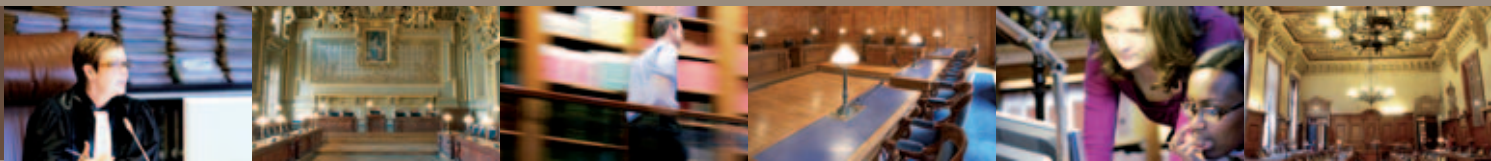


Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 715



*Publication
bimensuelle*

*1^{er} février
2010*

Les éditions des
JOURNAUX OFFICIELS



COUR DE CASSATION

internet

Consultez

sur

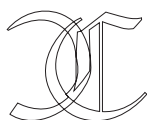
www.courdecassation.fr

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



Par arrêt du 9 juillet dernier (*infra*, n° 138), la première chambre civile a jugé qu'« aux termes de l'article 1386-4 du code civil, un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. Dans l'appréciation de cette exigence, il doit être tenu compte, notamment, de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation », approuvant « la cour d'appel qui, [ayant] constaté que le dictionnaire médical Vidal, comme la notice actuelle de présentation du vaccin, fait figurer au nombre des effets secondaires indésirables possibles du produit la poussée de sclérose en plaques, quand la notice de présentation du produit litigieux ne contenait pas cette information, en a exactement déduit que le vaccin présentait le caractère d'un produit défectueux au sens de ce texte ».

Commentant cette décision, rapprochée de l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 2 juin dernier – requête n° 31675/04, Pierre Sargos note (*JCP* 2009, éd. G, Jurisprudence, p. 13) que cet arrêt « marqu[e] fermement la position de la Cour de cassation sur le point capital de l'information sur les effets indésirables des médicaments par les mentions de la notice » et que, par ailleurs, avec cet arrêt (sommaire n° 2, relatif au lien de causalité entre la défectuosité du produit et le dommage causé par ce dernier), « la charge de la preuve de la victime sera alors simplifiée par rapport au calvaire de la recherche de la responsabilité du fabricant, puisqu'il lui suffira d'établir qu'un médicament lui a été administré et que ce médicament est à l'origine (causalité matérielle) de sa maladie », charge également « facilitée par un arrêt du 24 septembre 2009 (pourvoi n° 08-16.305, en cours de publication) [...] qui consacre aussi une nouvelle fois la notion d'origine ».

Doctrine



La chambre sociale, par une série d'arrêts du 8 juillet 2009 (*infra*, n° 147 à 150), « saisie des premiers contentieux sur la loi n° 2008-789 du 20 juillet 2008 » (Marie-Laure Morin, *Droit social*, septembre-octobre 2009, p. 950 et s.), a notamment jugé que « l'adhésion d'un salarié à un syndicat [relevant] de sa vie personnelle et ne [pouvant] être divulguée sans son accord [...], le syndicat qui entend créer ou démontrer l'existence d'une section syndicale dans une entreprise, alors que sa présence y est contestée » doit « apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification personnelle des adhérents, dont seul le juge peut prendre connaissance », solution qui « protège la liberté syndicale, en aménageant [...] le régime de la preuve conformément aux solutions retenues par la jurisprudence de la CEDH sur le procès équitable » (M.-L. Morin, *op. cit.*).

Enfin, le lecteur trouvera, en rubrique « Cours et tribunaux », une seconde étude rédigée par le service de documentation et d'études, bureau chargé du suivi du contentieux de la chambre commerciale, portant cette fois sur « l'extension des procédures collectives aux autres personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé (loi du 26 juillet 2005) », et, en rubrique « Arrêt publié intégralement » un arrêt de chambre mixte du 11 décembre 2009, relatif, selon les termes du conseiller rapporteur, à la « contrariété des décisions rendues par [une] chambre de l'instruction et une chambre civile, saisies, l'une à l'insu de l'autre à quelques jours d'intervalle, d'une même demande de mainlevée d'inscription provisoire d'hypothèque, qui ont statué en sens opposé ».

Table des matières

Jurisprudence

Droit européen	<i>Pages</i>
Actualités	6

Cour de cassation (*)

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

*Arrêt rendu par la chambre mixte
le 11 décembre 2009*

Chambre de l'instruction	10
Cassation	10

II. - ORDONNANCE DU PREMIER PRÉSIDENT

Numéros

Articles 1009 et suivants
du code de procédure civile

Cassation	91
-----------	----

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS - ARRÊTS DES CHAMBRES

Action en justice	92-119
Alsace-Moselle	93
Animaux	94
Appel civil	95-96
Arbitrage	125
Assurance de personnes	97
Astreinte (loi du 9 juillet 1991)	98
Bail commercial	99-100
Bail d'habitation	101 à 103
Bornage	104
Chose jugée	105-106
Compétence	107
Conflit collectif du travail	108

Contrat de travail, rupture	109-110
Divorce, séparation de corps	117
Etranger	111
Exécution provisoire	112
Filiation	113-114
Frais et dépens	115
Instruction	116
Majeur protégé	117 à 119
Mandat d'arrêt européen	120
Mariage	121
Partage	122
Prescription civile	123-124
Procédure civile	125 à 127
Procédures civiles d'exécution	128
Protection des consommateurs	129-130
Protection des droits de la personne	131
Prud'hommes	132
Référé	133
Régimes matrimoniaux	134
Réserve	135
Représentation des salariés	136
Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle	137
Responsabilité du fait des produits défectueux	138
Sécurité sociale	139

* 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.

Sécurité sociale, accident du travail	140-141
Sécurité sociale, régimes complémentaires	142
Servitude	143-144
Statut collectif du travail	145
Succession	146
Syndicat professionnel	147 à 151
Travail réglementation, santé et sécurité	152

Cours et tribunaux *Page*

L'extension des procédures collectives aux « autres personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé » (loi du 26 juillet 2005)	59
---	----

Jurisprudence

Droit européen

Actualités

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Rappel :

L'observatoire du droit européen publie une veille bimestrielle de droit européen disponible sur le site intranet de la Cour de cassation : <http://intranet.cour-de-cassation.justice.fr/>, sous la rubrique « Documentation », et sur le site internet : www.courdecassation.fr, sous la rubrique « Publications de la Cour ».

- Interdiction de la torture : article 3 (interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans l'arrêt **X... c/ France**, requête n° 19576/08, rendu le 3 décembre 2009, la Cour juge, à l'unanimité, que la mise à exécution de la décision de renvoi du requérant vers l'Algérie constituerait une violation de l'article 3 (interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle dit n'y avoir lieu à se prononcer sur l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention.

