 octobre 2000, RJDA 2001, n° 231 ; 1<sup>re</sup> Civ., 27 février 1968, *Bull.* 1968, I, n° 81 ; Com., 24 avril 1972, *Bull.* 1972, IV, n° 118) ;
- le manquement du créancier à l'obligation de renseignement envers la caution (Com., 24 juin 1969) ;
- la promesse d'hypothèque (1<sup>re</sup> Civ., 12 mars 2002, *Bull.* 2002, I, n° 87).

**D'autres emportent décharge de la caution :**

Ce sont, au premier chef, toutes les variétés de sûretés conventionnelles, légales ou judiciaires, réelles ou personnelles :

- l'hypothèque ;
- le gage automobile ;
- le warrant agricole ;
- le nantissement du fonds de commerce<sup>10</sup> ;
- le privilège de vendeur d'immeubles ;
- le droit de rétention ;
- le droit de propriété réservée<sup>11</sup> ;
- un autre cautionnement ;

<sup>5</sup> Cf. Rapport du conseiller rapporteur et avis de l'avocat général, *Bulletin d'information de la Cour de cassation* n° 623 du 15 juillet 2005.

<sup>6</sup> Cf. Mouly, *opus* cité, n° 411.

<sup>7</sup> Cf. Com., 1<sup>er</sup> avril 1967, *Bull.*, III, n° 134.

<sup>8</sup> Cf. E. Cordelier, RTD com., octobre-décembre 2004.

<sup>9</sup> Cf. P. Simler, J.Cl. civil, Cautionnement, fasc. 70 : n° 38 et s.

<sup>10</sup> Cf. Com., 3 novembre 1975, *Bull.* 1975, IV, n° 247.

<sup>11</sup> Cf. Com., 11 juillet 1988, *Bull.* 1988, IV, n° 237.

- la limitation de l'inscription du nantissement<sup>12</sup> ;
- très récemment, le non-recouvrement par le créancier d'une créance de loyers cédée<sup>13</sup>.

Cet inventaire, non exhaustif, est tout à fait révélateur de l'extrême complexité de la définition du droit préférentiel dans le cadre de l'article 2037 et de la volonté de la jurisprudence d'adopter des solutions pragmatiques.

Certains auteurs<sup>14</sup> affirment d'ailleurs que l'étendue de l'exception de non-subrogation est moins liée à la notion de sûreté qu'à celle de droits et actions accessoires à la créance et susceptibles d'être compris dans l'effet translatif de la subrogation dont la caution *solvens* a été privée.

Rappelons enfin que, selon la doctrine, le bénéfice de non-subrogation concerne également les droits préférentiels « incomplets », « inachevés » qui existent « en germe » dès la conclusion du contrat<sup>15</sup>.

## 2. Ce droit préférentiel ne doit pas avoir été perdu

### - un droit préférentiel existant au moment du cautionnement :

Il faut que le recours subrogatoire de la caution puisse être efficacement mis en œuvre à la date où le créancier lui demande de payer et que ce recours lui offre une réelle préférence. Ainsi, l'absence de renouvellement d'inscription<sup>16</sup>, le défaut d'inscription modificative<sup>17</sup> sont autant de circonstances qui constatent la perte d'un droit préférentiel ; il en est de même pour la mise en œuvre trop tardive des sûretés<sup>18</sup>.

### - un droit préférentiel légitimement escompté par la caution :

La première chambre civile a ainsi énoncé dans son arrêt du 9 mai 1994 - pourvoi n° 91-21.162 : « la cour d'appel a retenu que M. X... pouvait légitimement croire à l'existence de la garantie prévue dans l'acte et constaté que la caisse n'avait pas accompli les démarches nécessaires pour inscrire le nantissement sur le fonds de commerce... »<sup>19</sup> ; il s'agit d'une dimension « subjective » du droit préférentiel construite par la jurisprudence, qui a pris en considération la volonté des parties alors que l'article 2037 du code civil ne l'y invite pas.

De même, la jurisprudence opère une sélection « temporelle » des droits préférentiels en considérant que ceux-ci ne peuvent être invoqués à l'appui de l'article 2037 du code civil que s'ils avaient été convenus par les parties ou si la caution pouvait légitimement croire à leur constitution. Selon cette jurisprudence, le droit préférentiel postérieur au cautionnement ne pourrait bénéficier à la caution<sup>20</sup>.

Cependant, l'exigence de la croyance légitime semble être remise en cause<sup>21</sup>. Un courant doctrinal considère à l'heure actuelle que même si elle ignore l'existence du droit préférentiel lors de son engagement, la caution demeure protégée par l'article 2037 du code civil<sup>22</sup>. Est critiquée une vision restrictive du droit préférentiel, aucune limite temporelle ne devant entraver les droits concernés dès lors que le recours subrogatoire permet d'exercer tous les droits préférentiels qui appartenaient au créancier, quel que soit le moment de leur constitution, la volonté des parties ne pouvant intervenir pour restreindre le champ d'application de l'article 2037.

## B. - Le droit préférentiel au regard de la nature juridique de l'inscription d'un nantissement sur un fonds de commerce

### Sa nature proprement dite :

On sait que le nantissement est l'opération contractuelle ou judiciaire par lequel un fonds de commerce est affecté au paiement d'une dette sans que le créancier soit mis en possession du bien qui constitue l'assiette de sa garantie. L'inscription définitive donnera rang à la sûreté à la date de la formation initiale<sup>23</sup>.

Le nantissement de fonds de commerce est régi par les articles L. 142-1 et suivants du code de commerce, mais aussi notamment par l'article 2154-1 du code civil.

### L'inscription d'un nantissement :

En ce qui concerne l'inscription d'un nantissement, les règles de formes sont particulièrement strictes s'agissant d'un nantissement conventionnel. Ainsi selon l'article L. 42-4 du code de commerce l'inscription doit être prise, **à peine de nullité** du nantissement, dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif.

### Le cas du renouvellement d'un nantissement :

Concernant le renouvellement d'une inscription d'un privilège, l'article L. 143-19 du code de commerce dispose que celui-ci ne vaut que **pendant dix ans à compter du jour de sa date** et son effet cesse si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai.

<sup>12</sup> Cf. Com., 3 février 1998, Bull. 1998, IV, n° 57.

<sup>13</sup> Cf. Com., 3 mai 2006, pourvois n° 04-172.83 et n° 04-17.396, JCP, éd. entreprise et affaire, 6 juillet 2006, 1206, note D. Legeais ; Banque et droit, n° 108, juillet-août 2006, N. Rontchevsky et F. Jacob.

<sup>14</sup> Cf. J. Mestre, E. Putman et M. Billau, Droit commun des Sûretés réelles, LGDJ.

<sup>15</sup> Cf. E. Cordellier, RTD com., octobre-décembre 2004.

<sup>16</sup> Cf. Com., 26 avril 2000, D. 2000, obs Faddoul.

<sup>17</sup> Cf. Com. 3 février 1998, D. 1998, J.S 83, note JP Chazac.

<sup>18</sup> Cf. 1<sup>re</sup> Civ., 26 janvier 1999, RD bancaire et bourse 99.77 - obs. Contamine, Raynaud.

<sup>19</sup> Cf. Com., 15 février 2000, pourvoi n° 96-19-175, D. 2000, JPP 13, obs. Faddoul.

<sup>20</sup> Cf. Com. 21 février 1977, Bull. 1977, IV, n° 54 ; Com., 25 janvier 1994, Bull. 1994, IV, n° 30.

<sup>21</sup> Cf. E. Cordellier, RTD com. 1994, précité ; L. Aynes et P. Crocq, Les sûretés, Defrenois, éd. 2004, n° 283.

<sup>22</sup> Cf. S. Betant Robet, Cabrillac, C. Mouly, Mestre, Putman, Billau.

<sup>23</sup> Cf. J.-Cl. com. fasc. 2005, Fonds de commerce, nantissement E. Garaud.

L'article L. 143-20, alinéa 1, du code de commerce énonce « *que les inscriptions sont rayées, soit du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, soit en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée* ».

Ce dernier article laisse peu de doute sur le caractère contraignant de l'inscription ou de son renouvellement mais aussi et surtout de son abandon. Il suppose soit un accord des parties, et dans ce cas le créancier n'est pas totalement libre de tout mouvement, soit un jugement passé en force de chose jugée.

En cas de survenance de l'effet légal du nantissement d'un fonds de commerce (notamment en cas de réalisation du gage et lorsque le prix est définitivement fixé), la jurisprudence de la chambre commerciale reconnaît au renouvellement un **caractère obligatoire du moins jusqu'au paiement du prix ou sa consignation**<sup>24</sup>.

#### **Le cas du nantissement judiciaire :**

Lié à une autorisation judiciaire préalable, le nantissement judiciaire est pris à titre conservatoire et suppose deux conditions : une créance fondée en son principe tout d'abord, dont le recouvrement serait menacé ensuite. L'autorisation du juge est caduque dès lors que la mesure conservatoire n'a pas été exécutée dans un délai de trois mois à compter de l'ordonnance (article 214 du décret n° 92-755, du 31 juillet 1992), le créancier doit donc procéder à l'inscription provisoire de la sûreté dans ce délai<sup>25</sup>.

En somme, qu'il s'agisse du nantissement conventionnel ou judiciaire, la formalité de l'inscription ou de son renouvellement revêt un caractère contraignant tout simplement parce qu'elle suppose l'observation de délais pour la garantie des droits des tiers.

Il s'ensuit que dans le cas de l'espèce, nous nous trouvons bien en présence d'un droit préférentiel « inachevé » au sens de l'article 2037 du code civil.

\*  
\* \*

### **III. - « Le fait du créancier » vu sous l'angle de l'incidence de son comportement dans l'acquisition ou la préservation de ses droits préférentiels**

Le moyen du pourvoi fait expressément grief au créancier de ne pas avoir pris en compte les intérêts de la caution, du fait de la non-inscription définitive de son nantissement, et de s'être borné à agir dans son strict intérêt personnel.

C'est donc l'analyse du comportement du créancier vis-à-vis de la caution sur lequel il convient de se pencher.

Malgré l'ambiguïté du terme « fait », il est quasi unanimement admis que l'article 2037 du code civil exige une faute du créancier<sup>26</sup> mais les exigences jurisprudentielles sont plus ou moins rigoureuses selon que l'on privilégie la protection de la caution ou la liberté du créancier dans le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance.

#### **A. - La faculté de non-exercice par le créancier de son droit préférentiel**

Doctrine et jurisprudence sont profondément divisées sur ce sujet.

Selon l'analyse de G. Lecuyer<sup>27</sup>, il existe deux types de faculté d'exercice des droits préférentiels : d'un côté la faculté de non-exercice qui ouvre au créancier une option entre exercice et défaut d'exercice du droit préférentiel, de l'autre la faculté de réalisation qui offre au créancier une alternative dans les modes d'exercice de la sûreté (par exemple, le gage dont l'issue prévue par l'article 2078 du code civil est soit la vente assortie du paiement préférentiel soit l'attribution en pleine propriété).

Dans le cas présent, nous sommes dans l'hypothèse de la faculté de conforter un droit préférentiel.

#### **1. La jurisprudence**

- **pour la première chambre civile**, à partir du moment où le droit perdu s'analyse en une simple faculté pour le créancier, il n'est pas fautif s'il n'exerce pas cette prérogative<sup>28</sup> ; c'est cette position qu'elle a reprise dans l'arrêt du 2 octobre 2002 en réponse au pourvoi de la société CBE.

- **pour la chambre commerciale**, dont la jurisprudence a évolué sur ce point, le créancier commet une faute au sens de l'article 2037 du code civil en ne demandant pas l'attribution judiciaire du gage<sup>29</sup>, position renforcée par un arrêt récent du 3 mai 2006<sup>30</sup> qui a énoncé qu'en s'abstenant d'exercer le choix dont il bénéficiait, le prêteur a obligé la caution à payer une dette provoquée par son inaction, imposant ainsi au créancier de recouvrer le montant des créances cédées dans le cadre d'une délégation de loyer.

<sup>24</sup> Cf. Com., 14 janvier 1997, *Bull.* 1997, IV, n° 15 ; D. 1997, 315, rapp. Rémery ; somm. 213, obs Honorat ; RTD com. 1997, 432 obs. Derrupé ; 502, obs. Bouloc.

<sup>25</sup> A. Reygrobelle, fonds de commerce, Dalloz action, éd. 2005/2006, n° 73.138, p. 654.

<sup>26</sup> Cf. Planiol et Ripert, n° 1560, Marty, Raynaud, Jestaz, n° 620.

<sup>27</sup> Cf. Revue droit civil 2005, n° 19, Actualités sûretés, éd. Lamy.

<sup>28</sup> Cf. 1<sup>re</sup> Civ., 22 mai 2002, *Bull.* 2002, I, n° 133, D. 2002, AJ, p. 2403, obs. Avena Roberdet.

<sup>29</sup> Cf. Com., 13 mai 2003, *Bull.* 2003, IV, n° 71.

<sup>30</sup> Cf. JCP 2006, éd. entreprises et affaires, n° 27-28 du 6 juillet 2006. Pourvoi n° 04-17.283.



## 2. La doctrine

Deux courants coexistent ; l'un s'inspire des théories dites solidaristes, l'autre contractualistes, théories qui ont été développées devant votre Cour lors des débats ayant précédé l'arrêt de la chambre mixte du 10 juin 2005.

Les nombreux commentaires de cette décision éclairent les deux positions dominantes<sup>31</sup>.

Les uns considèrent que le non-exercice d'une simple faculté ne peut être constitutif d'une faute, les autres estimant que le défaut d'exercice d'une faculté est fautif s'il prive la caution d'un droit préférentiel.

### - En faveur de la position de la première chambre civile<sup>32</sup>

Il est tout d'abord rappelé que le cautionnement est un contrat unilatéral, conclu dans l'intérêt exclusif du créancier qui ne peut être sanctionné que dans l'hypothèse où il commet une faute, ce qui n'est pas le cas d'une simple faculté.

Le créancier, sauf fraude ou abus, bénéficie d'une liberté de choix. Cette solution correspond au rôle des sûretés, dont le but consiste à renforcer la sécurité du créancier. S'il a sollicité et obtenu plusieurs garanties, il doit pouvoir choisir celle qui présente pour lui le plus d'intérêt. C'est la solution retenue par l'article 22 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 relative aux mesures d'exécution qui prévoit que « *le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance* ».

De plus, par définition, une faculté n'est pas une obligation, la chambre commerciale ayant elle-même rappelée dans un arrêt du 2 juin 2004 (*Bull.* 2004, IV, n° 106) que le créancier titulaire de plusieurs garanties est parfaitement en droit de choisir celle qu'il met en œuvre.

En outre, la valeur de la sûreté est une notion variable selon les circonstances et les personnes ; le seul reproche que pourrait lui faire la caution serait d'avoir laissé dépérir l'ensemble des prérogatives.

Enfin, il est relevé que le droit des garanties n'est pas, par nature, un espace de confraternité entre les cocontractants !

### - En faveur de la position de la chambre commerciale<sup>33</sup>

Les auteurs soulignent que la caution n'est pas un débiteur de premier rang, son intervention est conjoncturelle, liée à la défaillance accidentelle du débiteur dont elle garantit le paiement ; son concours ne doit pas aboutir à lui faire supporter le poids de la dette.

La notion de faculté renvoie à l'idée d'une prérogative ouvrant une option à son titulaire lui permettant de faire naître une situation juridique nouvelle. En dépassant la lettre de l'article 2037 du code civil qui mentionne le simple « fait » du créancier et en exigeant un comportement fautif de sa part comme cause de la perte d'efficacité du recours subrogatoire de la caution, la jurisprudence autorise la discussion sur la portée de la faculté.

Il n'est pas indifférent que le créancier ait le choix des armes<sup>34</sup> ; si l'appréciation conférée au créancier peut être considérée comme souveraine, ce n'est qu'aux termes d'un arbitrage entre ses intérêts et ceux du débiteur.

La relation triangulaire formée entre le créancier, le débiteur et la caution implique de considérer « la faculté » en fonction de l'intérêt de la caution<sup>35</sup>. Or, l'intérêt de la caution est de bénéficier de la subrogation dans les droits préférentiels du créancier. La « faculté » est éclipsée par la notion de droit préférentiel.

Dans une « conception subjective » de la notion de droit préférentiel, le créancier est comptable envers la caution de tous les droits préférentiels, il doit s'assurer de la conservation de tout droit préférentiel acquis ; la « faculté » disparaît alors du paysage de l'article 2037 du code civil.

## B. - Les enseignements de l'arrêt de la chambre mixte du 10 juin 2005

A la question de principe qui était alors posée par le pourvoi, vous avez répondu « *qu'en retenant que la banque avait renoncé au bénéfice du gage, la cour d'appel en a exactement déduit que la caution était déchargée de son obligation* ».

Selon Ph. Simler<sup>36</sup>, si la chambre mixte n'a pas tranché la difficulté, l'arrêt peut néanmoins être interprété dans le sens de l'application de l'article 2037 dans l'hypothèse du défaut d'exercice de la faculté d'attribution du gage car, en fait, c'est bien à l'attribution judiciaire et à elle seule que la banque a renoncé en renonçant au nantissement puisqu'il n'y avait pas en l'espèce de droit de rétention et que la vente forcée était également fermée.

**Quoi qu'il en soit, la doctrine attend désormais unanimement une clarification sur la question posée.**

\*  
\* \*

<sup>31</sup> Cf. Ph. Simler, JCP 2005, éd. G, n° 40, 5 octobre 2005, II, 10130.

<sup>32</sup> Cf. S. Piedelievre, Recueil Dalloz 2005, JP, p. 2020 - D. Legeais, JCP 2005, éd. entreprise et affaire, n° 29, 21 juillet 2005, 1088 ; F. Jacob, Banque et droit, n° 102, juillet-août 2005 ; M. Lecorre, X. Delpech, Recueil Dalloz 2005, som. commentés, p. 1773.

<sup>33</sup> Cf. Ph. Simler, JCP 2005, éd. G, n° 40 précité ; E. Cordelier, RTD com. 2004 précité ; D. Houtcieff, RTD civ. avril-juin 2006 ; Y. Picod, Droit et procédures, n° 6, novembre-décembre 2005 ; G. Lecuyer, Revue de droit civil 2005, n° 19 précité.

<sup>34</sup> Cf. L. Aynes, Dalloz 2004, Som., p. 2708.

<sup>35</sup> Cf. Mouly -Cabrillac, Droit des sûretés, n° 262 - Ph. Simler, juriscasseur civ. précité, fasc. 70, n° 60.

<sup>36</sup> Cf. JCP 2005, éd. G, n° 40 précité.

#### **IV. - En définitive, la non-inscription définitive du nantissement inscrit provisoirement sur un fonds de commerce constitue-t-elle « un fait du créancier » susceptible de décharger la caution ?**

- **La réponse est tributaire du fondement de l'article 2037 du code civil**

Une partie importante de la doctrine considère que l'article 2037 du code civil constitue un cas de **responsabilité contractuelle**, le créancier ayant tacitement pris l'engagement de conserver au profit de la caution les droits, privilèges et hypothèques dans lesquels celle-ci pourrait, le cas échéant, être subrogée<sup>37</sup>, mais l'assimilation du bénéfice de subrogation à la responsabilité contractuelle jure avec l'unilatéralité du cautionnement, étant de surcroît rappelé que la responsabilité contractuelle entraîne une réparation donnant lieu à des dommages-intérêts alors que la décharge de la caution conduit par définition à l'extinction pure et simple de sa dette.