Faits :

Le requérant, actuellement assigné à résidence en France, est né en Algérie. Il arriva avec sa famille, en 1979, à l'âge de cinq ans en France, où il fit toute sa scolarité avant d'y travailler comme ingénieur. Il acquit la nationalité française en janvier 2001, par décret de naturalisation.

Interpellé en septembre 2001, il fut mis en examen du chef de participation à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme et d'usage de faux document. En mai 2002, il fut déchu de la nationalité française. Il fut reconnu coupable, le 15 mars 2005, des faits qui lui étaient reprochés et, à ce titre, condamné à neuf années d'emprisonnement et à une interdiction définitive du territoire français. La cour d'appel réduisit sa peine d'emprisonnement à six ans, mais maintint la peine complémentaire. La commission d'expulsion prononça un avis favorable à son expulsion en février 2006.

Le 7 avril 2008, le requérant demanda le relèvement de l'interdiction du territoire français, mais, le 14 avril, le préfet de police l'informa de son intention de l'expulser vers l'Algérie. Un arrêté préfectoral fut pris en ce sens le 16 avril 2008.

Placé dans un centre de rétention administrative, il exerça différents recours et déposa une demande d'asile. Parallèlement, il saisit la Cour de Strasbourg d'une demande de mesure provisoire, sur le fondement de l'article 39 du règlement de la Cour européenne, relatif aux mesures provisoires. À ce titre, la juridiction strasbourgeoise demanda au gouvernement français de suspendre l'exécution de la décision d'expulsion pour la durée de la procédure devant la Cour européenne. Le 30 avril 2008, le tribunal administratif de Paris, statuant sur sa demande de référé-suspension, dit n'y avoir lieu à statuer, dès lors que la menace d'un éloignement imminent du requérant vers l'Algérie avait été levée suite à l'application de l'article 39 du règlement de la Cour. L'intéressé reçut notification d'un arrêté de placement en assignation à résidence pris par le ministre de l'intérieur.

L'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), après avoir constaté que le requérant n'apportait aucun élément permettant de penser qu'il serait la cible des autorités algériennes en cas d'expulsion vers ce pays, rejeta sa demande d'asile. La Cour nationale du droit d'asile, saisie d'une demande d'annulation de cette décision, rejeta ce recours. Sans contester les risques encourus par l'intéressé en cas d'expulsion vers l'Algérie, elle interpréta les dispositions de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés comme permettant de priver de protection les personnes jugées coupables d'agissements contraires aux buts et principes des Nations unies, et elle considéra, au vu des agissements du requérant, que tel était son cas, pour conclure qu'il y avait lieu d'exclure le requérant du bénéfice de ces dispositions protectrices. Un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État est en cours.

Griefs :

Invoquant l'article 3 de la Convention, le requérant soutenait que la mise à exécution de la décision prononçant son renvoi vers l'Algérie l'exposerait à un risque de traitement inhumain ou dégradant. Il soutenait également que son expulsion vers son pays d'origine constituerait une atteinte disproportionnée à son droit à la protection de sa vie privée et familiale prévu par l'article 8 de la Convention.

Décision :

- Concernant l'article 3 de la Convention :

Thèse soutenue par le requérant :

Selon le requérant, les personnes soupçonnées d'activités terroristes ou condamnées pour de tels faits à l'étranger encourent, lors de leur retour en Algérie, le risque réel d'être interpellées et torturées. De par son profil et sa condamnation en France pour faits de terrorisme, il estime encourir personnellement un tel risque.

Motivation de la Cour européenne :

La Cour renvoie aux principes généraux qu'elle a posés dans son arrêt de grande chambre X... c/ Italie, requête no 37201/06, du 28 février 2008 : « *L'article 3, qui prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants, consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Il ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles additionnels nos 1 et 4* » à la Convention (paragraphe 127 de l'arrêt X... c/ Italie, requête no 37201/06, précité).

« *La Cour considère que l'argument tiré de la mise en balance, d'une part, du risque que la personne subisse un préjudice en cas de refoulement et, d'autre part, de sa dangerosité pour la collectivité si elle n'est pas renvoyée repose sur une conception erronée des choses. [...] La perspective que la personne constitue une menace grave pour la collectivité si elle n'est pas expulsée ne diminue en rien le risque qu'elle subisse des mauvais traitements si elle est refoulée* » (paragraphe 139 de l'arrêt X... c/ Italie, requête no 37201/06, précité). « *Il appartient en principe au requérant de produire des éléments susceptibles de démontrer qu'il y a des raisons sérieuses de penser que, si la mesure incriminée était mise à exécution, il serait exposé à un risque réel de se voir infliger des traitements contraires à l'article 3* » (paragraphe 129 de l'arrêt X... c/ Italie, requête no 37201/06, précité). Lorsque de tels éléments sont produits, il incombe au gouvernement de dissiper les doutes éventuels à leur sujet.

Conformément à la jurisprudence constante de la Cour, pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. Si le requérant n'a pas été extradé ou expulsé au moment où la Cour examine l'affaire, la date à prendre en compte est celle de la procédure devant la Cour.

S'agissant du cas d'espèce et en ce qui concerne la situation en Algérie, la Cour se réfère aux rapports du Comité des Nations unies contre la torture et de plusieurs organisations non gouvernementales qu'elle cite (Amnesty International et *Human Rights Watch*, notamment), et qui décrivent une situation préoccupante.

Les juges européens énoncent : « *force est de constater qu'ils [ces rapports] signalent des cas nombreux d'interpellations par le DRS [département algérien du renseignement et de la sécurité], en particulier lorsqu'il s'agit de personnes soupçonnées d'être impliquées dans le terrorisme international. Selon les sources précitées, ces personnes, placées en détention sans contrôle des autorités judiciaires ni communication avec l'extérieur (avocat, médecin ou famille), peuvent être soumises à des mauvais traitements, y compris la torture, ce que le gouvernement défendeur n'exclut pas, puisqu'il admet l'existence, en Algérie, de traitements contraires à l'article 3 de la Convention, même s'il en conteste le caractère systématique.* »

Après avoir examiné le sort réservé aux terroristes en Algérie et celui du requérant (absence de mandat d'arrêt délivré contre lui par les autorités algériennes, mais forte médiatisation de son arrestation et de son jugement en France), la Cour conclut : « *eu égard en particulier au profil de l'intéressé, qui n'est pas seulement soupçonné de liens avec le terrorisme, mais a fait l'objet, pour des faits graves, d'une condamnation en France dont les autorités algériennes ont eu connaissance, la Cour est d'avis qu'il est vraisemblable qu'en cas de renvoi vers l'Algérie le requérant deviendrait une cible pour le DRS* » (paragraphe 71). Elle juge donc à l'unanimité que « *la décision de renvoyer l'intéressé vers l'Algérie emporterait violation de l'article 3 de la Convention si elle était mise à exécution* » (paragraphe 73).