De même, la **cause** a été, pendant un temps, considérée comme un fondement juridique possible dès lors que la perspective de la subrogation pouvait constituer pour la caution une donnée déterminante de son engagement.

La **condition** a emporté également la conviction de divers auteurs<sup>38</sup> et certains arrêts s'y sont référés<sup>39</sup>.

En réalité, il apparaît que l'article 2037 du code civil est un mécanisme autonome, *sui generis*, irréductible à un cas de responsabilité contractuelle<sup>40</sup>.

Il s'agit bien d'une déchéance légale, procédé technique neutre, nous dit C. Mouly, qui n'est ni une responsabilité ni une sanction morale, mais simplement la privation d'un recours.

En *Common law*, c'est peut-être l'idée « *d'estoppel* » qui traduit le mieux cette solution de conflit d'intérêt.

**Le bénéfice de subrogation est donc une déchéance propre au droit des sûretés, imposée par le législateur au créancier afin de protéger préventivement la caution pour des raisons d'équité lorsque le créancier contrevient aux devoirs de bonne foi et de loyauté qui sont rendus plus sévères par l'existence d'un droit préférentiel.**

Reflète de la prise en compte de la position accessoire de la caution éloignée de l'opération principale et qui n'est pas à même de contrôler l'étendue du risque ou d'éviter la perte des droits préférentiels, il a ainsi vocation à tempérer la rigueur d'une sûreté focalisée sur la protection des intérêts du créancier sans pour autant porter atteinte à son efficacité, la libération de la caution étant proportionnelle à son préjudice.

Ainsi que l'expliquent les professeurs Mouly et Cabrillac, cette déchéance qui frappe le créancier est la conséquence de sa conduite et non la conséquence des espoirs bien artificiellement présumés de la caution : l'étude des volontés n'a rien à voir avec le bénéfice de subrogation ; il s'ensuit que les droits préférentiels, même nés après la conclusion du cautionnement et perdus par le créancier, déchargent la caution à proportion de la valeur de ces droits.

« *Mode de libération qui n'entre dans le moule d'aucun concept éprouvé* »<sup>41</sup>, il importe d'autant plus que les conditions de sa mise en œuvre soient déterminées avec précision.

Le projet de réforme du droit des sûretés rédigé par la commission Grimaldi incluait une refonte d'ensemble du droit du cautionnement mais il a été malheureusement renvoyé à une date ultérieure.

- **Conséquences sur la solution du présent pourvoi**

Au vu de ce qui précède, il apparaît **que la sanction de l'article 2037 du code civil (article 2314 selon la nouvelle numérotation) oblige le créancier à préserver l'efficacité du recours subrogatoire de la caution**, contrairement à la position retenue par la cour d'appel d'Agen.

Je conclus donc à la **CASSATION** de l'arrêt rendu le 30 juin 2004.

<sup>37</sup> Cf. Planiol et Ripert, Chevalier, Mestre et Ancel, Dalloz 1989, n° 467.

<sup>38</sup> Cf. Marty, Raynaud, Jestaz, Les sûretés, Sirey 1987, n° 619.

<sup>39</sup> Cf. 1<sup>re</sup> Civ., 24 février 1982, *Bull.* 1982, I, n° 89.

<sup>40</sup> Cf. D. Houtcieff, Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution, *RTD civ.*, avril-juin 2006.

<sup>41</sup> Cf. Ph. Simler, juriscasseur 70, *Contrat*, n° 9.

### III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

#### ARRÊTS DES CHAMBRES

#### N° 138

##### *Accident de la circulation*

Tiers payeur. - Protocole assureurs-organismes sociaux.  
- Opposabilité. - Opposabilité à la victime. - Défaut.  
- Portée.

L'accord passé entre l'assureur et l'organisme social, dans le cadre du protocole assureurs-organismes sociaux, n'est pas opposable à la victime et l'assureur indemnise la victime en déduisant de l'indemnisation totale à laquelle elle a droit les prestations indemnitaires qu'elle a effectivement perçues des tiers payeurs.

**2<sup>e</sup> Civ. - 5 octobre 2006.**  
**Cassation sans renvoi**

N° 04-11.581. - C.A. Metz, 28 novembre 2002.

Mme Favre, Pt. - M. Mazars, Rap. - M. Benmakhoulouf, Av. Gén.  
- SCP Parmentier et Didier, Av.

#### N° 139

##### *Appel civil*

Procédure à jour fixe. - Pièces. - Pièces complémentaires.  
- Recevabilité. - Condition.

Dans le respect des dispositions de l'article 918 du nouveau code de procédure civile, l'appelant, ayant été autorisé à assigner à jour fixe, ne peut produire des pièces qui n'étaient pas jointes à sa requête qu'à la condition qu'elles visent à répondre à des arguments nouveaux présentés en appel par l'intimé.

La cour d'appel qui n'a pas procédé à ce constat n'a pas donné de base légale à sa décision.

**2<sup>e</sup> Civ. - 12 octobre 2006.**  
**Cassation**

N° 05-17.410. - C.A. Paris, 1<sup>er</sup> juin 2005.

Mme Favre, Pt. - M. Paul-Loubière, Rap. - M. Domingo, Av. Gén.  
- SCP Defrenois et Levis, SCP Boullez, Av.

#### N° 140

##### *Appel civil*

Recevabilité. - Pluralité de parties. - Litige indivisible.  
- Portée.

Viola l'article 529 du nouveau code de procédure civile la cour d'appel qui, pour déclarer irrecevable comme tardif l'appel formé par un assureur contre un jugement l'ayant condamné

à payer une certaine somme à une banque, ladite somme représentant une partie de celle que la banque avait elle-même été condamnée à payer à une société par le même jugement, retient que, le litige étant indivisible entre la société, l'assureur et la banque, cette dernière est en droit de se prévaloir de la signification du jugement faite par la société, alors qu'il n'aurait pas été impossible d'exécuter à la fois les décisions respectivement rendues au profit de la société et de la banque au cas où seul aurait été déclaré recevable le recours dirigé contre celle-ci.

**2<sup>e</sup> Civ. - 12 octobre 2006.**  
**Cassation**

N° 05-14.573. - C.A. Paris, 17 février 2005.

Mme Favre, Pt. - M. Boval, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Parmentier et Didier, Me Foussard, Av.

#### N° 141

##### *Appel correctionnel ou de police*

Effet dévolutif. - Etendue. - Appel de la partie civile seule.  
- Appel d'un jugement ayant déclaré l'action publique éteinte par l'effet de la prescription. - Effet.

Sur le seul appel de la partie civile d'un jugement déclarant l'action publique éteinte par l'effet de la prescription, les juges du second degré ne peuvent prononcer une peine.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui, sur le seul appel de la partie civile, a, après avoir réformé le jugement déféré ayant déclaré à tort l'action prescrite, condamné le prévenu à une amende du chef d'abus de biens sociaux.

**Crim. - 25 octobre 2006.**  
**Rejet et cassation par voie de retranchement sans renvoi**

N° 05-85.508 et 05-86.993. - C.A. Versailles, 9 juin et 13 octobre 2005.

M. Cotte, Pt. - M. Rognon, Rap. - Mme Commaret, Av. Gén.  
- SCP Gaschignard, SCP Baraduc et Duhamel, Av.

#### N° 142

##### *Arbitrage*

Sentence. - Appel. - Irrecevabilité. - Cas. - Arbitre ayant reçu mission de statuer comme amiable compositeur.  
- Amiable composition. - Renonciation dans l'acte de désignation des arbitres. - Défaut. - Vérification. - Office du juge.

Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui, pour déclarer irrecevable l'appel formé contre une sentence arbitrale,

retient que les parties sont expressément convenues que les arbitres devaient statuer comme amiables compositeurs et qu'il ne résultait pas de l'acte qu'elles se soient réservées une faculté d'appel sans rechercher si, dans l'acte de mission désignant les arbitres, les parties n'avaient pas renoncé sans équivoque à l'amiable composition au profit d'un arbitrage de droit, l'appel étant dès lors possible.

**1<sup>re</sup> Civ. - 3 octobre 2006.**  
**Cassation**

N° 04-19.929. - C.A. Bordeaux, 27 septembre 2004.

M. Ancel, Pt. - M. Falcone, Rap. - SCP Thomas-Raquin et Bénabent, SCP Parmentier et Didier, Av.

---

## N° 143

### *Arbitrage*

Sentence. - Nullité. - Cas. - Défaut de signature de l'un des arbitres. - Grief. - Absence d'influence.

En matière d'arbitrage interne, hors le cas de refus de signer de l'un des arbitres, mentionné par les autres, la sentence qui n'est pas signée par tous les arbitres doit être annulée même en l'absence de grief.

**1<sup>re</sup> Civ. - 3 octobre 2006.**  
**Cassation**

N° 05-12.959. - C.A. Aix-en-Provence, 4 janvier 2005.

M. Ancel, Pt. - Mme Pascal, Rap. - SCP Baraduc et Duhamel, Av.

---

## N° 144

### *Arbitrage*

Sentence. - Recours en annulation. - Cas. - Arbitre ayant violé une règle d'ordre public. - Violation d'une règle d'ordre public. - Contrôle du juge. - Etendue. - Limites.

Saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale, une cour d'appel n'a pas le pouvoir de contrôler la pertinence du raisonnement juridique par lequel les arbitres, statuant comme amiables compositeurs et en dernier ressort, se sont prononcés sur la question dont ils étaient saisis, le contrôle au fond de la sentence échappant au juge de l'annulation.

**1<sup>re</sup> Civ. - 3 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-14.099 et 05-14.507. - C.A. Paris, 20 janvier 2005.

M. Ancel, Pt. - M. Falcone, Rap. - SCP Monod et Colin, M<sup>e</sup> Rouvière, Av.

---

## N° 145

### *Assurance (règles générales)*

Primes. - Paiement. - Date. - Preuve. - Charge. - Détermination.

Un assureur ayant, par lettre recommandée distribuée le 10 juin 1994, mis en demeure un assuré de payer la prime d'assurance afférente à la police souscrite pour son véhicule automobile, puis, à la suite du paiement de la prime, remis en vigueur le contrat le 24 août 1994, viole l'article L. 113-3, alinéa 4, du code des assurances, ensemble l'article 1315 du code civil, une cour d'appel qui décide qu'il appartient à l'assureur de prouver que le paiement a été effectué après la survenance de l'accident dans lequel ce véhicule avait été impliqué le 22 août 1994, alors qu'il incombait à l'assuré de prouver que le paiement de la prime était antérieur à la veille du jour de remise en vigueur du contrat.

**2<sup>e</sup> Civ. - 5 octobre 2006.**  
**Cassation partielle**

N° 05-10.786. - C.A. Montpellier, 15 novembre 2004.

Mme Favre, Pt. - M. Grignon Dumoulin, Rap. - M. Benmakhlof, Av. Gén. - SCP Defrenois et Levis, SCP Gatineau, SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Vincent et Ohl, Av.

---

## N° 146

### *Atteinte à l'autorité de l'Etat*

Atteinte à l'administration publique commise par les particuliers. - Usurpation de titre. - Usage sans droit d'un titre dont les conditions d'attribution sont fixées par l'autorité publique. - Dan ou grade équivalent dans les disciplines relevant des arts martiaux délivré par un organisme non agréé.

Nul ne peut se prévaloir d'un dan ou d'un grade équivalent dans les disciplines sportives relevant des arts martiaux s'il n'a pas été délivré par la commission spécialisée des dans et grades équivalents de la fédération délégataire ou, à défaut, de la fédération agréée consacrée exclusivement aux arts martiaux.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui, pour relaxer des chefs d'usurpation de titre et de publicité de nature à induire en erreur un professeur de judo, titulaire du cinquième dan, retient que le titre de sixième dan dont il a fait état dans des annonces publicitaires après l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 1999, qui a attribué le monopole de la délivrance des dans à la commission spécialisée des dans et grades équivalents de la fédération délégataire, lui a été délivré avant cette entrée en vigueur et après l'annulation par le Conseil d'Etat du décret du 2 août 1993 fixant les conditions de délivrance de certains titres dans les disciplines relevant des arts martiaux, par un jury constitué par le syndicat national des enseignants professionnels de judo auquel il appartient.

**Crim. - 10 octobre 2006.**  
**Cassation**

N° 05-85.929. - C.A. Rennes, 29 septembre 2005.

M. Cotte, Pt. - M. Blondet, Rap. - M. Davenas, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

---

## N° 147

### *Avocat*

Aide juridique. - Aide juridictionnelle. - Audience des débats. - Représentation d'une partie. - Défaut. - Portée.

L'absence d'avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle à l'audience des débats ne fait pas, en soi, obstacle à ce qu'il soit statué. Ensuite, aucune disposition ne prévoit, dans la procédure sans représentation obligatoire, qu'une convocation soit adressée au conseil des parties. Enfin, c'est sans méconnaître les règles régissant l'aide juridictionnelle, le principe de la contradiction et les exigences du procès équitable qu'une cour d'appel, ayant constaté que l'appelante, qui s'était vu désigner un conseil pour l'assister au titre de l'aide juridictionnelle, avait été régulièrement convoquée mais n'avait pas comparu et ne s'était pas fait représenter à l'audience, a confirmé le jugement frappé d'appel.

**2<sup>e</sup> Civ. - 12 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-15.690. - C.A. Paris, 5 mars 2004.

Mme Favre, Pt. - M. Sommer, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, Av.

N° 148

### 1° Cassation

Pourvoi. - Pourvoi du ministère public. - Décision sur les intérêts civils. - Irrecevabilité.

### 2° Action civile

Extinction de l'action publique. - Survie de l'action civile. - Conditions. - Jurisdiction de jugement saisie avant l'extinction de l'action publique.

1° Le ministère public n'est pas recevable à se pourvoir contre une décision qui ne concerne que les intérêts civils et à l'encontre de laquelle n'est invoquée aucune violation affectant l'intérêt général.

2° Les juridictions de jugement régulièrement saisies des poursuites avant l'extinction de l'action publique demeurent compétentes pour statuer sur l'action civile.

Justifie dès lors sa décision la cour d'appel qui, sur renvoi après cassation, retient la compétence de la juridiction répressive pour connaître de l'action civile dirigée contre les ayants droit du prévenu décédé au cours de l'instance en cassation.

**Crim. - 25 octobre 2006.**  
**Irrecevabilité, rejet et cassation partielle**

N° 05-85.998. - C.A. Versailles, 30 juin 2005.

M. Cotte, Pt. - M. Rognon, Rap. - Mme Commaret, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Gaschignard, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° 149

### 1° Cassation

Pourvoi. - Pourvoi du ministère public. - Mémoire. - Production. - Délai. - Absence de délai légal. - Principes du procès équitable, de l'équilibre des droits des parties et du délai raisonnable. - Production tardive. - Exclusion. - Cas.

### 2° Juridictions correctionnelles

Exceptions. - Exception de nullité. - Pouvoirs des juges. - Relèvement d'office (non).

1° Si, en l'absence de texte lui impartissant un délai, la production du mémoire du procureur général peut néanmoins être déclarée irrecevable lorsque sa tardiveté a pour effet de porter atteinte aux principes du procès équitable, de l'équilibre des droits des parties et du délai raisonnable de jugement des affaires pénales, consacrés tant par l'article préliminaire du code de procédure pénale que par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, tel n'est pas le cas, en l'espèce, d'un mémoire parvenu à la Cour de cassation trente-quatre jours après la formation du pourvoi.

2° Selon l'article 385 du code de procédure pénale, les exceptions tirées de la nullité soit de la citation, soit de la procédure antérieure, doivent, à peine de forclusion, être présentées avant toute défense au fond ; il s'ensuit que les juridictions correctionnelles ne sauraient les relever d'office.

**Crim. - 10 octobre 2006.**  
**Cassation**

N° 06-81.833. - C.A. Saint-Denis de la Réunion, 9 février 2006.

M. Cotte, Pt. - Mme Guihal, Rap. - M. Davenas, Av. Gén. - SCP Bachellier et Potier de la Varde, Av.

N° 150

### Cession de créance

Cession de créance professionnelle. - Débiteur cédé. - Notification. - Qualité pour la recevoir. - Caisse primaire d'assurance maladie. - Agent comptable.

Violent les articles L. 313-28 du code monétaire et financier, selon lequel le débiteur cédé ne se libère valablement qu'entre les mains de l'établissement de crédit, et D. 253-28 du code de la sécurité sociale, qui dispose que l'agent comptable des caisses primaires d'assurance maladie a qualité pour recevoir et détenir les titres de propriété et les titres de créances, la cour d'appel qui retient que les caisses ne démontraient pas que les notifications de cession leur seraient inopposables, pour leur avoir été adressées directement au lieu de l'être à leurs comptables respectifs, alors que les comptables des organismes sociaux concernés ont, à l'exclusion des ordonnateurs, seuls qualité pour recevoir notification des cessions litigieuses, ce dont il résultait que les notifications adressées directement aux caisses n'étaient pas opposables à celles-ci.

**Com. - 3 octobre 2006.**  
**Cassation**

N° 04-30.820. - C.A. Paris, 10 septembre 2004.

M. Tricot, Pt. - Mme Collomp, Rap. - M. Lafortune, Av. Gén. - SCP Gatineau, SCP Le Bret-Desaché, M<sup>e</sup> Le Prado, Av.

N° 151

### Circulation routière

Vitesse. - Excès. - Preuve. - Contravention relevée au moyen d'un appareil automatique. - Vérification annuelle de l'appareil. - Délai d'un an. - Calcul. - Modalités. - Détermination.

Aux termes de l'article 10 de l'arrêté du 7 janvier 1991, la périodicité de la vérification des cinémomètres de contrôle routier est d'un an. Ce délai se calcule de date à date à minuit.

Ainsi, un cinémomètre vérifié le 1<sup>er</sup> avril 2004 n'a pas à faire l'objet d'une nouvelle vérification avant le 1<sup>er</sup> avril 2005 à minuit.

**Crim. - 4 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 06-83.247. - Jurisdiction de proximité de Roanne, 17 février 2006.

M. Cotte, Pt. - M. Pelletier, Rap. - M. Mouton, Av. Gén.

N° 152

### Compétence

Clause attributive. - Compétence territoriale. - Détermination. - Recouvrement des cotisations. - Cas. - Protocole conclu entre une société exploitant plusieurs établissements et l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale et désignant comme union de liaison une URSSAF. - Portée.

La cour d'appel qui relève qu'une société, exploitant plusieurs établissements, avait conclu avec l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS), en application de l'article 6 de l'arrêté du 15 juillet 1975, un protocole instaurant une unité de lieu pour le paiement, le contrôle, les poursuites et les contestations concernant le recouvrement des cotisations dues pour l'ensemble de ses établissements et désignant, comme union de liaison, une URSSAF, dans la circonscription de laquelle se situait l'un de ses établissements, retient à bon droit la compétence territoriale du tribunal des affaires de sécurité sociale dans le ressort duquel se trouve cet établissement pour

connaître des contentieux liés au recouvrement des cotisations dues par cette société, peu important le lieu de travail des salariés concernés.

**2<sup>e</sup> Civ. - 11 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-10.546. - C.A. Nîmes, 4 janvier 2005.

Mme Favre, Pt. - Mme Renault-Malignac, Rap. - Mme Barrairon, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Peignot et Garreau, Av.