- Concernant l'article 8 de la Convention :

La Cour expose qu'après avoir constaté que la mise à exécution de la décision d'expulsion serait constitutive d'une violation de l'article 3 de la Convention, elle ne doute pas que le gouvernement se conformera au présent arrêt. Dans ces conditions, elle ne juge pas nécessaire de se prononcer sur ce grief tiré de l'article 8 de la Convention.

- Droit au respect de la vie privée et familiale : article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Dans l'arrêt X... c/ France, requête no 28499/05, rendu le 26 novembre 2009, la Cour européenne conclut à l'unanimité à la non-violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (droit au respect de la vie privée et de la vie familiale).

Faits :

La requérante était mère de deux enfants, qui avaient été reconnues par leur père. Elle avait la garde exclusive de ses filles. En novembre 2001, elle saisit le juge des enfants pour dénoncer le père de ses filles, qu'elle accusait

d'être un tueur. Diverses enquêtes sociales furent diligentées par le juge, desquelles il ressortait que la requérante, en raison d'une personnalité particulièrement perturbée, présentait un danger psychologique pour ses enfants. Il était précisé que la requérante, atteinte d'un cancer, apparaissait « terrorisée » par le devenir de ses filles.

Le 1^{er} juillet 2003, le juge décida de confier les fillettes à l'Aide sociale à l'enfance (ASE) pour une période de deux ans, tout en maintenant un droit de visite à la mère et au père des enfants. Au cours de ce placement, le comportement intrusif et agressif de la requérante, à l'égard notamment du personnel des services sociaux, amena le juge à suspendre son droit de visite, de septembre à décembre 2003, et à ordonner de maintenir secret le lieu de résidence des fillettes. Plusieurs expertises furent encore effectuées et, en juin 2004, le juge, constatant que la mesure de placement insécurisait les enfants, décida de lever la mesure et ordonna la remise des fillettes à la requérante. Entre-temps, cette dernière avait fait appel, en vain, des décisions de placement et d'action éducative prises en faveur de ses filles. En janvier 2005, la Cour de cassation estima qu'il n'y avait pas lieu à statuer sur les pourvois formés par la requérante contre les arrêts de la cour d'appel, puisque la mesure de placement avait été levée.

Griefs :

La requérante invoquait la violation de nombreux articles. Elle soutenait que les mesures de placement prises à l'encontre de ses enfants et les conditions de ce placement constituaient une violation des articles 3 (interdiction de la torture et des mauvais traitements) et 5 (droit à la liberté et à la sûreté) de la Convention. Elle expliquait qu'en l'absence de recours contre les dysfonctionnements des services administratifs et judiciaires, elle avait été privée de son droit à un recours effectif, prévu à l'article 13 de la Convention. Par ailleurs, elle estimait que son droit d'accès à un tribunal, protégé par l'article 6 de la Convention, avait été bafoué par la Cour de cassation, qui avait refusé de statuer sur les pourvois qu'elle avait formés contre les décisions des cours d'appel. Enfin, exposant que les mesures de placement de ses filles avaient gravement porté atteinte à sa vie privée et familiale, elle soulevait une violation de l'article 8 de la Convention.

Décision :

Sur la violation des articles 3, 5, 6 et 13 de la Convention, la Cour estime que la requérante n'apporte aucune preuve ou argument permettant d'établir que les mesures de placement et les conditions de placement de ses filles pourraient constituer une violation de la Convention et rejette ces griefs.

- Sur la violation de l'article 6 de la Convention concernant le droit d'accès de la requérante à un tribunal :

Les juges de Strasbourg constatent qu'au moment où la Cour de cassation a eu à se prononcer sur les pourvois formés par la requérante, les procédures de placement et le secret sur leur lieu de résidence avaient été levés. Les arrêts attaqués étaient donc devenus caducs. « *En statuant comme elle l'a fait, la Cour de cassation, qui avait épuisé sa saisine, n'a pas limité l'accès de la requérante à un tribunal (voir, a contrario, X. c/ France, requête n° 35109/02, §§ 119 et 120, 26 juillet 2007)* » (paragraphe 36).

- Sur la violation de l'article 8 de la Convention :

La Cour rappelle le principe selon lequel les relations établies entre un enfant et son parent relèvent de l'article 8 de la Convention. Il incombe aux Etats de « *prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics* », mais également d'agir « *de manière à permettre [au lien familial] de se développer et de prendre les mesures propres à réunir le parent et l'enfant concerné* » (paragraphe 59).

Ainsi que l'admet le gouvernement, en l'espèce, les mesures de placement constituent bien une ingérence dans la vie familiale de la requérante. Il s'agit donc de savoir si, conformément à l'article 8 § 2 de la Convention, cette ingérence était « *prévues par la loi* », « *nécessaire dans une société démocratique* » et « *proportionnée au but légitime recherché* ».

Ingérence prévue par la loi et poursuivant un but légitime : la requérante expliquait que le placement de ses enfants n'avait aucune base légale, puisque la mesure avait été prononcée sans que ses filles aient été examinées par un expert. La Cour précise que les rapports établis par les services sociaux de santé ainsi que par un psychiatre, préalablement à l'ordonnance de placement prise par le juge, faisaient état d'une mise en danger des enfants. Or, l'article 375 du code civil permet au juge de prendre les mesures nécessaires si la santé, la sécurité, la moralité d'un mineur sont gravement compromises. Dès lors, l'ingérence était prévue par la loi ; elle avait pour but légitime celui de la préservation des droits et libertés d'autrui (les mineurs), prévu par l'article 8 § 2 de la Convention.

Ingérence nécessaire dans une société démocratique (proportionnée au but légitime recherché) : la Cour analyse les motivations des décisions de placement des enfants ; elle recherche si les motifs étaient pertinents et suffisants au regard de l'article 8 de la Convention, et si les juridictions ont tout mis en œuvre pour maintenir le lien familial entre la requérante et ses enfants.

En l'espèce, elle constate que c'est la requérante qui a saisi le juge des enfants, en dénonçant le père de ses filles pour attirer son attention. Les mesures d'action éducative puis de placement n'ont été ordonnées par le juge qu'en raison de la suspicion de danger pesant sur le développement psychoaffectif des enfants, révélée par les expertises et enquêtes diligentées par le juge. Par ailleurs, selon la Cour européenne, seuls le comportement agressif de la requérante et son absence totale de coopération avec les services sociaux ont conduit le juge à ordonner la suspension de ses droits de visite, de septembre à décembre 2003. Enfin, les mesures prises à l'égard des enfants ont considérablement évolué au fil des mois, en fonction de l'évolution de la situation individuelle et familiale de la requérante et de ses enfants, pour aboutir à la remise des fillettes à leur mère dès que les conditions furent jugées favorables.

Selon la Cour, « *les autorités ont mis en œuvre tous les moyens susceptibles de maintenir le lien familial. Elles ont, de manière précise et constante, évalué le danger qui existait pour les mineurs, dont la santé, la sécurité ou les conditions d'éducation pouvaient paraître compromises. Elle note par ailleurs que le lien familial n'a pas été*

brisé et que le retour des fillettes auprès de leur mère a été ordonné dès qu'il est apparu que celles-ci souffraient gravement de cette séparation. Dans ces conditions et au vu de l'intérêt primordial des enfants d'être placés dans un environnement offrant les meilleures conditions pour leur développement, la Cour estime que les mesures prises en l'espèce étaient nécessaires et proportionnées » (paragraphe 75 et 76). Elle conclut, à l'unanimité, à la non-violation de l'article 8 de la Convention.

- Sur la violation alléguée de l'article 13 de la Convention :

Selon la Cour, l'article L. 141-1 (anciennement L. 781-1) du code de l'organisation judiciaire permet la réparation par l'État de dysfonctionnements éventuels de la justice. Elle rappelle avoir ainsi jugé, dans une décision rendue en grande chambre, X... c/ France, requête n° 57220/00, le 11 septembre 2002, que le recours ouvert par l'article L. 718-1 du code de l'organisation judiciaire permettait d'obtenir réparation d'une violation de l'article 6 de la Convention, sous l'angle du délai raisonnable. En l'espèce, la requérante n'a pas usé de ce recours. La Cour juge donc ce grief manifestement mal fondé.

Ces arrêts peuvent être consultés sur le site HUDOC de la Cour européenne des droits de l'homme : <http://www.echr.coe.int>.

Cour de cassation

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

ARRÊT DU 11 DÉCEMBRE 2009 RENDU PAR LA CHAMBRE MIXTE

Titres et sommaires	Page 10
Arrêt	Page 10
Rapport	Page 13
Avis	Page 26

1^o Chambre de l'instruction

Appel d'une décision du juge des libertés et de la détention ordonnant une mesure d'inscription provisoire d'hypothèque - Contrôle - Etendue - Détermination.

2^o Cassation

Contrariété de décisions - Contrariété entre une décision pénale et une décision civile - Annulation de la décision.

1^o Une chambre de l'instruction, saisie d'une demande de mainlevée d'une inscription provisoire d'hypothèque ordonnée par un juge des libertés et de la détention, et qui relève que cette instruction n'était pas excessive au regard des amendes encourues, retient à bon droit que la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 mars 2004, confiant à l'autorité judiciaire le soin d'apprécier l'existence d'éléments de gravité justifiant le recours à une procédure exceptionnelle, ne s'applique qu'à l'infraction de vol en bande organisée, et non à l'ensemble des infractions visées par l'article 706-73 du code de procédure pénale.

2^o Dès lors qu'il résulte du rapprochement des dispositifs que deux décisions, l'une émanant du juge pénal, l'autre du juge civil, sont inconciliables dans leur exécution et aboutissent à un déni de justice, et que la décision rendue par la chambre de l'instruction, compétente à défaut de disposition particulière dérogatoire pour connaître de l'appel d'une décision du juge des libertés et de la détention, est conforme à la doctrine de la Cour de cassation, il convient d'annuler celle rendue par la chambre civile.

ARRÊT

La Cour de cassation, siégeant en chambre mixte, a rendu l'arrêt suivant :

I. - Statuant sur le pourvoi n^o 08-86.304, formé par la société civile immobilière (SCI) Verica [...], contre l'arrêt rendu le 17 juin 2008 par la cour d'appel de Paris (6^e chambre de l'instruction), confirmant la décision rendue le 3 juillet 2007 par le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Bobigny, qui a rejeté la demande de mainlevée d'inscription d'hypothèque judiciaire présentée par la SCI Verica ;

II. - Statuant sur le pourvoi n^o 09-13.944, formé par le procureur général près la cour d'appel de Paris [...] contre :

1^o L'arrêt rendu le 17 juin 2008 par la cour d'appel de Paris (6^e chambre de l'instruction) ;

2^o L'arrêt rendu le 19 février 2009 par la cour d'appel de Paris (2^e chambre, section B), concernant la SCI Verica ;

M. le premier président a, par ordonnance du 15 juin 2009, renvoyé les pourvois devant une chambre mixte et, par ordonnance du 23 novembre 2009, indiqué que cette chambre mixte serait composée des deuxième et troisième chambres civiles, et de la chambre criminelle ;

La demanderesse au pourvoi n° 08-86.304 invoque, devant la chambre mixte, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Ce moyen a été formulé dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par M^e Spinosi, avocat de la SCI Verica ; M^e Spinosi a également déposé des observations complémentaires ;

Le procureur général près la cour d'appel de Paris, demandeur au pourvoi n° 09-13.944, invoque, devant la chambre mixte, le moyen unique de cassation déposé au greffe de la Cour de cassation et annexé au présent arrêt ;

Un mémoire en réponse a été déposé au greffe de la Cour de cassation par M^e Spinosi ;

Le rapport écrit de M. Rouzet, conseiller, et l'avis écrit de M. Boccon-Gibod, avocat général, ont été mis à la disposition des parties ;

[...]

Sur le rapport de M. Rouzet, conseiller, assisté de Mmes Cohen et Georget, auditeurs au service de documentation et d'études, les observations de M^e Spinosi, l'avis de M. Boccon-Gibod, avocat général, tendant à la cassation des arrêts, auquel M^e Spinosi, invité à le faire, a répliqué, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Joint les pourvois n° 08-86.304 et 09-13.944 ;

Attendu qu'un juge des libertés et de la détention ayant autorisé, sur le fondement de l'article 706-103 du code de procédure pénale, l'inscription provisoire d'une hypothèque sur un immeuble appartenant à la société civile immobilière Verica (la SCI), ce même juge a rejeté la demande de mainlevée de cette mesure ; que, par arrêt du 17 juin 2008, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris a confirmé cette décision ; que, par arrêt du 19 février 2009, la chambre civile de la cour d'appel de Paris, également saisie par la SCI d'un recours contre la même décision, a ordonné la mainlevée de la mesure ;

Sur le moyen unique du pourvoi n° 08-86.304, dirigé contre l'arrêt du 17 juin 2008, qui est préalable :

Attendu que la SCI Verica fait grief à l'arrêt de la chambre de l'instruction du 17 juin 2008 de rejeter sa demande, alors, selon le moyen :