---

## N° 153

### *Conflit de juridictions*

Compétence internationale. - Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000. - Article 5 § 1. - Compétence spéciale en matière contractuelle. - Lieu d'exécution de l'obligation servant de base à la demande. - Définition. - Lieu où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis. - Portée.

Selon l'article 5 § 1 du Règlement (CE) n° 44/2001, du 22 décembre 2000, une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être atraite, en matière contractuelle, devant le tribunal d'un autre Etat membre où l'obligation qui sert de base à la demande doit être exécutée.

Ce lieu est, pour la fourniture de services, sauf convention contraire, le lieu de l'Etat membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis.

Viola ce texte la cour d'appel qui, pour déclarer la juridiction française incompétente pour statuer sur l'indemnité de clientèle d'un agent commercial en France d'une société ayant son siège au Portugal, retient que cette indemnité constitue l'exécution d'une obligation autonome devant s'exécuter au domicile du débiteur au Portugal.

**1<sup>re</sup> Civ. - 3 octobre 2006.**  
**Cassation partielle sans renvoi**

N° 04-14.233. - C.A. Paris, 17 mars 2004.

M. Ancel, Pt. - M. Gueudet, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - M<sup>e</sup> de Nervo, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

---

## N° 154

### *Conflit de juridictions*

Compétence internationale. - Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000. - Domaine d'application. - Etendue. - Détermination.

Les dispositions du Règlement (CE) n° 44/2001, du 22 décembre 2000, sont applicables aux actions intentées postérieurement à son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2002 et il appartient à la juridiction saisie, tenue de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, de le mettre en œuvre même d'office.

**1<sup>re</sup> Civ. - 3 octobre 2006.**  
**Cassation**

N° 04-19.466. - C.A. Paris, 15 septembre 2004.

M. Ancel, Pt. - M. Gueudet, Rap. - SCP Bachellier et Potier de la Varde, SCP Defrenois et Levis, Av.

---

## N° 155

### *Conflit de juridictions*

Effets internationaux des jugements. - Reconnaissance ou exequatur. - Conditions. - Régularité intrinsèque. - Force exécutoire. - Caractérisation. - Défaut. - Applications diverses.

Une cour d'appel qui relève souverainement que la loi processuelle étrangère subordonne l'octroi de la force exécutoire d'un jugement à l'accomplissement d'une « notification-diffusion » de celui-ci et qu'une partie ne justifie pas, en application de cette loi, de la réalité de la signification du jugement dont elle demande l'exequatur, peut en déduire que le caractère exécutoire de ce jugement n'est pas démontré.

**1<sup>re</sup> Civ. - 3 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 04-10.447. - C.A. Caen, 18 novembre 2003.

M. Ancel, Pt. - Mme Gorce, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Célice, Blanpain et Soltner, M<sup>e</sup> Foussard, Av.

---

## N° 156

### *Contrat de travail, durée déterminée*

Cas de recours interdits. - Emploi durable lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. - Emploi durable. - Critères. - Détermination.

La possibilité donnée à l'employeur de conclure avec le même salarié des contrats à durée déterminée successifs pour remplacer un ou des salariés absents ou dont le contrat de travail est suspendu, ne peut avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise. Il en résulte que l'employeur ne peut recourir de façon systématique aux contrats à durée déterminée de remplacement pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre.

Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui déboute une salariée ayant travaillé en qualité d'assistante de caisse en vertu de quarante et un contrats à durée déterminée successifs ayant pour objet le remplacement de salariés absents ou, pour l'un d'entre eux, un accroissement temporaire d'activité, de sa demande de requalification de ces contrats en contrat à durée indéterminée, sans rechercher, comme il lui était demandé, si l'employeur n'avait pas eu recours de façon systématique aux contrats à durée déterminée de remplacement pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre.

**Soc. - 11 octobre 2006.**  
**Cassation**

N° 05-42.632. - C.A. Angers, 9 novembre 2004.

M. Sargos, Pt. - Mme Auroy, Rap. - M. Duplat, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

---

## N° 157

### *Contrat de travail, durée déterminée*

Succession de contrats à durée déterminée. - Succession ininterrompue. - Domaine d'application.

Il résulte de l'article L. 122-3-11, alinéa 2, du code du travail, que les dispositions de l'alinéa premier de cet article, qui prévoit que l'employeur doit respecter un délai de carence entre deux contrats à durée déterminée, ne s'appliquent pas aux contrats conclus au titre du 3<sup>e</sup> de l'article L. 122-1-1 du même code.

**Soc. - 11 octobre 2006.**  
**Cassation partielle**

N° 05-43.595. - C.A. Pau, 19 mai 2005.

M. Sargos, Pt. - Mme Auroy, Rap. - M. Duplat, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

---

N° 158

**Contrat de travail, exécution**

Employeur. - Modification dans la situation juridique de l'employeur. - Continuation du contrat de travail. - Conditions. - Application volontaire. - Accord exprès du salarié. - Nécessité.

Lorsque les conditions d'application de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail ne sont pas réunies, le transfert du contrat de travail du salarié d'une entreprise à une autre constitue une modification de ce contrat, qui ne peut intervenir sans un accord exprès, lequel ne peut résulter de la seule poursuite du travail.

**Soc. - 10 octobre 2006.**  
**Cassation**

N° 04-46.134. - C.A. Paris, 8 juin 2004.

M. Sargos, Pt. - Mme Divialle, Rap. - M. Cuiat, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Bachellier et Potier de la Varde, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

---

N° 159

**1° Contrat de travail, exécution**

Employeur. - Modification dans la situation juridique de l'employeur. - Définition. - Transfert d'une entité économique autonome conservant son identité. - Entité économique. - Notion.

**2° Contrat de travail, rupture**

Licenciement économique. - Définition. - Suppression d'emploi. - Domaine d'application. - Cessation d'activité de l'entreprise. - Condition.

1° Le transfert d'une entité économique autonome, constituée par un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels qui poursuit un objectif propre, entraîne la poursuite de plein droit, avec le cessionnaire, des contrats de travail des salariés qui y sont affectés. Et il appartient aux juges du fond de rechercher les éléments qui constituent une telle entité, indépendamment des règles d'organisation et de gestion du service au sein duquel s'exerce l'activité économique. Ainsi, le seul fait qu'une société soit chargée de la gestion d'un marché d'intérêt comportant deux sites ne suffit pas à exclure que l'un de ces sites constitue une entité économique autonome.

2° Seule une cessation complète de l'activité de l'employeur peut constituer en elle-même une cause économique de licenciement, quand elle n'est pas due à une faute ou à une légèreté blâmable de l'employeur. Une cessation partielle de l'activité de l'entreprise ne justifie un licenciement qu'en cas de difficultés économiques, de mutation technologique ou de réorganisation de l'entreprise nécessaire à la sauvegarde de sa compétitivité.

**Soc. - 10 octobre 2006.**  
**Cassation**

N° 04-43.453. - C.A. Aix-en-Provence, 4 mars 2004.

M. Sargos, Pt. - M. Bailly, Rap. - M. Cuiat, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Gatineau, Av.

---

N° 160

**1° Contrat de travail, exécution**

Salaire. - Egalité des salaires. - Atteinte au principe. - Défaut. - Conditions. - Eléments objectifs justifiant la différence de traitement. - Applications diverses.

**2° Contrat de travail, exécution**

Employeur. - Discrimination entre salariés. - Discrimination syndicale. - Applications diverses. - Evaluation du salarié. - Portée.

1° Caractérise l'existence d'éléments de nature à justifier une différence de traitement et de rémunération une cour d'appel qui constate que les promotions internes sont, en application d'un accord d'entreprise, soumises à une procédure de reconnaissance des compétences par un jury indépendant et qu'un salarié, qui n'a pas été admis par le jury en 2000, n'a ensuite plus fait acte de candidature.

Est dès lors justifié l'arrêt qui décide que l'employeur n'a pas méconnu le principe « à travail égal, salaire égal ».

2° Il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'exercice d'une activité syndicale dans l'évaluation du salarié et toute mesure contraire est abusive et donne lieu à des dommages-intérêts.

**Soc. - 17 octobre 2006.**  
**Cassation partielle**

N° 05-40.393. - C.A. Grenoble, 17 novembre 2004.

M. Bailly, Pt (f.f.). - Mme Farthouat-Danon, Rap. - M. Cuiat, Av. Gén.

---

N° 161

**1° Contrat de travail, rupture**

Licenciement. - Cause. - Cause réelle et sérieuse. - Défaut. - Applications diverses. - Absence perturbant le fonctionnement de l'entreprise. - Condition.

**2° Prud'hommes**

Cassation. - Arrêt. - Arrêt de cassation. - Cassation avec renvoi limité. - Applications diverses.

1° Lorsque l'absence prolongée d'un salarié est la conséquence d'une altération de son état de santé consécutive au harcèlement moral dont il a été l'objet, l'employeur ne peut, pour le licencier, se prévaloir du fait qu'une telle absence perturbe le fonctionnement de l'entreprise. Le licenciement est dès lors nul.

2° Il y a lieu à cassation partiellement sans renvoi d'un arrêt ayant décidé à tort qu'un licenciement n'était pas nul, la Cour de cassation pouvant, par application de l'article 627 du nouveau code de procédure civile, mettre fin au litige de ce chef en prononçant la nullité du licenciement, le renvoi étant limité aux points restant en litige.

**Soc. - 11 octobre 2006.**  
**Cassation partielle partiellement sans renvoi**

N° 04-48.314. - C.A. Reims, 15 septembre 2004.

M. Bouret, Pt (f.f.). - M. Funck-Brentano, Rap. - M. Cuiat, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Richard, Av.

---

N° 162

**Contrat de travail, rupture**

Licenciement. - Nullité. - Effets. - Réparation du préjudice. - Indemnités. - Montant.

Le licenciement d'un salarié protégé, prononcé sans autorisation administrative ou malgré un refus d'autorisation administrative, est nul et ouvre droit, pour le salarié qui demande sa réintégration pendant la période de protection, au versement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait perçue entre son licenciement et sa réintégration ; il n'y a pas lieu de déduire de cette indemnité les revenus qu'il a pu percevoir de tiers au cours de cette période.

**Soc. - 10 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 04-47.623. - C.A. Aix-en-Provence, 21 septembre 2004.

M. Sargos, Pt. - Mme Farthouat-Danon, Rap. - M. Cuiat, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

---

**N° 163**

**Contrat de travail, rupture**

Licenciement économique. - Licenciement collectif. - Ordre des licenciements. - Fixation. - Critères. - Détermination. - Modalités.

Pour fixer l'ordre des licenciements pour motif économique, l'employeur doit prendre en compte l'ensemble des critères mentionnés à l'article L. 321-1-1 du code du travail.

Dès lors, une cour d'appel qui a constaté que le handicap d'un salarié n'avait pas été pris en compte a exactement décidé que l'employeur n'avait pas respecté les règles relatives à l'ordre des licenciements.

**Soc. - 11 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 04-47.168. - C.A. Caen, 24 septembre 2004.

M. Chagny, Pt (f.f.). - M. Leblanc, Rap. - M. Cuiat, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Foussard, SCP Peignot et Garreau, Av.

---

**N° 164**

**Convention européenne des droits de l'homme**

Article 6 § 1. - Tribunal. - Accès. - Droit d'agir. - Restriction. - Limites. - Dépassement. - Applications diverses. - Suspension automatique des poursuites organisée par les dispositions relatives au désendettement des rapatriés.

Si l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales permet à l'Etat de limiter le droit d'accès à un tribunal dans un but légitime, c'est à la condition que la substance même de ce droit n'en soit pas atteinte et que, si tel est le cas, les moyens employés soient proportionnés à ce but.

Il s'ensuit que les dispositions relatives au désendettement des rapatriés réinstallés dans une profession non salariée, résultant des articles 100 de la loi du 30 décembre 1997, 76 de la loi du 2 juillet 1998, 25 de la loi du 30 décembre 1998, 2 du décret du 4 juin 1999 et 77 de la loi du 17 janvier 2002, qui organisent, sans l'intervention d'un juge, une suspension automatique des poursuites, d'une durée indéterminée, portent atteinte, dans leur substance même, aux droits des créanciers, privés de tout recours, alors que le débiteur dispose de recours suspensifs devant les juridictions administratives.

**2<sup>e</sup> Civ. - 5 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-11.343. - C.A. Montpellier, 28 juillet 2004.

Mme Favre, Pt. - M. Gomez, Rap. - M. Benmakhlouf, Av. Gén. - SCP Gatineau, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

---

**N° 165**

**Copropriété**

Parties communes. - Charges. - Répartition. - Services collectifs et éléments d'équipement commun. - Propriétaire d'un lot non raccordé. - Raccordement. - Possibilité. - Preuve. - Charge. - Détermination.

Il appartient à un syndicat qui demande à un copropriétaire le paiement de charges entraînées par un élément d'équipement

commun de démontrer que le raccordement du lot de ce copropriétaire à cet élément d'équipement est techniquement possible.

**3<sup>e</sup> Civ. - 11 octobre 2006.**  
**Cassation**

N° 05-15.208. - C.A. Paris, 24 février 2005.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - Mme Renard-Payen, Rap. - M. Guérin, Av. Gén. - SCP Ancel et Couturier-Heller, Av.

---

**N° 166**

**Démarchage**

Démarchage financier. - Domaine d'application. - Vente d'objets précieux assortie d'une faculté de reprise non mentionnée dans le contrat.

Le démarchage portant sur des objets précieux est soumis aux prescriptions des articles L. 550-2 à L. 550-4 du code monétaire et financier dès lors qu'est offerte aux clients une faculté de reprise, peu important que celle-ci ne soit pas mentionnée dans le contrat.

**Crim. - 25 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-85.484. - C.A. Rouen, 26 mai 2005.

M. Cotte, Pt. - Mme Nocquet, Rap. - M. Launay, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Foussard, SCP Thouin-Palat, M<sup>e</sup> Blanc, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

---

**N° 167**

**1<sup>o</sup> Dénonciation calomnieuse**

Action publique. - Prescription. - Délai. - Point de départ. - Réception de la dénonciation par l'autorité compétente.

**2<sup>o</sup> Dénonciation calomnieuse**

Action publique. - Prescription. - Suspension. - Suspension durant l'exercice des poursuites du chef du délit dénoncé.

1<sup>o</sup> La dénonciation calomnieuse est une infraction instantanée dont la prescription triennale commence à courir le jour où la dénonciation est parvenue à l'autorité ayant le pouvoir d'y donner suite ou de saisir l'autorité compétente.

2<sup>o</sup> La prescription de l'action publique du chef de dénonciation calomnieuse ne peut être suspendue que par l'exercice effectif des poursuites, pénales ou disciplinaires, relatives au fait dénoncé.

N'ouvre pas une procédure disciplinaire la lettre de dénonciation, concernant un expert-comptable, adressée au président du conseil régional de l'ordre qui ne la transmet pas au président de la chambre régionale de discipline.

**Crim. - 17 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-85.519. - C.A. Montpellier, 19 mai 2005.

M. Cotte, Pt. - Mme Guirimand, Rap. - M. Di Guardia, Av. Gén. - SCP Bachellier et Potier de la Varde, SCP Richard, Av.

---

**N° 168**

**1<sup>o</sup> Emploi**

Travailleurs privés d'emploi. - Garantie de ressources. - Allocation d'assurance. - Accords conclus entre employeurs et travailleurs. - Nature. - Portée.



## 2° *Emploi*

Travailleurs privés d'emploi. - Garantie de ressources.  
- Allocation d'assurance. - Accords conclus entre employeurs et travailleurs. - Mesures d'application.  
- Pouvoir des organisations syndicales. - Etendue.  
- Détermination.

1° Il appartient au juge judiciaire d'apprécier la validité des stipulations des conventions d'assurance chômage qui ont le caractère de conventions de droit privé pour être conclues exclusivement entre personnes de droit privé.

2° Les parties à la négociation d'une convention d'assurance chômage, qui ne sont habilitées par l'article L. 351-8 du code du travail qu'à prendre des mesures d'application des dispositions légales relatives à l'assurance chômage, ne peuvent, sans excéder leurs pouvoirs, prévoir le versement de cotisations à une association ayant notamment pour objet de financer les dépenses des régimes de retraite complémentaire obligatoires des salariés.

**Soc. - 10 octobre 2006.**  
**Cassation**

N° 03-15.835. - C.A. Paris, 27 juin 2001.

M. Sargos, Pt. - M. Chauviré, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén.  
- M<sup>e</sup> Luc-Thaler, SCP Piwnica et Molinié, Av.

## N° 169

### 1° *Entreprise en difficulté*

Organes. - Liquidateur judiciaire. - Pouvoirs. - Représentation des créanciers. - Immeuble dépendant de l'indivision post-communautaire du débiteur. - Vente forcée.

### 2° *Partage*

Attribution préférentielle. - Attribution facultative. - Critères. - Intérêts en présence. - Appréciation souveraine.

1° Lorsqu'un immeuble dépend d'une indivision préexistant à l'ouverture de la procédure collective de l'un des époux, le liquidateur, représentant les intérêts des créanciers personnels de cet indivisaire, est fondé à solliciter la licitation de l'immeuble indivis en vertu de l'article 815-17, alinéa 3, du code civil sans avoir à demander l'autorisation préalable du juge-commissaire.

2° Les juges saisis d'une demande d'attribution préférentielle facultative disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier les intérêts en présence et il ne leur est pas interdit de tenir compte, pour rejeter une telle demande, du risque que cette attribution ferait courir à l'un des copartageants à raison de la situation précaire de l'attributaire.

**Com. - 3 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-16.463. - C.A. Reims, 7 avril 2005.

M. Tricot, Pt. - Mme Pinot, Rap. - M. Main, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Blanc, SCP Vuitton, Av.

## N° 170

### *Entreprise en difficulté*

Redressement judiciaire. - Période d'observation. - Créanciers. - Déclaration des créances. - Forclusion. - Domaine d'application. - Exclusion. - Créance de la SACEM.

La créance déclarée par la Société des auteurs compositeurs et éditeurs de musique (SACEM), qui n'est ni un organisme de sécurité sociale ni un organisme visé à l'article L. 351-21 du code du travail, ne relève pas des dispositions de l'article L. 621-43, alinéa 3, du code de commerce, dans sa rédaction antérieure

à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, et elle ne peut donc se trouver atteinte par la forclusion édictée par ce texte, la SACEM n'ayant aucune obligation d'établir sa créance définitive nonobstant la mention, dépourvue de portée juridique, de l'admission de cette créance à titre provisionnel.

**Com. - 3 octobre 2006.**  
**Cassation partielle**

N° 05-11.340. - C.A. Toulouse, 25 novembre 2004.

M. Tricot, Pt. - M. Albertini, Rap. - M. Main, Av. Gén. - SCP Thomas-Raquin et Bénabent, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

## N° 171

### *Entreprise en difficulté*

Redressement judiciaire. - Plan. - Plan de cession. - Cession de l'entreprise. - Cession partielle sans continuation. - Créance postérieure au jugement d'ouverture. - Recouvrement. - Qualité à agir. - Détermination.

L'article 81, alinéa 4, de la loi du 25 janvier 1985 ne confère pas qualité au commissaire à l'exécution du plan de cession pour engager, aux lieu et place du débiteur, une action en recouvrement d'une créance postérieure au jugement d'ouverture du redressement judiciaire.

**Com. - 3 octobre 2006.**  
**Cassation partielle sans renvoi**

N° 05-16.281. - C.A. Bordeaux, 4 avril 2005.