1° qu'il résulte de l'article 706-103 du code de procédure pénale que les mesures provisoires susceptibles d'être ordonnées par le juge des libertés et de la détention doivent répondre aux modalités prévues par les voies civiles d'exécution ; que la chambre de l'instruction ne pouvait se borner à affirmer que l'inscription d'hypothèque dont la mainlevée était demandée n'était pas excessive au regard des peines encourues, sans caractériser, conformément aux exigences de l'article 67 de la loi du 9 juillet 1991, qu'il existait des circonstances de nature à mettre en péril le recouvrement de la créance ;

2° qu'en refusant d'ordonner la mainlevée autorisant une inscription d'hypothèque sur un bien d'une valeur de 661 832 euros lorsqu'il résulte des pièces de la procédure que seule la provenance de 228 191 euros, montant au demeurant contesté, est indéterminée, la chambre de l'instruction a porté une atteinte disproportionnée au droit de propriété de la SCI Verica ;

3° qu'il résulte de la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-492 du 2 mars 2004 qu'en matière d'atteinte aux biens ne présentant pas de danger pour les personnes, il appartient au juge judiciaire d'apprécier l'existence d'éléments de gravité justifiant les procédures exceptionnelles prévues aux articles 706-73 et suivants du code de procédure pénale ; que la chambre de l'instruction ne pouvait, pour s'abstenir de procéder à cette recherche, se borner à indiquer que la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel ne concerne que l'infraction de vol en bande organisée.

Mais attendu qu'ayant, par motifs propres et adoptés, retenu à bon droit que le juge des libertés et de la détention peut ordonner des mesures conservatoires afin de garantir le paiement des amendes encourues et que la réserve d'interprétation invoquée par la SCI avait été émise par le Conseil constitutionnel à propos de l'infraction de vol en bande organisée relevant de l'article 706-73 du code de procédure pénale, et non quant aux autres infractions qui y sont visées, la chambre de l'instruction, qui a relevé que l'inscription d'hypothèque à hauteur d'une somme de 661 832 euros n'était pas une mesure excessive au regard des amendes encourues et qui était seulement tenue de s'assurer que les modalités prévues par les procédures d'exécution avaient été respectées, en a exactement déduit que la demande de mainlevée devait être rejetée ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur la recevabilité du pourvoi n° 09-13.944, contestée par la défense :

Attendu que la SCI conteste la recevabilité du pourvoi au motif qu'il ne vise qu'une seule des deux décisions prétendues inconciliables, en l'espèce l'arrêt (RG n° 07/05611) rendu par la cour d'appel de Paris (6^e chambre de l'Instruction) le 17 juin 2008 ;

Mais attendu que le pourvoi visant aussi l'arrêt (RG n° 07/12919) rendu par la cour d'appel de Paris (2^e chambre, section B) le 19 février 2009, le moyen manque en fait ;

D'où il suit que le pourvoi est recevable ;

Sur la recevabilité du moyen unique du pourvoi n° 09-13.944, contestée par la défense :

Attendu que la SCI conteste la recevabilité du moyen au motif qu'il ne précise pas la partie critiquée de la décision attaquée et que le ministère public n'ayant pas soulevé la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée devant la chambre civile, le moyen est nouveau ;

Mais attendu que le procureur général près la cour d'appel de Paris invoquant une contrariété entre les dispositifs des deux décisions dont le caractère inconciliable aboutit à un déni de justice, le moyen est recevable ;

Sur le moyen unique du pourvoi n° 09-13.944 :

Vu l'article 4 du code civil, ensemble l'article 618 du code de procédure civile ;

Attendu que le pourvoi dirigé contre deux décisions, dont l'une émane du juge pénal et l'autre du juge civil, est recevable lorsque, même non rendues en dernier ressort et alors qu'aucune d'elles n'est susceptible d'un recours ordinaire, elles sont inconciliables dans leur exécution et aboutissent à un déni de justice ;

Attendu que, du rapprochement des dispositifs des deux arrêts, il résulte que la mainlevée de l'inscription provisoire d'hypothèque est refusée par l'un et accordée par l'autre ; que ces décisions sont inconciliables dans leur exécution et aboutissent à un déni de justice ;

Et attendu que, dès lors que la première décision de la chambre de l'instruction, rendue, à défaut de disposition particulière dérogatoire, par la juridiction compétente pour connaître de l'appel d'une décision du juge des libertés et de la détention, est conforme à la doctrine de la Cour de cassation, il convient d'annuler la seconde, rendue par la chambre civile ;

Attendu qu'en application de l'article 627, alinéa premier, du code de procédure civile, l'annulation encourue n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi formé par la SCI Verica contre l'arrêt rendu le 17 juin 2008 par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris ;

ANNULE l'arrêt rendu le 19 février 2009 par la deuxième chambre, section B, de la cour d'appel de Paris ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi [...].

Ch. mixte, 11 décembre 2009.
Rejet et annulation sans renvoi

N° 08-86.304 et 09-13.944. - CA Paris, 17 juin 2008 et 19 février 2009.

M. Lamanda, P. Pt. - M. Rouzet, Rap., assisté de Mmes Cohen et Georget, auditeurs, M. Boccon-Gibod, Av. Gén., M^e Spinosi, Av.

Rapport de M. Rouzet

Conseiller rapporteur

La Cour de cassation, dont la chambre criminelle avait à l'origine à connaître d'un pourvoi introduit contre un arrêt rendu par une chambre de l'instruction, est amenée à se prononcer en chambre mixte, sur saisine du procureur général près la cour d'appel de Paris, pour contrariété des décisions rendues par cette chambre de l'instruction et une chambre civile, saisies, l'une à l'insu de l'autre à quelques jours d'intervalle, d'une même demande de mainlevée d'inscription provisoire d'hypothèque, qui ont statué en sens opposé.

Rappel des faits et de la procédure

A. - Les faits et actes à l'origine des appels

Une information ouverte en février 2003 auprès du juge d'instruction de Bobigny a révélé l'existence d'un réseau organisé de constitution et d'usage de faux dossiers de crédits immobiliers s'étendant à une cinquantaine de pavillons acquis selon le même mode opératoire.

La SCI Verica et certains de ses membres ou de leurs proches ont, par suite, été mis en examen le 11 septembre 2003 pour blanchiment, blanchiment en bande organisée, escroqueries en bandes organisées, association de malfaiteurs, faux et usage, complicité et recel.

Le procureur de la République de Bobigny, sur le fondement de l'article 706-103 du code de procédure pénale, a requis, le 15 janvier 2007, l'inscription provisoire d'une hypothèque sur un immeuble situé aux Pavillons-sous-Bois, propriété de la SCI Verica.

Le juge des libertés et de la détention a, par ordonnance du 31 janvier 2007, autorisé cette inscription à hauteur de 661 832 euros, correspondant au prix d'achat de l'immeuble, laquelle inscription a été dénoncée à la SCI Verica par acte d'huissier de justice du 11 avril 2007.

La SCI Verica, sur assignation délivrée le 23 mai 2007 au procureur de la République, a saisi le juge des libertés et de la détention en annulation de l'acte d'huissier de justice du 11 avril 2007 et, par voie de conséquence, en caducité de l'inscription et en mainlevée de l'inscription.

Le juge des libertés et de la détention de Bobigny a, par jugement¹ du 3 juillet 2007, constaté « *qu'en l'espèce, la première page de l'acte d'huissier délivré le 11 avril 2007 renvoie, s'agissant de la contestation, à la deuxième page, qui reproduit les articles 210 à 219 du décret du 31 juillet 1992 ainsi que ses articles 217 et 256* » et retenu qu'il était ainsi satisfait aux prescriptions de l'ensemble de l'article 255 du décret du 31 juillet 1992 invoqué, et a rejeté cette demande.

Le jugement a fait l'objet d'une notification du 5 juillet 2007, spécifiant que la voie de recours ouverte à la SCI Verica était l'appel devant la chambre de l'instruction dans un délai de quinze jours.

B. - Les appels interjetés devant la cour de Paris

1. L'appel formé devant la chambre de l'instruction

Par acte du 12 juillet 2007, la SCI Verica a interjeté appel de ce jugement au greffe du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Bobigny et a sollicité :

- d'une part, la nullité de l'acte d'huissier de justice et la caducité de l'inscription provisoire d'hypothèque en découlant, pour violation de l'article 255 du décret du 31 juillet 1992, dès lors que, s'agissant d'un texte d'ordre public, la mention qui figurait en deuxième page de l'acte d'huissier de justice visait le droit du débiteur de demander la « nullité » de la sûreté au lieu de la « mainlevée » et était erronée, et que la référence aux textes adéquats faisait défaut ;

- d'autre part, la mainlevée de cette inscription, dès lors, notamment, que les conditions posées par l'article 67 de la loi du 9 juillet 1991, applicable aux procédures civiles d'exécution, n'avaient pas été remplies.

Par arrêt du 7 février 2008, sur appel de la SCI Verica, la quatrième chambre de l'instruction a renvoyé l'affaire devant la sixième, considérant que la mesure contestée, prise dans une information ouverte pour plusieurs des infractions entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-74 du code de procédure pénale, concernait la criminalité et la délinquance organisées et relevait du contentieux de cette chambre.

Par arrêt du 17 juin 2008, la sixième chambre de l'instruction a confirmé le jugement entrepris, en retenant, d'abord, que l'acte d'huissier de justice comportait, en deuxième page, la reproduction des articles prescrits et, ensuite, que, si le libellé de cet acte, qui informait la SCI Verica de son droit de demander « la nullité » au lieu de mentionner « la mainlevée » de la sûreté, était erroné, cela était « *toutefois sans conséquence sur la portée du principe édicté, qui vise à ouvrir au débiteur un recours que la SCI Verica n'a pas manqué d'exercer* ».

¹ Intitulé sous lequel la décision a été rendue, alors que le terme d'ordonnance est généralement utilisé pour celle émanant d'un juge des libertés et de la détention (Crim., 7 avril 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 70), mais qui a précédemment été employé par la cour d'appel de Dijon le 13 juillet 2004 (*JurisData* n° 2004-276.175).

2. L'appel formé devant la chambre civile

Par acte du 17 juillet 2007, la SCI Verica a introduit un second recours contre ce jugement, par avoué à la cour d'appel de Paris, en sollicitant également la nullité de l'acte d'huissier de justice et, en conséquence, la caducité de l'inscription susvisée, et la mainlevée de cette inscription.

Par arrêt du 19 février 2009, la deuxième chambre civile de la cour d'appel de Paris, constatant que l'acte de dénonciation mentionnait en première page que le débiteur pouvait demander la « nullité » de la sûreté (et non la « mainlevée »), comme il était dit dans les articles reproduits à la page suivante, et que ces derniers les énuméraient tous dans les mêmes caractères, a fait droit à la demande de la SCI Verica en retenant que :

- d'une part, « *la mention obligatoire était erronée, en ce que l'article 255 impose à l'huissier d'indiquer au débiteur la possibilité qu'il a de demander la mainlevée de la sûreté et non pas seulement sa nullité* » ;
- d'autre part, « *l'acte ne renvoie pas à l'article 217, comme le prévoit l'article 255* », mais seulement aux articles reproduits, qui, selon l'arrêt, « *concernent pour la plupart des nullités et des caducités textuelles qui suivent des régimes différents de celui relatif à la demande de mainlevée* ».

C. - Les pourvois introduits devant la Cour de cassation

1. Le pourvoi de la SCI Verica contre l'arrêt de la chambre de l'instruction

L'arrêt du 17 juin 2008, notifié aux parties par le greffe de la chambre de l'instruction le 19 juin 2008, a fait l'objet d'un pourvoi introduit par la SCI Verica le 20 juin 2008, sous le n° 08-86.304.

Le mémoire ampliatif, déposé dans le délai prescrit le 30 décembre 2008, développe un moyen unique en trois branches, et l'affaire a été inscrite au rôle de l'audience de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 17 mars 2009, sans qu'il soit déposé de mémoire en réponse.

Par des observations complémentaires, dites en prévision de l'audience et déposées le 12 mars 2009, la SCI Verica a :

- évoqué hors délai, sans l'avoir précédemment invoquée devant la cour d'appel ni le juge des libertés et de la détention, l'incompétence de la chambre de l'instruction et soutenu celle de la chambre civile, en vertu de l'article 29 du décret du 31 juillet 1992, pour connaître d'une demande en mainlevée de l'inscription d'hypothèque (argument qui n'a pas été repris dans le mémoire en défense ultérieur de la SCI Verica) ;
- fait état de ce que la cour d'appel de Paris, également saisie par ses soins d'un recours contre la décision du juge des libertés et de la détention et statuant en la forme civile, avait ordonné, par arrêt du 19 février 2009, la mainlevée de l'inscription litigieuse ;
- déclaré que son pourvoi était sans objet (sans déposer pour autant un désistement au greffe, ni – dès lors – être habile à justifier que ce désistement avait été accepté).

2. Le pourvoi du parquet général en contrariété de décisions et en cassation de l'arrêt civil

Les arrêts des 17 juin 2008 et 19 février 2009, ce dernier signifié le 17 mars 2009 au parquet général et le 7 mai 2009 à la SCI Verica, ont fait l'objet d'un pourvoi introduit par le procureur général près la cour d'appel de Paris le 30 avril 2009, sous le n° 09-13.944.

Le mémoire ampliatif, déposé sous ce titre par son parquet général le 5 juin 2009 et signifié le même jour, développe un moyen unique de cassation en une branche.