M. Tricot, Pt. - Mme Béval, Rap. - M. Main, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Choucroy, Gadiou et Chevallier, Av.

## N° 172

### *Entreprise en difficulté*

Redressement judiciaire. - Plan. - Plan de continuation. - Effets. - Calcul de l'assiette des cotisations sociales dues au titre de l'année d'adoption du plan.

En cas d'adoption d'un plan de continuation prévoyant des remises partielles de créances acceptées par les créanciers, les créances ne sont éteintes que lorsque le débiteur a exécuté les engagements résultant du plan.

En conséquence, ces remises ne constituent pas un profit imposable entrant dans le bénéfice agricole du débiteur et devant figurer dans l'assiette de calcul des cotisations sociales au titre de l'année de l'adoption du plan.

**Com. - 3 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 04-30.779. - C.A. Orléans, 22 septembre 2004.

M. Tricot, Pt. - Mme Béval, Rap. - M. Main, Av. Gén. - SCP Vincent et Ohl, Av.

## N° 173

### *Expropriation pour cause d'utilité publique*

Indemnité. - Fixation. - Procédure. - Commissaire du gouvernement. - Position dominante. - Défaut. - Portée.

Une cour d'appel qui a relevé qu'il n'avait pas été fait application de l'article R. 13-35 du code de l'expropriation ni des textes susceptibles de donner au commissaire du gouvernement une position dominante, que ce dernier avait été soumis, dans la procédure, aux mêmes obligations que les parties, celles-ci ayant été autorisées à répondre à ses observations, qu'à la demande de la cour d'appel et de l'exproprié, le commissaire du gouvernement avait produit l'ensemble des mutations réalisées

sur deux années sur le territoire de la commune de la parcelle expropriée et des communes limitrophes et que les parties avaient indiqué qu'elles ne s'opposaient pas à son intervention a retenu, à bon droit, la régularité de la procédure au regard du principe de l'égalité des armes édicté par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

**3<sup>e</sup> Civ. - 11 octobre 2006.**  
**Cassation partielle**

N° 05-16.099. - C.A. Nîmes, 17 janvier 2005.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - Mme Boulanger, Rap. - M. Guérin, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Nicolaÿ et de Lanouvelle, Av.

---

**N° 174**

***Expropriation pour cause d'utilité publique***

Indemnité. - Immeuble. - Situation juridique de l'immeuble. - Plan d'occupation des sols. - Zone de situation du bien. - Délimitation. - Portée.

Viola les dispositions de l'article L. 213-4 a du code de l'urbanisme, ensemble les articles L. 123-1 et R. 123-21 du même code, une cour d'appel qui, pour fixer les indemnités revenant à un exproprié à la suite de l'expropriation de parcelles lui appartenant dans une zone d'aménagement concerté d'une commune, retient comme date de référence la date de la dernière modification du plan d'occupation des sols modifiant la délimitation de la zone NAUI a alors qu'elle avait constaté que les biens étaient situés dans la zone NAUI b de ce plan non modifiée.

**3<sup>e</sup> Civ. - 11 octobre 2006.**  
**Cassation**

N° 05-13.053 et 05-13.595. - C.A. Paris, 13 janvier 2005.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - Mme Boulanger, Rap. - M. Guérin, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ et de Lanouvelle, SCP Piwnica et Molinié, SCP Thouin-Palat, Av.

---

**N° 175**

***Expropriation pour cause d'utilité publique***

Indemnité. - Préjudice. - Réparation. - Immeuble en copropriété. - Expropriation de parties communes. - Dévalorisation des parties communes. - Indemnisation du syndicat des copropriétaires. - Dévalorisation de parties privatives. - Indemnisation du préjudice distinct subi par le copropriétaire. - Cumul. - Possibilité.

L'indemnisation d'un syndicat des copropriétaires pour l'expropriation de parties communes n'exclut pas nécessairement celle de chaque copropriétaire pour la dévalorisation de la partie privative de son lot.

**3<sup>e</sup> Civ. - 11 octobre 2006.**  
**Cassation partielle**

N° 05-16.037. - C.A. Aix-en-Provence, 23 février 2005.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - Mme Maunand, Rap. - M. Guérin, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Spinosi, SCP Bachellier et Potier de la Varde, SCP Thouin-Palat, Av.

---

**N° 176**

***Filiation***

Filiation adoptive. - Conflit de lois. - Loi applicable. - Loi personnelle du mineur. - Loi prohibant l'adoption. - Exclusion. - Cas. - Mineur étranger né et résidant habituellement en France. - Portée.

Viola l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, qui dispose que l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si la loi personnelle prohibe cette institution, la cour d'appel qui, pour prononcer l'adoption simple, retient, comparant les effets de l'adoption simple et de la kafala, que cette dernière met à la charge des tuteurs désignés les obligations parentales du droit français, qu'il s'agisse de l'entretien, de l'éducation ou de la protection de l'enfant abandonné et que l'adoption simple confère à l'adoptant les droits et obligations de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant, sans porter atteinte à ses origines et sans instaurer un lien fictif de filiation, alors que, selon ses propres constatations, la loi marocaine interdit l'adoption, que la kafala n'est pas une adoption et que, par ailleurs, l'enfant n'est pas né et ne réside pas habituellement en France.

**Arrêt n° 1 :**

**1<sup>re</sup> Civ. - 10 octobre 2006.**

***Cassation dans l'intérêt de la loi sans renvoi***

N° 06-15.264. - C.A. Reims, 2 décembre 2004.

M. Ancel, Pt. - Mme Vassallo, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén.

**Arrêt n° 2 :**

**1<sup>re</sup> Civ. - 10 octobre 2006.**

***Cassation dans l'intérêt de la loi sans renvoi***

N° 06-15.265. - C.A. Toulouse, 15 février 2005.

M. Ancel, Pt. - Mme Vassallo, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén.

**Note sous 1<sup>re</sup> Civ., 10 octobre 2006, n° 176 ci-dessus**

La loi n° 2001-111 du 6 février 2001 a posé, dans le nouvel article 370-3 du code civil, une règle de conflit de lois en matière d'adoption d'enfant prononcée à l'étranger.

Dans son alinéa 2, cet article dispose que l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France.

Des juridictions du fond, saisies de requêtes concernant des enfants de statut personnel prohibitif, ont prononcé des décisions d'adoption simple. Deux pourvois dans l'intérêt de la loi ont été formés par le parquet général de la Cour de cassation et ont donné lieu aux arrêts ci-dessus reproduits.

Ces arrêts de cassation, rendus au visa de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil font, pour la première fois, application de cette nouvelle disposition législative.

Ayant constaté le caractère prohibitif des dispositions nationales du pays d'origine des enfants, la première chambre a nettement distingué la kafala de l'adoption, y compris de l'adoption simple, ces deux institutions ne pouvant, tant au regard des dispositions internationales que nationales propres aux pays de droit musulman, être assimilées.

---

**N° 177**

***Fraudes et falsifications***

Vins. - Falsification. - Traitement illicite. - Règlement communautaire n° 2202/89 du 20 juillet 1989. - Coupage de vins d'appellation contrôlée et de vins de table.

La falsification d'un produit est constituée par le recours à une manipulation ou à un traitement illicite ou non conforme à la réglementation en vigueur, de nature à en altérer la substance.

Tel est le cas du coupage de vins d'appellation contrôlée et de vins de table, interdit par le Règlement (CEE) n° 2202/89, du 20 juillet 1989, pris pour l'application du Règlement (CEE) n° 822/87, du 16 mars 1987, lequel constitue l'une des mesures d'exécution prévues par les articles L. 214-1 et L. 214-3 du code de la consommation.

**Crim. - 10 octobre 2006.**  
**Cassation partielle**

N° 06-80.170. - C.A. Dijon, 17 novembre 2005.

M. Cotte, Pt. - Mme Ract-Madoux, Rap. - M. Davenas, Av. Gén.  
- SCP Parmentier et Didier, Av.

## N° 178

### *Hypothèque*

Inscription. - Renouvellement. - Validité. - Conditions.  
- Société. - Fusion-absorption. - Effet.

Dès lors que par le traité de fusion-absorption la société nouvelle vient tant activement que passivement aux droits de la société absorbée, le renouvellement d'inscription d'hypothèque fait par le créancier actuel au nom de la société dissoute produit effet dès lors qu'il n'en résulte aucune aggravation de la situation du débiteur.

**3<sup>e</sup> Civ. - 11 octobre 2006.**

**Rejet**

N° 05-21.313. - C.A. Versailles, 29 septembre 2005.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - M. Rouzet, Rap. - M. Guérin, Av. Gén.  
- SCP Ancel et Couturier-Heller, SCP Defrenois et Levis, Av.

## N° 179

### *1<sup>o</sup> Impôts et taxes*

Contributions directes et taxes assimilées. - Taxe communale. - Taxe d'enlèvement des ordures ménagères. - Régime juridique. - Champ d'application. - Etendue.

### *2<sup>o</sup> Commune*

Finances communales. - Recettes. - Redevance d'enlèvement des ordures ménagères. - Enlèvement. - Définition. - Portée.

### *3<sup>o</sup> Commune*

Finances communales. - Recettes. - Redevance d'enlèvement des ordures ménagères. - Contrepartie. - Service d'enlèvement des ordures ménagères. - Caractère. - Détermination. - Portée.

### *4<sup>o</sup> Commune*

Finances communales. - Recettes. - Redevance d'enlèvement des ordures ménagères. - Montant. - Détermination. - Critères. - Service rendu.

1<sup>o</sup> Le régime juridique applicable à la taxe d'enlèvement des ordures ménagères, qui prévoit expressément que les locaux situés dans la partie de la commune où ne fonctionne pas le service d'enlèvement des ordures sont exonérés de la taxe, n'est pas applicable à la redevance d'enlèvement des ordures ménagères.

2<sup>o</sup> L'enlèvement des ordures ménagères, au sens des articles L. 233-78 du code des communes et L. 2333-76 du code général des collectivités territoriales, s'entend de leur collecte et de leur élimination et non de cette seule élimination.

3<sup>o</sup> Il résulte de l'article 2 de la loi du 15 juillet 1975, codifié à l'article L. 541-2 du code de l'environnement, que toute personne qui produit ou détient des déchets est tenue d'en assurer ou d'en faire assurer l'élimination conformément aux dispositions de cette loi dans des conditions propres à éviter leurs effets nocifs pour l'homme et son environnement.

En conséquence, viole ce texte le tribunal qui retient que la redevance est destinée à financer un service obligatoire pour les usagers puisque ceux-ci doivent nécessairement déposer leurs ordures ménagères dans les containers prévus à cet effet aux fins de leur destruction, cette destruction par les particuliers leur étant formellement interdite.

4<sup>o</sup> La redevance prévue par les articles L. 233-78 du code des communes et L. 2333-76 du code général des collectivités territoriales est calculée en fonction de l'importance du service rendu.

**Com. - 3 octobre 2006.**

**Cassation**

N° 04-11.661. - T.I. Nice, 16 septembre 2003.

M. Tricot, Pt. - M. Truchot, Rap. - M. Lafortune, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Boullez, Av.

## N° 180

### *Impôts et taxes*

Dispositions communes. - Fraude fiscale. - Eléments constitutifs. - Elément intentionnel. - Violation délibérée et réitérée des prescriptions légales.

Les personnes assujetties à la TVA, dans le régime normal d'imposition, ont l'obligation, d'une part, de déclarer mensuellement le montant total des opérations réalisées et le détail des opérations taxables, d'autre part, d'acquitter simultanément la taxe exigible diminuée du montant de la taxe déductible.

Encourt dès lors la censure l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour relaxer du chef de fraude fiscale le dirigeant d'une société, retient que la volonté de frauder n'est pas établie après avoir relevé que l'élément matériel de l'infraction n'était pas contesté et résultait de la comparaison du chiffre d'affaires déclaré mensuellement et de celui comptabilisé dans les comptes annuels, la différence se traduisant par l'inscription d'une dette fiscale au passif du bilan et, ainsi, constaté une violation délibérée et réitérée des prescriptions légales.

**Crim. - 25 octobre 2006.**

**Cassation**

N° 05-86.557. - C.A. Rennes, 20 octobre 2005.

M. Cotte, Pt. - M. Rognon, Rap. - M. Launay, Av. Gén.  
- M<sup>e</sup> Foussard, M<sup>e</sup> Ricard, Av.

## N° 181

### *1<sup>o</sup> Impôts et taxes*

Recouvrement (règles communes). - Avis à tiers détenteur. - Notification. - Conditions. - Lettre préalable de rappel. - Nécessité (non).

### *2<sup>o</sup> Impôts et taxes*

Recouvrement (règles communes). - Avis à tiers détenteur. - Notification. - Saisie-attribution. - Règles des actes de saisie et de dénonciation au débiteur. - Applicabilité à l'avis (non).

### *3<sup>o</sup> Impôts et taxes*

Recouvrement (règles communes). - Avis à tiers détenteur. - Mention. - Nom du signataire. - Défaut. - Portée.

### *4<sup>o</sup> Impôts et taxes*

Recouvrement (règles communes). - Avis à tiers détenteur. - Mention. - Titre exécutoire. - Nécessité (non).

### *5<sup>o</sup> Impôts et taxes*

Recouvrement (règles communes). - Avis à tiers détenteur. - Mention. - Nom du signataire délégué. - Défaut. - Portée.

## 6° Impôts et taxes

Recouvrement (règles communes). - Commandement. - Conditions de forme. - Mentions obligatoires. - Références de l'état exécutoire. - Défaut. - Vice de forme.

## 7° Impôts et taxes

Recouvrement (règles communes). - Sursis de paiement. - Effets. - Caducité de la lettre de rappel et des actes de poursuites antérieures au sursis. - Portée.

1° L'avis à tiers détenteur n'étant pas au nombre des actes de poursuites devant donner lieu à des frais, le comptable du Trésor chargé du recouvrement n'est pas tenu d'envoyer une lettre de rappel au contribuable avant la notification d'un tel avis.

2° Les articles 56 et 58 du décret du 31 juillet 1992 étant applicables à la saisie-attribution, les exigences qu'ils fixent ne s'imposent pas à l'avis à tiers détenteur.

3° Le nom du signataire d'un avis à tiers détenteur n'a pas à y être mentionné lorsque l'avis est signé par le comptable du Trésor en personne et que ce comptable agissant personnellement est suffisamment identifié par l'indication de la trésorerie en tête de l'acte.

4° Les articles L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales, qui dérogent sur ce point aux règles prévues par le nouveau code de procédure civile pour le recouvrement des créances sans méconnaître les dispositions de l'article L. 258 du même livre, n'imposent pas la mention sur l'avis à tiers détenteur du titre exécutoire en vertu duquel celui-ci est délivré.

5° Prive sa décision de base légale au regard de l'article L. 262 du livre des procédures fiscales, la cour d'appel qui, pour déclarer régulier un avis à tiers détenteur, retient que le nom du signataire n'a pas à être précisé sur cet acte dès lors que le comptable du Trésor qui agit par voie de délégation de signature est suffisamment identifié par l'indication de la trésorerie en tête de l'acte, se déterminant ainsi par des motifs impropres à établir qu'en l'absence de mention sur l'avis à tiers détenteur du nom et de la qualité du signataire, titulaire d'une délégation de signature, le redevable était en mesure d'identifier ce signataire.

6° Le défaut de mention des références de l'état exécutoire sur le commandement de payer constitue une irrégularité pour un vice de forme affectant ce commandement, dont la nullité ne peut dès lors être prononcée que s'il est justifié d'un grief.

7° La lettre de rappel et les actes de poursuites antérieurs au sursis de paiement sont frappés de caducité à compter de la date d'effet du sursis ; en conséquence, il appartient au comptable chargé du recouvrement, une fois les impositions redevenues exigibles, d'envoyer au contribuable une nouvelle lettre de rappel avant la notification du premier acte de poursuites postérieur devant donner lieu à des frais.

### **Com. - 3 octobre 2006.** **Cassation partielle**

N° 01-03.515. - C.A. Aix-en-Provence, 13 décembre 2000.

M. Tricot, Pt. - M. Truchot, Rap. - M. Lafortune, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Ancel et Couturier-Heller, Av.

### **Note sous Com., 3 octobre 2006, n° 181 ci-dessus**

Dans le présent arrêt, qui résout diverses questions de principe liées au recouvrement des impôts, la chambre commerciale confirme plusieurs solutions antérieures, apporte quelques nuances à une jurisprudence récente et tranche deux points sur lesquels il ne lui avait pas été donné de statuer jusqu'à présent.

Ainsi confirme-t-elle la règle selon laquelle l'avis à tiers détenteur n'étant pas au nombre des actes de poursuites devant donner lieu à des frais, le comptable du Trésor chargé du recouvrement n'est pas tenu d'envoyer une lettre de rappel au contribuable

avant la notification d'un tel avis (voir, par exemple, Com., 28 janvier 2003, pourvoi n° 00-18.911 ; Com., 3 mars 2004, pourvoi n° 02-10.425 ; Com., 3 novembre 2004, pourvoi n° 03-10.009 ; Com., 5 avril 2005, pourvoi n° 03-14.336). De même, comme elle l'avait fait dans son arrêt du 5 novembre 2002 (pourvoi n° 99-19.262), la chambre commerciale écarte l'application à l'avis à tiers détenteur des règles relatives à la saisie-attribution. Enfin, après avoir recueilli l'avis de la deuxième chambre civile sur ce point, elle rappelle que l'irrégularité que constitue le défaut de mention des références de l'état exécutoire sur le commandement de payer est un vice de forme qui ne peut affecter l'acte en cause que s'il est justifié d'un grief (Com., 12 juillet 1993, pourvoi n° 91-10.802 ; Com., 24 avril 1990, pourvoi n° 88-18.464 ; Com., 12 juillet 1993, *Bull.* 1993, IV, n° 299, p. 213 ; Com., 4 février 1997, pourvoi n° 95-12.179 ; Com., 7 octobre 1997, pourvoi n° 95-16.951).

La chambre commerciale précise ensuite sa jurisprudence relative aux mentions qui doivent figurer sur l'avis à tiers détenteur aux fins d'identification de son auteur par le redevable. Dans plusieurs arrêts récents, elle avait jugé qu'un document revêtu d'une signature illisible et dépourvu de l'indication du nom et de la qualité du signataire ne constituait pas la notification d'un avis à tiers détenteur au redevable de l'impôt (Com., 25 janvier 2005, pourvoi n° 02-13.161 ; Com., 19 avril 2005, pourvoi n° 03-17.787). Il est cependant apparu qu'une distinction doit être opérée, en pareil cas, selon que le comptable du Trésor à qui l'avis est attribué agit en son nom propre ou par voie de délégation. L'irrégularité de l'avis est caractérisée dans cette dernière hypothèse dès lors qu'en l'absence de mention du nom et de la qualité du signataire, titulaire de la délégation de signature, il semble difficile au redevable d'identifier ce signataire, ce qui n'est pas le cas lorsque l'avis est signé par le comptable en personne et que ce comptable agissant personnellement est suffisamment identifié par l'indication de la trésorerie en tête de l'acte. Sur ce dernier point, en conséquence, la jurisprudence de la chambre commerciale connaît un infléchissement.

Les deux questions de droit tranchées pour la première fois par le présent arrêt ont trait à la mention sur l'avis à tiers détenteur du titre exécutoire en vertu duquel celui-ci est délivré et sur la nécessité d'une réitération de la lettre de rappel par le comptable chargé du recouvrement après l'expiration des effets du sursis de paiement, avant la reprise des poursuites.

Sur le premier point, la chambre commerciale a tiré les conséquences de la loi en constatant que le régime institué par les articles L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales n'impose pas que le titre exécutoire soit mentionné sur l'avis à tiers détenteur.

Sur le second, elle a jugé que la lettre de rappel et les actes de poursuites antérieurs au sursis de paiement octroyé au contribuable étant frappés de caducité à compter de la date d'effet du sursis, il appartient au comptable chargé du recouvrement, une fois les impositions redevenues exigibles, d'envoyer au contribuable une nouvelle lettre de rappel avant la notification du premier acte de poursuites postérieur devant donner lieu à des frais.

On sait que les actes de poursuite devant donner lieu à des frais engagés par le comptable du Trésor doivent être précédées d'une lettre de rappel, faute de quoi les poursuites ultérieures sont annulées.

En l'espèce, une lettre de rappel avait été délivrée aux contribuables le 16 avril 1992.

Mais, le 5 mai 1993, les demandeurs au pourvoi avaient bénéficié d'un sursis de paiement dont les effets se sont prolongés jusqu'à la notification de la décision du 28 juillet 1998 par laquelle le tribunal administratif a rejeté leur demande.

---

N° 183

Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, les actes de poursuite délivrés avant la demande de sursis de paiement ou au cours du sursis ont donc été frappés de caducité.

Après l'expiration du sursis, la procédure de recouvrement a repris. Mais les actes de poursuites litigieux ont été délivrés sans nouvelle lettre de rappel.

Les juges du fond devaient donc décider si la lettre de rappel du 16 avril 1992 avait échappé à la caducité qui avait frappé ces actes, ce qui dispensait le comptable de délivrer une nouvelle lettre de rappel, ou si, comme les autres actes, elle avait été touchée par la caducité, ce qui justifiait l'annulation de la procédure de recouvrement diligentée sans cette formalité préalable.

La chambre commerciale a eu l'occasion de juger que la lettre de rappel n'est pas un acte de poursuites (Com., 28 juin 1998, *Bull.* 1998, IV, n° 215). C'est une simple relance insusceptible de recours. Et elle est sans effet sur le cours de la prescription.

Mais elle est un préalable obligé à l'action en recouvrement du comptable du Trésor et elle fait partie intégrante de la procédure de recouvrement (Tribunal des conflits, 13 décembre 2004, *Bull.* 2004, T. conflits, n° 28, p. 37). Son absence met donc en cause l'ensemble de cette procédure.

En outre, lorsqu'elle a été délivrée, le sursis de paiement prive la lettre de rappel de tout effet puisqu'une fois le sursis accordé, le contribuable est dispensé de paiement et n'est donc pas tenu de donner suite à la lettre. C'est bien le signe que, comme les autres, cet acte est frappé par la caducité, ce qui impose sa réitération après l'expiration du sursis et avant la reprise des poursuites.

Le Conseil d'Etat a d'ailleurs jugé en ce sens en décidant que la demande de sursis de paiement rendait caduque la contrainte délivrée par le comptable, c'est-à-dire la décision administrative préalable aux poursuites par laquelle le comptable exprimait son intention de procéder à une saisie. La cessation des effets du sursis imposait donc au comptable, s'il souhaitait reprendre les poursuites, de décerner une nouvelle contrainte (CE, 8 janvier 1982, n° 12543 publié au *Recueil Lebon* ; CE, 27 juillet 1984, n° 42701, publié aux tables du *Recueil Lebon*). Or, à l'époque où existait la contrainte, la lettre de rappel intervenait postérieurement à cet acte. Elle était donc frappée par la même caducité.

---

N° 182

### *Impôts et taxes*

Recouvrement (règles communes). - Hypothèque légale du Trésor. - Inscription. - Conditions. - Détermination.

Le droit dont dispose le Trésor, en application de l'article 1929 *ter* du code général des impôts, de faire inscrire une hypothèque légale suppose que soit établie la qualité de redevable du propriétaire des biens sur lesquels doit être effectuée l'inscription sollicitée, de sorte qu'il importe que l'administration dispose d'un titre exécutoire.

**Com. - 3 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 04-14.728. - C.A. Metz, 16 mars 2004.

M. Tricot, Pt. - Mme Betch, Rap. - M. Lafortune, Av. Gén. - SCP Ancel et Couturier-Heller, Av.

### *Impôts et taxes*

Redressement et vérifications (règles communes). - Imposition d'office. - Taxation d'office. - Dégrèvement. - Nouvelle procédure de taxation d'office. - Conditions. - Nouvelle mise en demeure. - Nécessité (non).

Si la mise en demeure prévue à l'article L. 67 du livre des procédures fiscales est le préalable nécessaire à la mise en œuvre éventuelle d'une procédure de taxation d'office, elle ne fait pas partie de celle-ci, de sorte que l'administration peut, après l'abandon d'un premier redressement, reprendre l'imposition suivant la procédure de taxation d'office sans être tenue d'adresser une nouvelle mise en demeure, les effets de la mise en demeure régulière qui avait été initialement adressée n'ayant pas pris fin avec le dégrèvement accordé.

**Com. - 3 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 03-18.930. - C.A. Orléans, 15 mai et 3 juillet 2003.

M. Tricot, Pt. - Mme Gueguen, Rap. - M. Lafortune, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Thouin-Palat, Av.

---

N° 184

### *Indemnisation des victimes d'infraction*

Indemnité. - Caractère. - Caractère personnel. - Définition.

Une cour d'appel, faisant ressortir que la somme allouée à la victime d'un dommage corporel, au titre de son préjudice d'agrément pendant la période d'incapacité temporaire totale, indemnise les seuls troubles de caractère subjectif, a pu déduire que cette indemnité était de caractère personnel.

**2<sup>e</sup> Civ. - 5 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-20.139. - C.A. Rennes, 29 juin 2005.

Mme Favre, Pt. - M. de Givry, Rap. - M. Benmakhlouf, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, M<sup>e</sup> Blanc, Av.

---

N° 185

### *Indivision*

Chose indivise. - Usage. - Usage par un indivisaire. - Effets. - Indemnité d'occupation. - Cumul avec l'indemnité due au titre des fruits et revenus (non).

Une indemnité due au titre de l'occupation d'un bien indivis, qui a pour objet de réparer le préjudice causé à l'indivision par la perte des fruits et revenus et de se substituer à ces derniers dont elle emprunte le caractère, et une indemnité due au titre des fruits et revenus tirés d'un bien indivis, qui est destinée à compenser la perte de ces fruits et revenus, ne peuvent être cumulées.

Viola les articles 815-9, 815-10 et 815-12 du code civil la cour d'appel qui déclare des ayants droits tenus, au profit de l'indivision, à la fois d'une indemnité au titre des fruits et revenus tirés d'une exploitation agricole et d'une indemnité au titre des fermages des terres agricoles.

**1<sup>re</sup> Civ. - 3 octobre 2006.**  
**Cassation partielle**

N° 04-18.435. - C.A. Reims, 18 décembre 2003.

M. Ancel, Pt. - M. Chauvin, Rap. - SCP Peignot et Garreau, Av.

---

## N° 186

### *Instruction*

Ordonnances. - Ordonnance de placement sous contrôle judiciaire. - Réquisitions tendant au placement en détention provisoire. - Appel du ministère public. - Portée.

Lorsque le juge des libertés et de la détention, saisi de réquisitions tendant au placement en détention provisoire d'une personne, rend, d'une part, une ordonnance de refus de mise en détention et, d'autre part, une ordonnance de placement sous contrôle judiciaire, l'appel par le ministère public de cette dernière ordonnance, laquelle répond nécessairement à ses réquisitions, saisit la chambre de l'instruction du contentieux de la détention.

**Crim. - 3 octobre 2006.**  
**Cassation**

N° 06-85.889. - C.A. Rouen, 6 juillet 2006.

M. Cotte, Pt. - M. Valat, Rap. - M. Mouton, Av. Gén.

---

## N° 187

### *1° Jugements et arrêts*

Mentions obligatoires. - Nom des juges. - Magistrats ayant délibéré. - Décision. - Insertion. - Portée.

### *2° Saisie immobilière*

Procédure. - Nullité. - Ordonnance sur requête. - Vice entachant la notification. - Notification. - Détermination. - Portée.

1° Les magistrats mentionnés dans le jugement comme ayant délibéré sont présumés être ceux-là mêmes qui ont assisté aux débats et la mention « président », portée avant la signature au pied de la décision ne peut désigner que le magistrat ayant présidé l'audience et participé, en cette qualité, au délibéré.

2° Le vice entachant la notification de l'ordonnance sur requête ayant autorisé un huissier de justice à faire visiter les lieux avant la vente n'est pas une cause de nullité de la procédure de saisie immobilière.

**2° Civ. - 12 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 04-18.727. - T.G.I. Paris, 25 mars 2004.

Mme Favre, Pt. - Mme Leroy-Gissing, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Tiffreau, Av.

---

## N° 188

### *Jugements et arrêts*

Voies de recours. - Loi applicable. - Loi en vigueur au jour où la décision a été rendue.

Les voies de recours dont un jugement est susceptible sont régies par la loi en vigueur à la date de celui-ci.

**Com. - 3 octobre 2006.**  
**Cassation sans renvoi**

N° 02-13.829. - C.A. Paris, 5 février 2002.

M. Tricot, Pt. - M. Delmotte, Rap. - M. Main, Av. Gén. - SCP Bouzidi et Bouhanna, SCP Thomas-Raquin et Bénabent, Av.

---

## N° 189

### **Communiqué**

*La chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu le 4 octobre 2006 un arrêt par lequel elle a considéré que le ministère public ne peut pas dans le même temps mettre en*

*œuvre une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et saisir le tribunal correctionnel par une convocation par officier de police judiciaire. Elle a estimé, en effet, qu'il résulte des dispositions de l'article 495-12 du Code de procédure pénale que lorsque le ministère public recourt à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, il ne peut saisir le tribunal correctionnel selon l'un des modes prévus par l'article 388 du code de procédure pénale qu'une fois que le prévenu a déclaré ne pas accepter la ou les peines proposées ou que le président du tribunal correctionnel a rendu une ordonnance de refus d'homologation. Elle a, dès lors, approuvé la cour d'appel de Besançon d'avoir déclaré irrecevable la convocation par officier de police judiciaire délivrée en même temps qu'une convocation en vue d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et dit le tribunal non régulièrement saisi.*

### *Juridictions correctionnelles*

Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. - Procédure. - Convocation devant le procureur de la République. - Saisine concomitante du tribunal correctionnel selon une autre procédure. - Possibilité (non).

Il résulte des dispositions de l'article 495-12 du code de procédure pénale que, lorsque le ministère public recourt à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, il ne peut concomitamment saisir le tribunal correctionnel selon l'un des modes prévus par l'article 388 dudit code avant que le prévenu ait déclaré ne pas accepter la ou les peines proposées ou que le président du tribunal de grande instance ait rendu une ordonnance de refus d'homologation.

**Crim. - 4 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-87.435. - C.A. Besançon, 8 novembre 2005.

M. Cotte, Pt. - Mme Koering-Joulin, Rap. - M. Mouton, Av. Gén.

---

## N° 190

### *1° Juridictions correctionnelles*

Composition. - Cour d'appel. - Président siégeant à juge unique. - Appel des jugements de police.

### *2° Douanes*

Agents des douanes. - Pouvoirs. - Zones franches. - Haute-Savoie. - Contrôles en matière de TVA à l'importation.

### *3° Douanes*

Peines. - Confiscation. - Confiscation par équivalence. - Conditions. - Objet détruit après saisie. - Mainlevée de la saisie. - Nécessité (non).

1° Il résulte de l'article 547 du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 9 mars 2004, que l'appel des jugements de police est porté devant le président de la chambre des appels correctionnels, siégeant à juge unique.

2° Les agents des douanes ont compétence pour effectuer, dans la zone franche de Haute-Savoie, des contrôles destinés à garantir la perception de la TVA.

3° La condamnation au paiement d'une somme d'argent pour tenir lieu de confiscation de l'objet de fraude, prévue à titre de sanction par l'article 414 du code des douanes, peut être prononcée sans que la mainlevée de la saisie ait été ordonnée lorsque l'objet, confié à la garde de son propriétaire après saisie, a été détruit.

**Crim. - 11 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-84.946. - C.A. Chambéry, 21 juillet 2005.

M. Cotte, Pt. - M. Soulard, Rap. - M. Davenas, Av. Gén. - SCP Monod et Colin, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

---

## N° 191

### *Juridiction de proximité*

Débats. - Prévenu. - Audition. - Audition le dernier. - Nécessité.

Selon l'article 536 du code de procédure pénale qui, pour les débats devant la juridiction de proximité, renvoie à l'article 460, le prévenu ou son avocat auront toujours la parole les derniers.

Encourt la censure le jugement rendu par cette juridiction dont les mentions n'établissent pas qu'il ait été satisfait aux prescriptions de ces textes.

**Crim. - 18 octobre 2006.**

**Cassation**

N° 06-82.734. - Juridiction de proximité de Toulouse, 25 janvier 2006.

M. Cotte, Pt. - M. Pometan, Rap. - M. Di Guardia, Av. Gén. - SCP Tiffreau, Av.

---

## N° 192

### *Majeur protégé*

Curatelle. - Acte engageant le patrimoine. - Assistance du curateur. - Nécessité. - Applications diverses. - Contrat de travail conclu en qualité d'employeur.

S'agissant d'un acte engageant le patrimoine, le contrat de travail conclu par un majeur sous curatelle renforcée, en qualité d'employeur, constitue un acte pour lequel l'assistance du curateur est nécessaire.

**1<sup>re</sup> Civ. - 3 octobre 2006.**

**Rejet**

N° 04-13.198. - T.G.I. Perpignan, 10 février 2004.

M. Ancel, Pt. - Mme Gorce, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Luc-Thaler, Av.

---

## N° 193

### *Ministère public*

Communication. - Communication obligatoire. - Copropriété en difficulté. - Administrateur provisoire. - Désignation. - Demande. - Portée.

Il résulte de l'article 62-3 du décret du 17 mars 1967 que la communication au procureur de la République doit intervenir lors de la désignation de l'administrateur provisoire et non lors du renouvellement de sa mission.

**3<sup>e</sup> Civ. - 11 octobre 2006.**

**Rejet**

N° 06-10.791. - C.A. Versailles, 23 novembre 2005.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - Mme Renard-Payen, Rap. - M. Guérin, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, M<sup>e</sup> Balat, Av.

---

## N° 194

**Nom**

Loi du 6 fructidor an II. - Article 4. - Violation. - Sanction. - Détermination.

La règle de l'article 4 de la loi du 6 fructidor an II selon laquelle il est expressément défendu aux fonctionnaires publics de

désigner les citoyens dans les actes autrement que par le nom de famille et les prénoms portés en l'acte de naissance n'est pas prescrite à peine de nullité de ces actes.

**3<sup>e</sup> Civ. - 11 octobre 2006.**

**Rejet**

N° 05-16.760. - C.A. Bordeaux, 7 avril 2005.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - Mme Lardet, Rap. - M. Guérin, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Parmentier et Didier, Av.

---

## N° 195

### *Obligation naturelle*

Transformation en obligation civile. - Conditions. - Engagement unilatéral d'exécution de l'obligation. - Applications diverses.

Ne donne pas de base légale à sa décision une cour d'appel qui ne recherche pas, comme elle y est invitée, si, en s'engageant volontairement à verser à un jeune homme une somme mensuelle jusqu'à la fin de ses études « à titre de subsides », le défendeur à une action en recherche de paternité n'a pas voulu exécuter un devoir de conscience et n'a pas ainsi transformé une obligation naturelle en obligation civile.

**1<sup>re</sup> Civ. - 3 octobre 2006.**

**Cassation partielle**

N° 04-14.388. - C.A. Aix-en-Provence, 23 octobre 2003.

M. Ancel, Pt. - Mme Gorce, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, M<sup>e</sup> Foussard, Av.

---

## N° 196

### *Prescription*

Action publique. - Interruption. - Acte d'instruction ou de poursuite. - Contravention. - Amende forfaitaire majorée. - Titre exécutoire. - Portée.

Aux termes de l'article 9 du code de procédure pénale, en matière de contravention, la prescription de l'action publique est d'une année révolue.

La prescription est donc acquise lorsque le titre exécutoire de l'amende forfaitaire majorée prononcée, notamment, pour une infraction d'excès de vitesse, a été émis plus d'un an après la constatation de cette contravention.

**Crim. - 18 octobre 2006.**

**Cassation sans renvoi**

N° 06-83.085. - Juridiction de proximité de Juvisy-sur-Orge, 13 mars 2006.

M. Cotte, Pt. - M. Pelletier, Rap. - M. Di Guardia, Av. Gén.

---

## N° 197

### *Procédure civile*

Instance. - Désistement. - Désistement antérieur à l'audience. - Désistement formulé par écrit par le demandeur. - Procédure orale. - Portée.

Devant le tribunal d'instance, le désistement formulé par écrit par le demandeur, antérieurement à l'audience, produit son effet extinctif.

**2<sup>e</sup> Civ. - 12 octobre 2006.**

**Cassation sans renvoi**

N° 05-19.096. - C.A. Paris, 27 janvier 2005.

Mme Favre, Pt. - Mme Guilguet-Pauthe, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Ghestin, SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

## N° 198

### 1° Procédure civile

Le criminel tient le civil en l'état. - Domaine d'application.  
- Procédures civiles d'exécution (non).

### 2° Solidarité

Effets. - Effets à l'égard des créanciers. - Etendue.  
- Détermination.

1° Les dispositions de l'article 4 du code de procédure pénale ne s'appliquent pas aux procédures d'exécution.

2° La solidarité passive stipulée au prêt conserve ses effets pour garantir les éventuelles restitutions consécutives à l'annulation du contrat.

**Com. - 3 octobre 2006.**  
**Cassation partielle**

N° 04-14.611. - C.A. Paris, 3 mars 2004.

M. Tricot, Pt. - Mme Cohen-Branche, Rap. - M. Lafortune, Av. Gén. - SCP Laugier et Caston, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Vincent et Ohl, Av.

## N° 199

### Procédure civile

Notification. - Signification. - Domaine d'application.  
- Exclusion. - Droit de préemption exercé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Un contrat stipulant que le droit de préemption sera exercé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, il en résulte que l'article 651 du nouveau code de procédure civile est sans application à cette notification, qui n'est pas de nature contentieuse.

**Com. - 3 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-13.052. - C.A. Colmar, 4 janvier 2005.

M. Tricot, Pt. - M. Petit, Rap. - M. Lafortune, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

## N° 200

### Procédure civile

Pièces. - Versement aux débats. - Office du juge.  
- Etendue. - Détermination. - Portée.

Le juge, même d'office, peut toujours inviter une partie à fournir des éléments de nature à l'éclairer.

Après avoir caractérisé sa faute et retenu sa responsabilité, le juge peut condamner une partie à verser une provision, dont il a souverainement apprécié le montant.

**2° Civ. - 12 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-12.835. - C.A. Pau, 6 décembre 2004.

Mme Favre, Pt. - M. Paul-Loubière, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

## N° 201

### Procédures civiles d'exécution

Mesures conservatoires. - Règles communes. - Préjudice causé par la mesure conservatoire. - Réparation. - Compétence. - Détermination. - Portée.