Par ordonnance du 15 juin 2009, le premier président de la Cour de cassation a renvoyé ces deux pourvois devant une chambre mixte et, par une seconde ordonnance du 25 juin 2009, prise sur requête en application de l'article 1009 du code de procédure civile et régulièrement notifiée par le greffe des pourvois, a notamment réduit à un mois et demi, à compter de la signification du mémoire ampliatif, le délai imparti pour le dépôt du mémoire en défense.

Un mémoire en réponse a été déposé par la SCI Verica le 20 juillet 2009, dans lequel celle-ci sollicite une indemnité de 3 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La procédure apparaît régulière et l'affaire en état d'être jugée.

Examen des pourvois

1. La jonction des deux pourvois, respectivement introduits par la SCI Verica et le parquet général de Paris, aussi partie principale, paraît opportune en raison de la nature du second pourvoi.

2. L'irrecevabilité du pourvoi introduit par le parquet général de Paris, que soulève la SCI Verica dans son mémoire en réponse, peut apparaître sans fondement.

En effet, la société soutient (p. 5) que « *La déclaration de pourvoi ne précise pas quelle est la juridiction qui est l'auteur de cette décision [arrêt du 19 février 2009], ni le numéro de répertoire général de cette décision* ».

Elle en conclut que cette déclaration n'est pas conforme sur ce point aux dispositions de l'article 975 du code de procédure civile, qu'elle est frappée de nullité et que le pourvoi est par conséquent irrecevable.

Il y a toutefois lieu de relever que, en dépit de cette affirmation, le pourvoi critiqué vise expressément :

- page 1 : « *1° L'arrêt (n° 2007/05611) rendu par la cour d'appel de Paris (6^e chambre de l'instruction) le 17 juin 2008* » ;
- page 4 : « *2° L'arrêt (n° 07/1299) rendu par la cour d'appel de Paris (2^e chambre, section B) le 19 février 2009* ».

Dès lors, n'y a-t-il pas lieu d'envisager le rejet de la demande d'irrecevabilité du pourvoi (vraisemblablement due à une erreur de lecture) formulée sur ce fondement ?

3. L'ordre d'examen des pourvois, voire l'opportunité ou la nécessité d'examiner celui formé par la SCI Verica, est susceptible de susciter une légitime interrogation.

En effet :

- d'une part, il est fort logique, pour reprendre les propos de Mme I. Rohart-Messenger (*Gaz. Pal.*, 20 janvier 2007, n° 20, p. 23, obs. sous Com., 3 octobre 2006, pourvoi n° 05-12.834), que la contrariété de décisions n'ait pas déjà disparue lorsque la Cour de cassation est appelée à statuer. Ce qui serait normalement le cas, sous les réserves développées ultérieurement, tenant à ce que l'arrêt de la chambre de l'instruction est confirmatif, si le premier des arrêts critiqués était censuré ;

- mais, d'autre part, est-ce absolument nécessaire puisque, ainsi que le note M. le professeur B. Saintourens, citant son collègue M. le professeur L. Cadiet, « *la fonction de l'article 618 du nouveau code de procédure civile est également de fournir à la Haute juridiction les moyens de mettre un terme à ce qui apparaît être une atteinte à la logique* » (*Bull. Joly sociétés*, 1^{er} mars 1997, n° 3, p. 235, obs. sous Com., 19 novembre 1996, *Bull.* 1996, IV, n° 168) ? Peu importe alors le bien-fondé de chaque décision prise séparément : l'essentiel n'est-il pas qu'elles ne se contredisent pas ?

Car les conditions fixées par l'article 618 du code de procédure civile pour former ce recours sont objectivement peu contraignantes :

- le texte, en son premier alinéa, l'autorise « *lorsque deux décisions, même non rendues en dernier ressort, sont inconciliables et qu'aucune d'elles n'est susceptible d'un recours ordinaire* ». Outre la nécessité d'être inconciliables – ce qui fera l'objet de développements ultérieurs, l'incompatibilité² étant contestée par la SCI Verica en l'espèce (p. 10) –, il suffit qu'elles ne puissent faire l'objet d'aucun recours ordinaire. La condition est remplie en l'occurrence, puisqu'il n'est ni discutable ni discuté que le pourvoi en cassation constitue une voie de recours extraordinaire³ ;

- l'article ajoute, pour clore son premier alinéa, que « *le pourvoi en cassation est alors recevable, même si l'une des décisions avait déjà été frappée d'un pourvoi en cassation et que celui-ci avait été rejeté* ».

La Cour de cassation en tire pour conséquence « *que l'article 618 du nouveau code de procédure civile n'exige ni qu'il y ait identité des parties aux arrêts dont la contradiction est alléguée, ni que les pourvois précédemment formés contre ces arrêts aient été rejetés* » (3^e Civ., 6 janvier 1982, *Bull.* 1982, III, n° 3 ; *RTD civ.* 1982, n° 4, p. 790, note R. Perrot ; *Gaz. Pal.* 1982, 388, note A. Viatte), et l'applique même à une simple ordonnance de déchéance du pourvoi (2^e Civ., 23 janvier 1991, *Bull.* 1991, II, n° 25).

MM. J. et L. Boré en concluent que « *la Cour de cassation peut statuer sur le pourvoi de l'article 618, même si elle ne s'est pas encore prononcée sur les pourvois distincts, respectivement formés par les parties contre chacune des décisions* » (« Pourvoi en cassation », in *Répertoire de procédure civile*, éd. Dalloz, septembre 2008, n° 428 ; *idem*, *La Cassation en matière civile*, éd. Dalloz Action 2009-2010, n° 75-21)⁴.

Faut-il en déduire qu'il est inutile d'examiner le pourvoi introduit par la SCI Verica contre l'arrêt de la chambre de l'instruction ?

Certes, l'absence de réponse au pourvoi formé contre ce dernier ne ferait pas obstacle à son annulation pour contrariété de décisions ; mais une réponse au rejet du pourvoi, sur le fondement des griefs développés, non plus. La situation serait la même si la cassation était prononcée, puisque, l'arrêt de la chambre de l'instruction étant confirmatif, le jugement du juge des libertés et de la détention subsisterait et, avec lui, la contrariété de décisions. En revanche, la chambre mixte aura nécessairement à se prononcer sur l'annulation de l'une des deux décisions et le maintien de l'autre, ou, si nécessaire, à censurer les deux arrêts argués d'incompatibilité.

N'est-ce pas l'occasion d'examiner dès à présent les griefs développés par la SCI Verica, puisqu'ils devront l'être en tout état de cause, pour vérifier que la contrariété subsiste ? N'est-il pas alors préférable de suivre la logique de la chronologie des pourvois ?

C'est pourquoi il est proposé d'examiner les deux, et en premier celui formé par la SCI Verica contre l'arrêt de la chambre de l'instruction (I), et de poursuivre par l'examen du pourvoi introduit par le parquet général de Paris en contrariété de décisions et en annulation de l'arrêt de la chambre civile (II), avant de conclure sur les solutions envisageables.