Le juge de l'exécution connaît des demandes en réparation fondées sur l'exécution dommageable des mesures

conservatoires ; il s'ensuit que lorsque ce juge ordonne la mainlevée d'une saisie conservatoire, il est compétent pour statuer sur les demandes en réparation des préjudices causés par cette saisie.

**2° Civ. - 12 octobre 2006.**  
**Cassation partielle**

N° 04-11.561. - C.A. Paris, 13 novembre 2003.

Mme Favre, Pt. - M. Moussa, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Tiffreau, Av.

## N° 202

### Procédures civiles d'exécution

Mesures conservatoires. - Saisie conservatoire. - Saisie autorisée par le juge de l'exécution. - Validité. - Contestation. - Recevabilité. - Saisi (non).

Le saisi n'est pas recevable à contester devant le juge du fond la validité d'une saisie conservatoire autorisée par le juge de l'exécution.

**2° Civ. - 12 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-16.986. - C.A. Bordeaux, 8 avril 2004.

Mme Favre, Pt. - M. Vigneau, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

## N° 203

### 1° Procédures civiles d'exécution

Mesures conservatoires. - Saisie conservatoire. - Tiers saisi. - Nullité de la saisie. - Action. - Recevabilité. - Condition.

### 2° Procédures civiles d'exécution

Mesures conservatoires. - Saisie conservatoire. - Sentence arbitrale. - Nature. - Détermination. - Portée.

1° Est recevable l'action en nullité de la saisie introduite par le tiers saisi contre lequel une demande en paiement est formée à titre reconventionnel.

2° Le créancier qui se prévaut d'une sentence arbitrale peut pratiquer une saisie conservatoire, sans autorisation préalable du juge, en application de l'article 68 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

**2° Civ. - 12 octobre 2006.**  
**Cassation partielle**

N° 04-19.062. - C.A. Colmar, 3 mai 2004.

Mme Favre, Pt. - M. Moussa, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Bouthors, SCP Nicolay et de Lanouvelle, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

## N° 204

### Procédures civiles d'exécution

Mesures conservatoires. - Sûretés judiciaires. - Inscription définitive d'hypothèque. - Délai. - Délai de deux mois. - Point de départ. - Détermination.

En application de l'article 54 du code de procédure civile, applicable en l'espèce, lorsqu'une inscription provisoire d'hypothèque judiciaire a été prise, une inscription définitive doit être prise dans les deux mois à dater du jour où la décision statuant au fond aura force de chose jugée ; il s'ensuit que lorsque la décision statuant au fond est un arrêt de cour d'appel, hors les cas où le pourvoi en cassation est suspensif, l'inscription définitive doit être prise dans les deux mois du prononcé de l'arrêt.



2<sup>e</sup> Civ. - 12 octobre 2006.  
**Rejet**

N° 05-10.511. - C.A. Pau, 25 octobre 2004.

Mme Favre, Pt. - M. Moussa, Rap. - M. Domingo, Av. Gén.  
- M<sup>e</sup> Blondel, M<sup>e</sup> Blanc, Av.

N° 205

### *Procédures civiles d'exécution*

Mesures d'exécution forcée. - Saisie-attribution. -  
Dénonciation au débiteur. - Actes de dénonciation de  
saisies. - Nature. - Détermination. - Portée.

Les actes de dénonciation de saisies ne sont pas des  
actes d'exécution et peuvent donc être délivrés par un cleric  
assermenté.

2<sup>e</sup> Civ. - 12 octobre 2006.  
**Rejet**

N° 05-10.850. - C.A. Angers, 9 novembre 2004.

Mme Favre, Pt. - M. Moussa, Rap. - M. Domingo, Av. Gén.  
- M<sup>e</sup> Odent, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

N° 206

### *Propriété*

Droit de propriété. - Atteinte. - Applications diverses. -  
Troubles anormaux de voisinage. - Exonération. - Activités  
agricoles, industrielles, artisanales ou commerciales.  
- Conditions. - Activité conforme aux dispositions légales  
ou réglementaires en vigueur.

Prive sa décision de base légale au regard de l'article L. 112-16  
du code de la construction et de l'habitation la cour d'appel  
qui, pour rejeter les demandes de réparation formées par  
des riverains à raison du trouble anormal de voisinage causé  
par l'exploitation d'une carrière et d'une usine d'enrobage,  
énonce que la société exploitante dispose des autorisations  
administratives nécessaires pour son exploitation industrielle  
et que les riverains doivent établir qu'ils habitaient les lieux  
avant le début de l'exploitation de la carrière, sans constater  
que les activités litigieuses s'exerçaient en conformité avec les  
dispositions législatives ou réglementaires en vigueur et qu'elles  
s'étaient poursuivies dans les mêmes conditions.

2<sup>e</sup> Civ. - 5 octobre 2006.  
**Cassation partielle**

N° 05-17.602. - C.A. Poitiers, 2 mars 2005.

Mme Favre, Pt. - M. Breillat, Rap. - M. Benmakhlouf, Av. Gén.  
- SCP de Chaisemartin et Courjon, SCP Vier, Barthélemy et  
Matuchansky, Av.

N° 207

### *Propriété*

Immeuble. - Action en revendication. - Décision de  
bornage antérieure. - Fin de non-recevoir tirée de l'autorité  
de chose jugée (non).

Une action en bornage n'a pas le même objet qu'une action  
en revendication de propriété. Par suite, la fin de non-recevoir  
tirée de l'autorité de chose jugée d'une décision de bornage ne  
peut être soulevée devant une juridiction saisie d'une demande  
en revendication.

3<sup>e</sup> Civ. - 18 octobre 2006.  
**Cassation partielle**

N° 05-13.852. - C.A. Douai, 14 décembre 2004.

M. Weber, Pt. - M. Foulquié, Rap. - M. Gariazzo, Av. Gén. - SCP  
Baraduc et Duhamel, SCP Gatineau, Av.

N° 208

### *Protection des consommateurs*

Surendettement. - Commission de surendettement. -  
Mesures recommandées. - Décision leur conférant force  
exécutoire. - Juge de l'exécution. - Pouvoirs. - Contrôle  
de la régularité des mesures. - Etendue. - Détermination.  
- Portée.

Lorsqu'il est saisi sur le fondement des articles L. 332-1  
et R. 332-2 du code de la consommation, le juge de  
l'exécution, chargé de conférer force exécutoire aux mesures  
recommandées sur le fondement de l'article L. 331-7 du code  
de la consommation, peut seulement en vérifier la régularité  
au regard des pouvoirs que la commission de surendettement  
des particuliers tient de ce texte et des règles procédurales  
prescrites aux articles R. 331-18 à R. 331-20.

Par conséquent, excède ses pouvoirs et viole les articles  
L. 332-1 et R. 332-2 du code de la consommation le juge  
de l'exécution qui refuse de conférer force exécutoire à des  
mesures recommandées en retenant que le débiteur n'était pas  
dans l'impossibilité manifeste de faire face à son passif ni de  
bonne foi, alors qu'en l'absence de contestation des mesures  
recommandées, il n'avait pas le pouvoir de s'assurer que le  
débiteur se trouvait dans la situation définie à l'article L. 331-2.

2<sup>e</sup> Civ. - 12 octobre 2006.  
**Cassation**

N° 05-04.001. - T.I. Saint-Girons, 2 décembre 2004.

Mme Favre, Pt. - M. Vigneau, Rap. - M. Domingo, Av. Gén.  
- SCP Bouillez, Av.

N° 209

### *Prud'hommes*

Cassation. - Pourvoi. - Délai. - Point de départ. -  
Notification. - Signification faite après l'expiration du délai  
ouvert par la notification. - Portée.

La signification faite après l'expiration du délai pour former un  
pourvoi ouvert par une première notification n'a pu faire courir  
un nouveau délai, peu important que le demandeur au pourvoi  
ait été admis au bénéfice de l'aide juridictionnelle sur la base de  
cette signification.

Soc. - 11 octobre 2006.  
**Irrecevabilité**

N° 05-45.623. - C.A. Amiens, 11 septembre 2002.

M. Sargos, Pt. - Mme Auroy, Rap. - M. Duplat, Av. Gén.  
- M<sup>e</sup> de Nervo, Av.

N° 210

### *Prud'hommes*

Compétence. - Compétence matérielle. - Litiges nés à  
l'occasion du contrat de travail. - Licenciement. - Action  
en réparation pour irrégularité de fond ou de procédure.  
- Action en contestation du relevé des créances salariales.  
- Actions distinctes. - Portée.

Les salariés qui demandent, conformément à l'article L. 511-1  
du code du travail, la réparation du préjudice causé par  
l'irrégularité de fond de leur licenciement, exercent une action  
distincte de celle ouverte par l'article L. 621-125 du code de  
commerce alors applicable, aux termes duquel le salarié dont  
la créance ne figure pas en tout ou en partie sur un relevé des  
créances résultant du contrat de travail établi par le représentant  
des créanciers peut saisir le conseil de prud'hommes de sa  
contestation.

Dès lors, la cour d'appel a exactement décidé qu'ils ne pouvaient se voir opposer la fin de non-recevoir prévue par l'article L. 621-125 et tirée de la forclusion de leur demande, même si celle-ci avait été directement introduite devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes.

**Soc. - 11 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 04-47.950 à 04-47.954. - C.A. Douai, 29 septembre 2004.

M. Chagny, Pt (f.f.). - M. Leblanc, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén.  
- SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

---

## N° 211

### *Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle*

Dommage. - Réparation. - Pluralité de responsables.  
- Obligation in solidum. - Entière obligation. - Exécution.  
- Portée.

Il résulte des dispositions des articles 1382 et 1251 du code civil que le codébiteur d'une obligation *in solidum* qui a exécuté l'entière obligation peut répéter contre l'autre responsable sa part et portion.

**2<sup>e</sup> Civ. - 5 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-16.514. - C.A. Bordeaux, 4 avril 2005.

Mme Favre, Pt. - Mme Aldigé, Rap. - M. Benmakhlouf, Av. Gén.  
- SCP Bachellier et Potier de la Varde, Av.

---

## N° 212

### *1<sup>o</sup> Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle*

Personnes dont on doit répondre. - Membres des associations sportives. - Activité au cours des compétitions et des entraînements. - Joueur. - Violation des règles du jeu. - Caractérisation. - Applications diverses.

### *2<sup>o</sup> Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle*

Committant-préposé. - Lien de subordination. - Mission.  
- Préposée ayant agi dans le cadre de la mission impartie par le committant. - Effet.

### *3<sup>o</sup> Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle*

Lien de causalité avec le dommage. - Défaut. - Applications diverses. - Préjudice moral allégué par un enfant né après l'accident de son père.

1° Une cour d'appel qui retient qu'à l'occasion d'une rencontre de rugby les joueurs d'une association sportive ont systématiquement relevé la mêlée et refusé la poussée adverse, et que ce « relevage » était dangereux pour l'adversaire, prisonnier entre une ligne d'avants qui ne reculait plus et une poussée de sa propre équipe dont il supportait toute la puissance qui ne s'exerçait plus sur les adversaires, peut décider que ces joueurs avaient violé la lettre et l'esprit du rugby et qu'ainsi ils avaient commis une faute caractérisée par une violation des règles du jeu, qui était à l'origine des blessures subies par un joueur adverse et engageait la responsabilité de l'association.

2° Viole les articles 1382 et 1384, alinéa 5, du code civil la cour d'appel qui déclare l'arbitre d'une rencontre de rugby personnellement responsable des conséquences dommageables d'un accident survenu à l'un des joueurs de l'une des deux équipes en présence, aux motifs que la faute de cet arbitre a consisté à ne pas pénaliser le « relevage » des mêlées, ce qui a eu pour effet de décourager dès la première mi-temps la stratégie de cette équipe et de faire cesser la poussée dont avait été victime son joueur, loyale de la part de ses équipiers mais dommageable en ce qu'elle était confrontée aux avants

adverses relevés, et que le coup de sifflet de l'arbitre aurait eu pour effet de faire cesser la contrainte subie par les cervicales de la victime, alors qu'il résultait de ses constatations que l'arbitre avait agi dans les limites de sa mission.

3° Viole l'article 1382 du code civil la cour d'appel qui indemnise le préjudice moral subi par l'enfant né après l'accident dont son père avait été victime en retenant que ce préjudice a une relation directe de cause à effet avec l'accident et est constitué par les conséquences et l'impact pour celui-ci de l'importante infirmité dont son père est atteint, alors qu'il n'existait pas de lien de causalité entre l'accident survenu avant la naissance de l'enfant mineur et le préjudice allégué de ce dernier.

**2<sup>e</sup> Civ. - 5 octobre 2006.**  
**Cassation partielle sans renvoi**

N° 05-18.494. - C.A. Montpellier, 25 mai 2005.

Mme Favre, Pt. - M. Besson, Rap. - M. Benmakhlouf, Av. Gén.  
- M<sup>e</sup> Blanc, SCP Gatineau, SCP Thouin-Palat, Av.

---

## N° 213

### *Sécurité sociale*

Assujettissement. - Personnes assujetties. - Régime obligatoire de protection sociale complémentaire réservé aux salariés. - Domaine d'application. - Exclusion.  
- Détenus effectuant un travail pénal ayant des relations avec l'organisme employeur exclusives de tout contrat de travail.

N'est pas applicable aux détenus effectuant un travail pénal, dont les relations avec l'organisme employeur sont exclusives de tout contrat de travail, le régime obligatoire de protection sociale complémentaire que l'article L. 921-1 du code de la sécurité sociale réserve aux salariés.

**2<sup>e</sup> Civ. - 11 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-10.634. - C.A. Riom, 23 mars 2004.

Mme Favre, Pt. - Mme Duvernier, Rap. - Mme Barrairon, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Jacoupy, M<sup>e</sup> Foussard, Av.

---

## N° 214

### *Sécurité sociale, assurances sociales*

Vieillesse. - Pension. - Conditions. - Période d'assurance. - Assimilation. - Cas. - Période d'engagement volontaire en temps de guerre accomplie postérieurement au 1<sup>er</sup> septembre 1939. - Portée.

Une période d'engagement volontaire en temps de guerre accomplie postérieurement au 1<sup>er</sup> septembre 1939 ne peut être assimilée à une période d'assurance pour l'ouverture du droit et la liquidation d'une pension de vieillesse que sous réserve que la personne concernée ait ensuite exercé, en premier lieu, une activité au titre de laquelle les cotisations ont été versées au régime général de sécurité sociale.

**2<sup>e</sup> Civ. - 11 octobre 2006.**  
**Cassation sans renvoi**

N° 05-10.862. - C.A. Bordeaux, 26 novembre 2004.

Mme Favre, Pt. - Mme Duvernier, Rap. - Mme Barrairon, Av. Gén. - SCP Gatineau, M<sup>e</sup> Luc-Thaler, Av.

---

## N° 215

### *Sécurité sociale, assurances sociales*

Vieillesse. - Pension. - Conditions. - Règle de proratisation. - Domaine d'application. - Etendue. - Détermination. - Portée.

La coordination des systèmes de sécurité sociale procédant des conventions et accords conclus entre les Etats et l'emportant dans son champ d'application propre sur l'application de la règle interne, c'est à bon droit qu'une cour d'appel a retenu que la règle de proratisation instituée par la Convention franco-algérienne du 1<sup>er</sup> octobre 1980 n'était pas limitée aux seules prestations à caractère contributif, sauf exceptions visées expressément, mais devait s'appliquer également aux avantages complémentaires de vieillesse non contributifs.

**2e Civ. - 11 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-10.905. - C.A. Nancy, 20 avril 2004.

Mme Favre, Pt. - Mme Duvernier, Rap. - Mme Barrairon, Av. Gén. - SCP Thouin-Palat, SCP Gatineau, Av.

---

## N° 216

### Servitude

Servitudes diverses. - Plantations. - Elagage. - Droit imprescriptible. - Non-exercice. - Effet.

Le non-exercice du droit imprescriptible de faire couper les branches des arbres du voisin avançant sur un fonds s'analysant en une tolérance, la présence de ces branches sur ce fonds ne peut être considérée comme le signe apparent d'une servitude acquise par destination du père de famille. L'exercice tardif de ce droit ne peut constituer un abus de droit.

**3e Civ. - 18 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 04-20.370. - C.A. Chambéry, 29 septembre 2004.

M. Weber, Pt. - Mme Bellamy, Rap. - M. Gariazzo, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Blanc, M<sup>e</sup> Le Prado, Av.

---

## N° 217

### Société anonyme

Commissaire aux comptes. - Révocation. - Action en relèvement. - Qualité pour l'exercer. - Détermination.

Le conseil d'administration, s'il a qualité, aux termes des articles L. 225-233 du code de commerce et 188 du décret du 23 mars 1967, pour décider le relèvement des fonctions de commissaire aux comptes de la société, doit, en l'absence de personnalité morale, agir en justice par l'intermédiaire du représentant légal de la société.

**Com. - 3 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-12.410. - C.A. Toulouse, 13 janvier 2005.

M. Tricot, Pt. - M. Pietton, Rap. - M. Lafortune, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Capron, SCP Nicolaÿ et de Lanouvelle, Av.

---

## N° 218

### Société d'aménagement foncier et d'établissement rural

Préemption. - Conditions d'exercice. - Notification. - Prix et conditions de vente. - Vente sous condition suspensive de non-préemption. - Condition réputée non écrite. - Défaillance. - Portée.

La clause soumettant une promesse de vente de parcelles agricoles à la condition suspensive de non-préemption par une société d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER) étant réputée non écrite par application de l'article L. 143-5 du code rural, la défaillance de cette condition n'affecte pas la validité de la vente.

**3e Civ. - 18 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-17.327. - C.A. Saint-Denis de la Réunion, 18 mars 2005.

M. Weber, Pt. - M. Philippot, Rap. - M. Gariazzo, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Carbonnier, M<sup>e</sup> Cossa, Av.

---

## N° 219

### 1° Statut collectif du travail

Accords collectifs. - Dispositions générales. - Négociation. - Projet d'accord. - Modification. - Validité. - Condition.

### 2° Statut collectif du travail

Accords collectifs. - Accords d'entreprise. - Définition.

### 3° Statut collectif du travail

Conventions collectives. - Dispositions générales. - Domaine d'application. - Détermination. - Office du juge. - Portée.

### 4° Statut collectif du travail

Réduction négociée du temps de travail. - Modulation du temps de travail. - Mise en œuvre. - Validité. - Condition.

1° Si la nullité d'une convention ou d'un accord collectif est encourue lorsque toutes les organisations syndicales représentatives n'ont pas été convoquées à sa négociation, une partie à cette négociation ne peut critiquer les modifications apportées au projet d'accord après la dernière séance de négociation mais avant la date fixée pour sa signature, si l'existence de négociations séparées n'est pas établie et si ni cette partie ni aucune autre n'ont sollicité la réouverture de la négociation en raison de ces modifications avant l'expiration du délai de signature.

2° Un accord signé par une fédération habilitée à signer les accords collectifs pour ses adhérents, personnes morales juridiquement autonomes, n'est pas un accord d'entreprise.

3° Lorsqu'un arrêté d'extension d'une convention de branche ou d'un accord collectif professionnel régi par les dispositions des articles L. 133-1 à L. 133-17 du code du travail a été déclaré valide par la juridiction administrative, il en résulte nécessairement qu'une telle convention ou accord a été conclu dans un secteur d'activité économique autonome objectivement considéré ; par suite le juge judiciaire n'est pas compétent pour apprécier l'autonomie de ce secteur.

4° Un accord de branche qui ne prévoit la modulation du temps de travail qu'à titre exceptionnel n'est qu'un accord de principe dont la mise en œuvre suppose la conclusion d'accords d'entreprises conformes aux dispositions légales.

**Soc. - 12 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-15.069. - C.A. Paris, 27 janvier 2005.

M. Sargos, Pt. - Mme Morin, Rap. - M. Cuiat, Av. Gén. - SCP Roger et Sevaux, SCP Gatineau, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

---

## N° 220

### Succession

Héritier. - Indignité successorale. - Cas. - Condamnation pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt. - Conditions. - Intention de donner la mort.

L'article 727 1° du code civil dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001, qui frappe d'indignité

successorale l'héritier condamné pour avoir donné ou tenter de donner la mort au défunt, ne vise que les infractions impliquant l'intention de donner la mort.

**1<sup>re</sup> Civ. - 3 octobre 2006.**  
**Cassation**

N° 04-11.910. - C.A. Paris, 25 novembre 2003.

M. Ancel, Pt. - M. Tay, Rap. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

---

## N° 221

### *Tierce opposition*

Décisions susceptibles. - Ordonnance du juge des tutelles. - Cas. - Ordonnance du juge des tutelles antérieure au décès du majeur protégé.

Tout jugement est susceptible de tierce opposition si la loi n'en dispose autrement ; le décès du majeur protégé n'exclut pas que cette voie de recours puisse être exercée contre une ordonnance d'un juge des tutelles.

**1<sup>re</sup> Civ. - 3 octobre 2006.**  
**Cassation**

N° 04-14.591. - T.G.I. Bobigny, 15 mars 2004.

M. Ancel, Pt. - Mme Gorce, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Bachellier et Potier de la Varde, M<sup>e</sup> de Nervo, Av.

---

## N° 222

### *Travail*

Travail dissimulé. - Dissimulation d'emploi salarié. - Applications diverses. - Exercice d'une activité de brocanteur sans déclaration aux organismes français. - Commerçant ayant constitué une société à l'étranger et continuant à exercer son activité en France après sa radiation du registre du commerce. - Communauté européenne. - Libre prestation des services. - Compatibilité.

Justifie sa décision, sans méconnaître les articles 49 et 50 du Traité sur l'Union européenne, la cour d'appel qui, pour écarter l'argumentation d'un prévenu faisant valoir qu'il n'était plus soumis aux exigences du droit français depuis qu'il avait constitué une société en Grande-Bretagne et pour dire établis à son encontre les délits de travail dissimulé et de défaut de tenue d'un registre d'objets mobiliers commis à l'occasion de l'exercice de l'activité de brocanteur, retient que le prévenu n'a pas œuvré en France de manière temporaire pour le compte d'une société de droit anglais et qu'il a poursuivi sur le territoire national, après sa radiation du registre du commerce, la même activité que celle qu'il exerçait auparavant, en omettant de se soumettre aux obligations de déclaration auxquelles il était astreint et en s'abstenant, même par négligence, de tenir un registre d'objets mobiliers.

**Crim. - 3 octobre 2006.**  
**Rejet**

N° 05-87.436. - C.A. Besançon, 8 novembre 2005.

M. Cotte, Pt. - Mme Guirimand, Rap. - M. Mouton, Av. Gén. - SCP Gatineau, Av.

---

## N° 223

### *Tribunal d'instance*

Compétence matérielle. - Crédit à la consommation. - Contrats de crédit à la consommation. - Clauses abusives ou illicites. - Cas. - Action introduite par une association de consommateurs.

Aux termes de l'article L. 311-37, alinéa premier, du code de la consommation, le tribunal d'instance est exclusivement compétent pour connaître de tous les litiges concernant les opérations de crédit à la consommation.

Par conséquent, l'action introduite par une association de consommateurs sur le fondement de l'article L. 311-4 du code de la consommation afin de faire juger que des clauses des contrats de crédit à la consommation proposés par une banque étaient abusives ou illicites en ce qu'elles n'étaient pas conformes aux dispositions de l'article L. 311-11 du code de la consommation et obtenir, d'une part, leur suppression et, d'autre part, la cessation de la diffusion des documents publicitaires portant sur ces opérations de crédit, doit être portée devant cette juridiction.

**2<sup>e</sup> Civ. - 12 octobre 2006.**  
**Cassation**

N° 05-14.741. - C.A. Rennes, 11 mars 2005.

Mme Favre, Pt. - M. Vigneau, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Delvolvé, Av.

---

## N° 224

### *Urbanisme*

Permis de construire. - Construction sans permis ou non conforme. - Constatation et poursuite des infractions. - Procès-verbal. - Procès-verbal non signé par la personne mise en cause et non notifié à celle-ci. - Nullité (non).

Il ne résulte d'aucun texte ni d'aucun principe substantiel de procédure pénale que le procès-verbal constatant une infraction en matière d'urbanisme doit être signé de la personne mise en cause ni notifié à celle-ci par lettre recommandée afin de lui permettre de présenter ses observations.

**Crim. - 10 octobre 2006.**  
**Cassation**

N° 06-81.841. - C.A. Saint-Denis de la Réunion, 9 février 2006.

M. Cotte, Pt. - Mme Guihal, Rap. - M. Davenas, Av. Gén. - SCP Laugier et Caston, Av.

# Cours et tribunaux

Les décisions des juges de première instance ou d'appel publiées dans le Bulletin d'information de la Cour de cassation sont choisies en fonction de critères correspondant à l'interprétation de lois nouvelles ou à des cas d'espèce peu fréquents ou répondant à des problèmes d'actualité. Leur publication n'engage pas la doctrine des chambres de la Cour de cassation.

Dans toute la mesure du possible - lorsque la Cour s'est prononcée sur une question qui se rapproche de la décision publiée - des références correspondant à cette jurisprudence sont indiquées sous cette décision avec la mention « à rapprocher », « dans le même sens que », « à comparer » ou « en sens contraire ».

Enfin, les décisions présentées ci-dessous, seront, lorsque les circonstances le permettent, regroupées sous un même thème, visant à mettre en valeur l'état de la jurisprudence des juges du fond - ou d'une juridiction donnée - sur une problématique juridique précisément identifiée.

## Jurisprudence des cours d'appel relative aux impôts et taxes

N° 225

### *Impôts et taxes*

Enregistrement. - Droits de mutation. - Mutation à titre gratuit. - Donations. - Donation-partage. - Exclusion. - Cas. - Détermination.

Aux termes de l'article 617 du code civil, l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier.

Dès lors, la clause de réversion d'usufruit contenue dans un acte de donation-partage, par lequel deux époux ont fait donation à leurs enfants d'actions et de parts sociales en se réservant l'usufruit leur vie durant avec réversion sur la tête du dernier survivant, s'analyse en une donation à terme de biens présents et non, comme le soutient l'administration fiscale, en une donation sous condition suspensive du décès du donateur et de la survivance du bénéficiaire.

L'usufruit, éteint au décès de son bénéficiaire, est par conséquent intransmissible et le droit du bénéficiaire lui étant définitivement acquis au jour de l'acte, seul l'exercice du droit est différé au jour du décès du donateur.

C.A. Versailles (1<sup>re</sup> ch. A), 29 juin 2006 - R.G. n° 05/04906.

Mme Bardy, Pte - Mmes Liauzun et Simonnot, Conseillères.

06-313.

N° 226

### *Impôts et taxes*

Redressement et vérifications (règles communes). - Demande de renseignements à des tiers. - Obligation de loyauté. - Violation. - Cas. - Détermination.

Manque à son devoir de loyauté dans ses investigations l'administration fiscale qui, pour combattre des témoignages tendant à établir que l'acquisition d'immeubles au moyen de deniers de l'époux, commerçant décédé, au nom de l'épouse séparée de biens présentait un caractère rémunérateur du travail de celle-ci accompli dans le commerce et ne pouvait être qualifiée de donation rapportable au sens de l'article 784 du code général des impôts, adresse à chaque témoin une demande prétendument non contraignante de renseignements l'informant qu'une enquête orale de proximité démontrait la fausseté de son témoignage et l'invitant, dans ces conditions, à

confirmer expressément son témoignage, la formulation d'une telle demande ne pouvant que susciter, sinon provoquer, la réponse attendue.

C.A. Orléans (ch. com), 18 juillet 2006 - R.G. n° 06/00123.

M. Remery, Pt. - Mme Magdeleine et M. Garnier, Conseillers.

06-311.

N° 227

### *Impôts et taxes*

Redressement et vérifications (règles communes). - Répression des abus de droit. - Véritable caractère des actes. - Preuve. - Charge. - Portée.

Il ressort de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales que l'administration, qui a le pouvoir de rectifier un acte, doit rapporter la preuve du bien-fondé de la rectification.

Dès lors, l'acte passé par une personne seule de 90 ans, aux ressources modestes, qui a vendu sa maison d'habitation en se réservant le droit d'y demeurer et en convertissant le prix en un engagement pour le couple d'acquéreurs d'assurer auprès d'elle une présence permanente, de l'assister, d'assurer son ménage et ses repas et de lui prodiguer tous soins nécessaires, l'existence de cette contrepartie excluant l'intention libérale, ne peut être déqualifié en donation déguisée par l'administration fiscale, celle-ci ne justifiant pas que l'obligation de présence n'a pas été remplie ou que l'obligation de soins représenterait un coût inférieur au revenu de l'immeuble.

C. A. Versailles (1<sup>re</sup> ch. A), 29 juin 2006 - R.G. n° 05/04494.

Mme Bardy, Pte - Mmes Liauzun et Simonnot, Conseillères.

06-312.

## Jurisprudence des cours d'appel relative à la notion de modification des conditions de travail

N° 228

### *Contrat de travail, exécution*

Employeur. - Pouvoir de direction. - Conditions de travail. - Modification. - Domaine d'application. - Répartition du travail sur la semaine.

Dans le cadre de son pouvoir de direction, l'employeur peut changer les conditions de travail du salarié, notamment en modifiant ses horaires de travail, et n'a pas à rapporter la preuve

de ce que le changement intervenu est conforme à l'intérêt de l'entreprise, dont l'appréciation échappe au contrôle du juge du contrat de travail.

Dès lors, l'employé qui refuse de travailler désormais le samedi adopte une attitude rendant impossible la poursuite de la relation de travail.

C.A. Lyon (ch. soc.), 9 février 2005 - R.G. n° 01/05459.

M. Joly, Pt. - M. Defrasne et Mme Lefebvre, Conseillers.

06-307.

---

## N° 229

### *Contrat de travail, exécution*

Employeur. - Pouvoir de direction. - Conditions de travail. - Modification. - Limites. - Détermination.

Dès lors que la mobilité est inhérente aux fonctions d'une salariée, le changement de son secteur d'activité ne constitue qu'un changement de ses conditions de travail.

En conséquence, le refus qu'elle oppose à un tel changement constitue une faute, sauf s'il est démontré que la décision de l'employeur n'est pas guidée par l'intérêt de l'entreprise mais résulte d'une intention de nuire ou d'une légèreté blâmable.

Ainsi, l'employeur qui, après avoir fait connaître à la salariée son opposition à sa demande de congé parental à temps partiel et a décidé de modifier son secteur de prospection, la contraignant ainsi à des déplacements plus importants malgré sa situation familiale, et qui ne justifie pas par des éléments objectifs de l'absence de poste vacant sur le secteur précédemment attribué à la salariée ou des circonstances expliquant son choix de maintenir son remplaçant dans le poste qu'elle occupait avant son départ en congé maternité, ne démontre pas que la modification de son secteur répondait à une nécessité, son licenciement étant par conséquent dépourvu de cause réelle et sérieuse.

C.A. Lyon (ch. soc.), 14 mars 2005 - R.G. n° 02/01900.

Mme Fouquet, Pte - Mmes Morin et Durand, Conseillères.

06-305.

---

## N° 230

### *Contrat de travail, exécution*

Employeur. - Pouvoir de direction. - Conditions de travail. - Modification. - Limites. - Détermination.

S'il est de principe que le changement des horaires de travail constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction du chef d'entreprise, il en va autrement quand le changement d'horaires décidé par l'employeur est d'une nature ou d'une importance telles qu'il apporte un véritable bouleversement des conditions de travail, objectivement appréciable. Dans cette hypothèse, le changement d'horaires constitue une modification du contrat de travail qui doit être soumise comme telle à l'accord préalable du salarié.

C.A. Poitiers (ch. soc.), 10 octobre 2006 - R.G. n° 05/00968.

M. Dubois, Pt. - Mme Grandbarbe et M. Frouin, Conseillers.

06-306.

## Jurisprudence des cours d'appel relative à la protection des consommateurs

---

### N° 231

#### *Protection des consommateurs*

Crédit à la consommation. - Exclusion. - Activité professionnelle. - Financement. - Stipulation expresse. - Nécessité.

En application des dispositions de l'article L. 311-3 du code de la consommation, la destination certaine d'un crédit, même viré sur un compte professionnel, ne peut résulter que d'une stipulation expresse ou de tout autre élément avéré caractérisant cette affectation.

Il s'ensuit que lorsque la banque ne produit pas l'offre préalable acceptée ou la convention de prêt ni ne justifie d'aucune stipulation contractuelle mentionnant de façon expresse la destination professionnelle des fonds prêtés, le prêt est soumis aux dispositions des articles L. 311-1 et suivants du code de la consommation sans que la mention de la profession de l'emprunteur et de son adresse professionnelle sur le plan de remboursement ni la circonstance d'un prélèvement des échéances sur un compte professionnel puissent suffire à pallier la carence de la banque en l'absence de tout autre élément permettant de retenir l'existence d'un lien avec l'activité professionnelle de l'appelant.

C.A. Versailles (1<sup>re</sup> ch. civ.), 24 mars 2005 - R.G. n° 04/02195.

Mme Gaboriau, Pte - Mme Brylinski et M. Boiffin, Conseillers.

#### **A rapprocher :**

- 1<sup>re</sup> Civ., 21 octobre 2003, *Bull.* 2003, I, n° 208, p. 164.

06-310.

---

### N° 232

#### *Protection des consommateurs*

Démarchage et vente à domicile. - Exclusion. - Existence d'un rapport direct entre l'activité exercée et le contrat proposé. - Détermination. - Portée.

Aux termes de l'article L. 121-22, alinéa 4, du code de la consommation, ne sont pas soumises aux dispositions dudit code relatives au démarchage à domicile, les ventes, locations ou locations-ventes de biens ou de prestations de services lorsqu'elles ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession, peu important que le professionnel agisse ou n'agisse pas dans la sphère de sa propre compétence personnelle. En l'espèce, la location d'un matériel de télésurveillance entre dans le cadre de l'activité exercée par l'appelant et a été réalisée pour les besoins de son activité professionnelle exercée de façon habituelle en ce qu'elle tend à assurer la sécurité des éléments de son fonds de commerce.

C.A. Lyon (3<sup>e</sup> ch. civ.), 17 novembre 2005 - R.G. n° 04/06224.

Mme Flise, Pte - M. Santelli et Mme Miret, Conseillers.

06-308.

---

### N° 233

#### *Protection des consommateurs*

Démarchage et vente à domicile. - Exclusion. - Existence d'un rapport direct entre l'activité exercée et le contrat proposé. - Détermination. - Portée.

Aux termes de l'article L. 121-22, alinéa 4, du code de la consommation, ne sont pas soumises aux dispositions

---

N° 236

dudit code, relatives au démarchage à domicile les ventes, locations ou locations-ventes de biens ou de prestations de services lorsqu'elles ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de tout autre profession. A ce titre, il importe peu que le professionnel agisse ou n'agisse pas dans la sphère de sa propre compétence personnelle.

C.A. Lyon (3<sup>e</sup> ch. civ.), 1<sup>er</sup> décembre 2005 - R.G. n° 04/01677.

Mme Flise, Pte - M. Santelli et Mme Miret, Conseillers.

06-309.

### Jurisprudence des cours d'appel en matière de servitude

---

N° 234

#### *Servitude*

Passage. - Exercice. - Diminution de l'usage. - Clôture du fonds servant. - Cas.

Si, en application de l'article 647 du code civil, le propriétaire du fonds débiteur d'une servitude de passage conserve le droit de clore son héritage, c'est à la condition prescrite par l'article 701 du même code de ne rien faire qui tende à diminuer l'usage de cette servitude ou à le rendre plus incommode.

Ainsi la pose d'un portail électrique télécommandé, parce qu'elle équivaut, compte tenu de la configuration des lieux, à créer un second portail s'ajoutant à celui qui ferme déjà la propriété bénéficiaire de la servitude de passage, rend de manière certaine l'exercice de celle-ci moins commode et constitue une source de difficultés matérielles ne pouvant être résolues par la seule remise d'une télécommande aux services postaux, dans la mesure où des tiers, tels que médecins, infirmiers, artisans ou livreurs, voire services d'incendie et de secours, tiers dont les allées et venues sont nombreuses et peu prévisibles, sont en droit d'emprunter le passage pour accéder au fonds dominant.

C.A. Montpellier (1<sup>re</sup> ch., section AO2), 7 mars 2006 - R.G. n° 05/03610.

M. Toulza, Pt. - Mme Dezandre, Conseillère et Mme Sirol, V-Pte placée.

07-01.

---

N° 235

#### *Servitude*

Servitudes légales. - Passage. - Enclave. - Assiette. - Détermination.

En application de l'article 685 du code civil, l'assiette d'une servitude de passage pour cause d'enclave peut être acquise par prescription trentenaire, prescription ne pouvant toutefois porter que sur ce qui a été possédé. Ainsi en cas d'insuffisance de l'assiette acquise par prescription - nécessité d'élargir de 3,50 mètres à 4 mètres l'assiette d'un chemin desservant une propriété afin de satisfaire aux exigences actuelles d'urbanisme en matière d'habitation - l'extension de cette assiette doit se faire conformément aux dispositions de l'article 683 du code civil, c'est-à-dire par la recherche du trajet le plus court dans l'endroit le moins dommageable, de telle sorte que peuvent se trouver concernées non seulement les parcelles déjà grevées de la servitude de passage mais aussi toutes celles situées en bordure du chemin existant.

C.A. Nîmes (1<sup>re</sup> ch. A), 10 janvier 2006 - R.G. n° 03/02470.

M. Bouyssic, Pt. - MM. Berthet et Djiknavorian, Conseillers.

07-02.

#### *Servitude*

Servitudes légales. - Plantations. - Distances légales. - Hauteur des plantations. - Dépassement. - Action en réduction. - Prescription trentenaire. - Point de départ.

A moins qu'il n'y ait prescription trentenaire, les articles 671 et 672 du code civil imposent de limiter à une hauteur de deux mètres les plantations situées à une distance inférieure à deux mètres de la ligne séparative de deux propriétés. Dès lors, le voisin ne peut exiger que les arbres - des sapinettes - plantés à une distance moindre que la distance légale soient réduits à la hauteur de deux mètres si la plantation de ces arbres remonte, selon un témoignage et l'attestation d'un professionnel, à 1968, soit plus de trente ans avant le 25 mars 2003, date d'introduction de l'action devant le tribunal d'instance.

En revanche, il bénéficie du droit imprescriptible énoncé à l'article 673 du code civil de faire couper les branches de ces arbres si elles avancement et surplombent sa propriété.

C.A. Pau (1<sup>re</sup> ch. civ.), 2 mai 2006 - R.G. n° 05/00873.

M. Parant, Pt. - M. Lesaint et Mme Rachou, Conseillers.

#### En sens contraire :

- 3<sup>e</sup> Civ., 8 décembre 1981, *Bull.* 1981, III, n° 207, p. 151 (rejet).

07-03.

### Jurisprudence des cours d'appel relative au travail dissimulé

---

N° 237

#### *Travail*

Travail dissimulé. - Dissimulation d'emploi salarié. - Eléments constitutifs. - Elément intentionnel.

En vertu de l'article L. 324-10 du code du travail, le délit de travail dissimulé suppose une intention de dissimuler l'activité des salariés.

Dès lors, le fait qu'un employeur ait mentionné sur le bulletin de paie un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué et qu'il ait ainsi pu bénéficier en toute connaissance de cause d'un surcroît de travail sans contrepartie financière caractérise dans tous ses éléments l'infraction de dissimulation d'emploi salarié.

C.A. Toulouse (3<sup>e</sup> ch. des appels corr.), 15 février 2006 - R.G. n° 05/00920.

M. Pujol-Sausset, Pt. - M. Bastier et Mme Salmeron, Conseillers - M. Silvestre, Subst. Gén.

06-315.

---

N° 238

#### *Travail*

Travail dissimulé. - Dissimulation d'emploi salarié. - Eléments constitutifs. - Elément intentionnel.

En application de l'article L. 324-10 du code du travail, le délit de travail dissimulé suppose une omission intentionnelle.

Or le fait qu'un employeur ait omis de déclarer deux nouveaux salariés après l'échec d'une tentative de déclaration par fax aux services compétents ne caractérise pas l'intention délibérée de dissimuler l'activité de ses salariés. Il est alors responsable, sur le fondement de l'article R. 362-1 du code du travail, d'une infraction contraventionnelle d'omission de procéder à la déclaration préalable à l'embauche.

C.A. Saint-Denis de La Réunion (ch. corr.), 13 avril 2006 - R.G. n° 05/00195.

M. Creze, Pt. - M. Jouanard et Mme Noël, Conseillers - M. Baud, Subst. Gén.

06-314.

## Autre jurisprudence des cours d'appel

### *N° 239*

#### *Lois et règlement*

Application dans le temps. - Loi relative au régime d'exécution et d'application des peines. - Non-rétroactivité. - Libération conditionnelle parentale.

En application de l'article 729-3 du code de procédure pénale, modifié par la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005, la libération conditionnelle parentale ne peut être accordée à un détenu condamné pour une infraction commise en état de récidive légale.

Peut néanmoins prétendre à une libération conditionnelle parentale le détenu, condamné en état de récidive pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 12 décembre 2005, dès lors qu'aux termes de l'article 112-2 3° du code pénal, les dispositions relatives au régime d'exécution et d'application des peines, qui ont pour effet de rendre plus sévère la peine prononcée contre le prévenu, ne peuvent être appliquées qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur.

C.A. Versailles (ch. de l'application des peines), 16 mai 2006 - R.G. n° 06/01074.

Mme Duno, Pte - Mme Girerd et M. Larmanjat, Conseillers - M. Renaut, Av. Gén.

06-316.

### *N° 240*

#### *1° Procédure civile*

Conciliation. - Médiation. - Médiateur. - Désignation. - Conditions. - Détermination.

#### *2° Référé*

Compétence. - Etendue. - Détermination. - Portée.

1° Il résulte des dispositions de l'article 131-2 du nouveau code de procédure civile que si la médiation peut porter sur tout ou partie du litige, elle ne dessaisit pas le juge qui a ordonné la désignation du médiateur.

Par voie de conséquence, la désignation d'un médiateur suppose que le juge saisi d'une telle demande ait compétence à connaître du litige et, lorsque l'incompétence est soulevée, l'examen de cette exception doit nécessairement être préalable à la demande de désignation.

2° La compétence du juge des référés ne pouvant excéder celle du juge du fond en matière civile, le juge des référés ne saurait

prescrire une mesure de nature à porter atteinte à un ouvrage public qu'en présence d'une voie de fait dont le demandeur doit établir que les conditions sont réunies par la double démonstration d'une atteinte à son droit de propriété et d'une irrégularité flagrante commise par l'administration.

Tel ne peut être le cas lorsque l'établissement de l'existence de la voie de fait nécessite, en raison de termes contradictoires et ambigus, l'interprétation d'une convention d'implantation d'un ouvrage public, alors que, de surcroît, l'interprétation préalable d'une telle convention échappe à la compétence du juge judiciaire.

C.A. Versailles (14<sup>e</sup> ch.), 24 novembre 2004 - R.G. n° 04/07442.

M. Falcone, Pt. - Mmes Lombard et Lambling, Conseillères.

04-514.

### *N° 241*

#### *Procédure civile*

Procédure de la mise en état. - Conseiller de la mise en état. - Compétence.

Par application de l'article 771 du nouveau code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret du 28 décembre 2005, les notions d'exception de procédure et d'incidents mettant fin à l'instance ne sauraient englober les défenses au fond et les fins de non-recevoir et ne sauraient s'entendre au sens large d'incidents de mise en état.

En conséquence, les parties qui n'avaient pas soulevé, devant le conseiller de la mise en état, la fin de non-recevoir de l'irrecevabilité d'appel sont toujours recevables à soulever cette fin de non-recevoir devant la cour.

C.A. Toulouse (2<sup>e</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect.), 15 mars 2006 - R.G. n° 05/04909.

M. Selmes, Pt.

06-317.

### *N° 242*

#### *Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle*

Animaux. - Article 1385 du code civil.

L'acquéreur d'une vache échappée d'un marché à bestiaux où elle était vendue doit réparer le préjudice de la victime blessée par celle-ci. L'acquéreur est responsable car l'animal s'est échappé alors que l'acheteur le faisait charger en camion et que la livraison par le vendeur, qui marque le transfert de la garde, était donc achevée.

C.A. Limoges (ch. civ., 2<sup>e</sup> sect.), 22 juin 2005 - R.G. n° 04/0545.

M. Louvel, P. Pt. - M. Pugnet et Mme Barberon-Pasquet, Conseillers.

06-318.



# Doctrines

## I. - DROIT CIVIL

### 1. Contrats et obligations

#### *Contrats et obligations conventionnelles*

- Carole Aubert de Vincelles, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », au sujet de : Ass. plén., 1<sup>er</sup> décembre 1995, *Bull.* 1995, Ass. plén., n° 7, p. 13 ; n° 8, p. 15, n° 9, p. 16, in *Le Dalloz*, 2 novembre 2006, n° 38, doctrine, p. 2629-2637.

#### *Vente*

- Martine Behar-Touchais, observations sous 3<sup>e</sup> Civ., 28 juin 2006, *Bull.* 2006, III, n° 166, p. 137, in *Le Dalloz*, 12 octobre 2006, n° 35, p. 2439-2443.

Promesse de vente - Promesse avec clause de substitution - Effet.

Laurent Leveneur, observations sous Ch. mixte, 26 mai 2006, *Bull.* 2006, ch. mixte, n° 4, p. 13, in *Contrats, concurrence, consommation*, août-septembre 2006, n° 8/9, p. 22-24.

Pacte de préférence - Violation - Sanction - Substitution du bénéficiaire à l'acquéreur - Conditions - Mauvaise foi - Caractérisation - Cas - Double connaissance du pacte et de l'intention de son titulaire.

### 2. Responsabilité contractuelle et délictuelle

#### *Accident de la circulation*

- Jean Mouly, observations sous 2<sup>e</sup> Civ., 4 janvier 2006, *Bull.* 2006, II, n° 1, p. 1, in *Le Dalloz*, 12 octobre 2006, n° 35, p. 2443-2445.

Loi du 5 juillet 1985 - Articles 1 à 6 - Domaine d'application - Exclusion - Accident survenant entre des motocyclistes concurrents à l'entraînement évoluant sur un circuit fermé exclusivement dédié à l'activité sportive.

#### *Officiers publics ou ministériels*

- Pierre-Yves Gautier, observations sous 1<sup>re</sup> Civ., 11 juillet 2006, *Bull.* 2006, I, n° 389, p. 335, in *Le Dalloz*, 19 octobre 2006, n° 36, p. 2510-2512.

Notaire - Responsabilité - Obligation d'éclairer les parties - Etendue - Connaissance d'un pacte de préférence - Portée.

#### *Responsabilité contractuelle*

- Laurent Leveneur, observations sous Ass. plén., 14 avril 2006, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 5, p. 9, in *Contrats, concurrence, consommation*, août-septembre 2006, n° 8/9, p. 21-22.

Exonération - Cas - Force majeure - Critères - Imprévisibilité de l'événement - Caractérisation - Nécessité - Portée.

### 3. Droit de la famille

#### *Autorité parentale*

- François Boulanger, observations sous 1<sup>re</sup> Civ., 17 janvier 2006, *Bull.* 2006, I, n° 10, p. 9, in *La semaine juridique, édition générale*, 8 novembre 2006, n° 45, II, 10177, p. 2051-2054.

Exercice - Exercice par les parents séparés - Droit de visite et d'hébergement - Bénéfice - Refus - Conditions - Motifs graves - Caractérisation - Cas.

#### *Divorce, séparation de corps*

- Jacques Massip, observations sous 1<sup>re</sup> Civ., 10 mai 2006, *Bull.* 2006, I, n° 227, p. 199, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 septembre 2006, n° 17, article 38441, p. 1319-1320.

Divorce sur demande conjointe des époux - Convention entre époux - Convention définitive - Modification - Conditions - Détermination - Portée.

Jacques Massip, observations sous 1<sup>re</sup> Civ., 28 février 2006, *Bull.* 2006, I, n° 114, p. 106, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 septembre 2006, n° 17, article 38441, p. 1322-1324.

Divorce sur demande conjointe - Convention entre les époux - Convention définitive - Stipulation relative aux donations de biens à venir - Défaut - Portée.

#### *Mariage*

- Jacques Massip, observations sous 1<sup>re</sup> Civ., 28 mars 2006, *Bull.* 2006, I, n° 184, p. 160, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 septembre 2006, n° 17, article 38441, p. 1317-1319.

Validité - Conditions - Conditions de fond - Détermination - Portée.

### 4. Propriété littéraire et artistique

- Thierry Lambert, « Les droits des universitaires sur leurs créations intellectuelles », in *La semaine juridique, édition générale*, 8 novembre 2006, n° 45, I, 184, p. 2039-2043.

## II. - PROCÉDURE CIVILE

#### *Frais et dépens*

- Frédéric Arbellot, « Fixation et contestation de la rémunération des techniciens dans le nouveau code de procédure civile », in *Procédures*, octobre 2006, n° 10, p. 4-8.

#### *Chose jugée*

- Roger Perrot, observations sous Ass. plén., 7 juillet 2006, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 8, p. 21, in *Procédures*, octobre 2006, n° 10, p. 10.

Identité de cause - Domaine d'application - Demandes successives tendant au même objet par un moyen nouveau - Applications diverses.

#### *Procédure civile*

- Roger Perrot, observations sous Ch. mixte, 7 juillet 2006, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 6, p. 18, in *Procédures*, octobre 2006, n° 10, p. 9-10.

Acte de procédure - Nullité - Cas - Vice de forme - Applications diverses - Caractère inexact de la date d'audience indiquée dans une assignation.

## *Tribunal de commerce*

- Roger Perrot, observations sous 2<sup>e</sup> Civ., 6 avril 2006, *Bull.* 2006, II, n° 108, p. 101, in *Procédures*, octobre 2006, n° 10, p. 11.

Procédure - Assignation - Remise de la copie au greffe - Défaut - Portée.

### III. - DROIT DES AFFAIRES

#### 1. Droit de la concurrence

##### *Concurrence*

- Muriel Chagny, observations sous Com., 10 mai 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 115, p. 116, in *Communication, commerce électronique*, septembre 2006, n° 9, p. 40-42.

Pratique anticoncurrentielle - Abus de position dominante - Marché de référence - Pratiques de ciseau tarifaire - Objet ou effet - Recherche nécessaire.

##### *Concurrence déloyale ou illicite*

- Marie Malaurie-Vignal, observations sous Com., 10 mai 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 116, p. 117, in *Contrats, concurrence, consommation*, août-septembre 2006, n° 8/9, p. 34-35.

Clause de non-concurrence - Licéité - Contrats - Clause de non-sollicitation du personnel - Contrepartie pécuniaire au bénéficiaire du salarié - Défaut - Personne susceptible de s'en prévaloir.

##### *Vente*

- Didier Ferrier, « La distribution sur internet dans le cadre d'un réseau », in *Le Dalloz, cahier droit des affaires*, 26 octobre 2006, n° 37, p. 2594-2595.

#### 2. Droit des transports

##### *Transports terrestres*

- Laurent Leveneur, observations sous Com., 30 mai 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 132, p. 134, in *Contrats, concurrence, consommation*, octobre 2006, n° 10, p. 11-12.

Marchandises - Responsabilité - Clause limitative - Opposabilité - Exclusion - Cas - Faute lourde - Caractérisation - Défaut - Applications diverses - Manquement à une obligation contractuelle essentielle.

### IV. - DROIT SOCIAL

#### Travail

##### *Contrat de travail, exécution*

- Gilles Auzero, « L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise », in *Droit social*, septembre-octobre 2006, n° 9/10, p. 822-825.

- Christophe Radé, observations sous Soc., 21 juin 2006, *Bull.* 2006, V, n° 223, p. 212, in *Droit social*, septembre-octobre 2006, n° 9/10, p. 826-833.

Employeur - Responsabilité - Faute - Inexécution par l'employeur de ses obligations - Prévention des risques professionnels - Harcèlement moral - Faits commis par un salarié - Portée.

##### *Contrat de travail, rupture*

- Jean-Emmanuel Ray, observations sous Soc., 5 juillet 2006, *Bull.* 2006, V, n° 237, p. 226, in *Droit social*, septembre-octobre 2006, n° 9/10, p. 815-821.

Licenciement - Nullité - Cas - Salarié protégé - Prise d'acte de la rupture par le salarié - Portée.

## *Représentation des salaires*

- Georges Borenfreund, observations sous Soc., 25 janvier 2006, *Bull.* 2006, V, n° 35, p. 31, in *Droit social*, septembre-octobre 2006, n° 9/10, p. 869-876.

Délégué syndical - Délégué syndical central - Désignation - Condition.

## *Syndicat professionnel*

- Pierre-Yves Verkindt, observations sous Soc., 10 mai 2006, *Bull.* 2006, V, n° 175, p. 169, in *Droit social*, septembre-octobre 2006, n° 9/10, p. 877-880.

Délégué syndical - Désignation - Conditions - Effectif de l'entreprise - Calcul - Salariés pris en compte - Journalistes pigistes - Modalités de prise en compte - Détermination - Portée.

### V. - DROIT PÉNAL

#### *Sports*

- Jean-Pierre Karaquillo, observations sous Crim., 24 janvier 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 25, p. 97, in *Le Dalloz*, 2 novembre 2006, n° 38, jurisprudence, p. 2649-2652.

Activité physique et sportive - Agent sportif - Exercice illégal de l'activité - Eléments constitutifs - Détermination.

### VI. - DROITS DOUANIER ET FISCAL

#### *Impôts et taxes*

- André Chappert, observations sous Com., 27 septembre 2005, *Bull.* 2005, IV, n° 186, p. 201, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 septembre 2006, n° 17, article 38440, p. 1298-1305.

Redressement et vérifications (règles communes) - Redressement contradictoire - Notification - Réponse du contribuable - Délai - Expiration - Effets.

- André Chappert, observations sous Com., 27 septembre 2005, *Bull.* 2005, IV, n° 185, p. 200, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 septembre 2006, n° 17, article 38440, p. 1305-1308.

Recouvrement (règles communes) - Pénalités et sanctions - Intérêt de retard - Montant - Taux d'usure du code de la consommation - Applicabilité (non).

### VII. - DROITS INTERNATIONAL ET EUROPÉEN - DROIT COMPARÉ

#### *Conflit de lois*

- Jacques Massip, observations sous 1<sup>re</sup> Civ., 10 mai 2006, *Bull.* 2006, I, n° 226, p. 198, in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 septembre 2006, n° 17, article 38441, p. 1327-1329.

Statut personnel - Filiation - Etablissement - Loi applicable - Loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant - Conditions - Absence de contrariété à l'ordre public international - Caractérisation - Défaut - Cas - Loi privant un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation.

#### *Conventions internationales*

- Pascal de Vareilles-Sommières, « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation » (nature de l'article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980), au sujet de 1<sup>re</sup> Civ., 23 mai 2006, *Bull.* 2006, I, n° 258, p. 226, in *Le Dalloz, cahier droit des affaires*, 12 octobre 2006, n° 35, chronique, p. 2464-2469.

## Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

---

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la **Direction des Journaux officiels**, 26, rue Desaix, 75727 Paris Cedex 15

Je souhaite m'abonner<sup>1</sup> :

- Au bulletin des arrêts des chambres civiles, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 25) : **220,60 €<sup>2</sup>**
- Au bulletin des arrêts de la chambre criminelle, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 29) : **152,10 €<sup>2</sup>**
- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 91) : **91,80 €<sup>2</sup>**
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 97) : **15,00 €<sup>2</sup>**
- A l'index annuel des arrêts civils, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 81) : **19,00 €<sup>2</sup>**
- A la table annuelle des arrêts criminels, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 87) : **14,90 €<sup>2</sup>**
- Au bulletin des arrêts des chambres civiles + bulletin des arrêts de la chambre criminelle + index annuel des arrêts civils + table annuelle des arrêts criminels, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 37) : **381,60 €<sup>2</sup>**
- Au bulletin des arrêts des chambres civiles + bulletin des arrêts de la chambre criminelle + bulletin d'information + index annuel des arrêts civils + table annuelle des arrêts criminels, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 49) : **470,40 €<sup>2</sup>**
- Abonnement annuel D.O.M.-R.O.M.-C.O.M. et Nouvelle-Calédonie uniquement par avion : tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon la zone de destination, tarif sur demande

Nom : .....

Prénom : .....

N° d'abonné (si déjà abonné à une autre édition) : .....

N° de payeur : .....

Adresse : .....

Code postal : .....

Localité : .....

Date : .. Signature : .....

Ci-joint mon règlement par chèque bancaire ou postal, à l'ordre de la Direction des Journaux officiels.

191076540-000107

Imprimerie des Journaux officiels, 26, rue  
Desaix, 75727 Paris Cedex 15 N° D'ISSN :  
0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le conseiller à  
la Cour de cassation, directeur du service de  
documentation et d'études : Alain LACABARATS

Reproduction sans autorisation interdite -  
Copyright Service de documentation et d'études

Le bulletin d'information peut être consulté sur le  
site internet de la Cour de cassation :

<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction Artistique : PPA ■ PARIS

# intranet

l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranetjustice, les magistrats y trouveront notamment :

l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990, les arrêts publiés depuis 1960 ; une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;

- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



**Direction  
des Journaux  
officiels**

26, rue Desaix  
75727 Paris  
cedex 15

renseignements :  
01 40 58 79 79

[info@journal-officiel.gouv.fr](mailto:info@journal-officiel.gouv.fr)

**Commande :**

par courrier

par télécopie :

01 45 79 17 84

sur Internet :

[www.journal-officiel.gouv.fr](http://www.journal-officiel.gouv.fr)

**Prix : 5,20 €**  
ISSN 0750-3865