² L'adjectif inconciliable n'ayant pas le substantif équivalent d'« inconciliableté » employé par la SCI Verica ou par certains des auteurs cités, celui d'incompatibilité sera utilisé comme l'avait fait Mme le conseiller-doyen F. Aubert dans son rapport devant l'assemblée plénière de 1996, dont il sera fait état dans la discussion.

³ Dans sa huitième suggestion au *Rapport annuel* 1996 (p. 29), la Cour de cassation, disant reprendre celle formulée au titre de l'année 1990, proposait que : « [...] Pour assurer une meilleure information des justiciables et éviter un encombrement inutile de la Cour de cassation, il est suggéré d'ajouter à l'article 680 du nouveau code de procédure civile un paragraphe 2 précisant, lorsqu'il s'agit de la notification d'un jugement rendu en dernier ressort, que le pourvoi en cassation est une voie de recours extraordinaire, qui n'a pas pour but de faire juger l'affaire au fond, mais seulement de faire sanctionner la violation des règles de droit ou de procédure [...] ». Le fait que le rapport de l'année suivante ait constaté (p. 11) qu'aucune des onze propositions formulées ou « reformulées » en 1996 n'avait connu de suite et qu'il renvoyait à celles figurant dans celui de l'année précédente n'affaiblit pas le principe, admis unanimement.

⁴ Les deux ouvrages ayant été rédigés sur ce sujet la même année et en termes identiques, les références citées se rapporteront – sauf indication contraire – au seul *Dalloz Action* 2009-2010.

I. - POURVOI DE LA SCI VERICA

Analyse succincte du moyen

La SCI Verica reproche à l'arrêt rendu par la chambre de l'instruction de rejeter sa demande de mainlevée d'inscription provisoire d'hypothèque, en violation des articles 67 de la loi du 9 juillet 1991, 706-73, 706-74, 706-103, 591 et 593 du code de procédure pénale, et développe trois griefs :

- en sa première branche, celui de s'être bornée à affirmer que l'inscription dont la mainlevée était demandée n'était pas excessive au regard des peines encourues, sans caractériser, conformément aux exigences de l'article 67 de la loi du 9 juillet 1991, l'existence de circonstances de nature à mettre en péril le recouvrement de la créance ;

- en sa deuxième branche, celui d'avoir porté une atteinte disproportionnée au droit de propriété de la SCI Verica, en refusant d'ordonner la mainlevée d'une hypothèque grevant un bien pour 661 832 euros, alors qu'il résultait des pièces de procédure que seule la provenance de la somme de 228 191 euros était « indéterminée » ;

- en sa troisième branche, celui de s'être bornée à indiquer que la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel du 2 mars 2004 ne concernait que l'infraction de vol en bande organisée, alors qu'il en résultait qu'il appartenait au juge judiciaire, en matière d'atteinte aux biens ne présentant pas de danger pour les personnes, d'apprécier l'existence d'éléments de gravité justifiant les procédures exceptionnelles des articles 706-73 et suivants du code de procédure pénale.

Identification de la difficulté soulevée

A quelles conditions doit répondre une inscription d'hypothèque provisoire pour être ordonnée par le juge des libertés et de la détention en application de l'article 706-103 du code de procédure pénale ?

Discussion du moyen

En sa première branche, la SCI Verica peut-elle valablement soutenir que la juridiction pénale était tenue de caractériser par référence à la loi de 1991 les circonstances de nature à mettre en péril le recouvrement de la créance, alors qu'elle a justifié l'inscription provisoire par les dispositions dérogatoires du code de procédure pénale ?

On relèvera d'abord que l'article 706-103 du code de procédure pénale ne fait pas référence à l'article 67 de la loi du 9 juillet 1991 puisque, sur la proposition adoptée de M. Warsmann, reprise par M. Zochetto – respectivement rapporteurs des commissions des lois à l'Assemblée nationale et au Sénat –, toute référence à ce texte a été abandonnée⁵. Seules sont visées les « modalités prévues par les procédures civiles d'exécution », ce qui peut cependant être interprété comme équivalent.

Dans la mesure où c'est le cas, n'y a-t-il pas lieu de souligner que, par motifs adoptés (jugement, p. 7 et 8) et outre les siens propres, la chambre de l'instruction a retenu :

- d'une part, que, selon l'article 706-103 du code de procédure pénale, dans l'hypothèse d'une information entrant dans le champ d'application des articles 706-73 ou 706-74 du code de procédure pénale et afin de garantir le paiement des amendes encourues ainsi que, le cas échéant, l'indemnisation des victimes et l'exécution de la confiscation, le juge des libertés et de la détention pouvait ordonner des mesures conservatoires « selon les modalités prévues par les procédures civiles » (entre guillemets dans le libellé du jugement) ?

- d'autre part, qu'il résultait de cette disposition que les conditions d'obtention d'une mesure de sûreté prise pour son application sont constituées par la mise en examen de la personne concernée et la nécessité de garantir le paiement des amendes, dommages-intérêts ou de la peine de confiscation, et ce, sous le contrôle du juge de la liberté et de la détention, « et qu'il n'est renvoyé à la loi civile que pour l'application de certaines règles de procédure » ?

On ajoutera que cette motivation est semblable à celle développée par la cour d'appel d'Orléans le 14 juin 2007 (RG n° 06/02928) qui, dans une espèce similaire et par arrêt irrévocable, a retenu que « l'ouverture d'une information pénale pour blanchiment et la mise en examen de l'intéressé, dont le juge des libertés et de la détention n'a pas, comme il est demandé ici, à vérifier la pertinence, créent à elles seules l'apparence d'une créance de l'Etat fondée en son principe, qui, en tout état de cause, est la seule exigence prévue par les procédures civiles d'exécution ; que, pas davantage, le juge des libertés et de la détention n'a à établir que le recouvrement de l'amende ou l'exécution de la confiscation encourue serait menacée ».

Cela ne justifie-t-il pas que l'inscription provisoire d'hypothèque trouve sa cause dans les dispositions pénales et non pas civiles – qui ne sont applicables que pour satisfaire aux modalités de la prise d'inscription et non pour apprécier son opportunité –, et qu'il n'y avait pas lieu pour le juge du fond de caractériser les circonstances de nature à mettre en péril le recouvrement de la créance ?

En sa deuxième branche, la SCI Verica peut-elle raisonnablement invoquer une atteinte disproportionnée au droit de propriété en se fondant sur l'écart entre la valeur de l'immeuble (661 832 euros) et le montant des sommes à provenance indéterminée (228 191 euros) ? N'aurait-il pas été préférable, à la lecture de cet argument, qu'elle demandât l'application de l'article 259 du décret du 31 juillet 1992 (P. Crocq, « Sûretés et

⁵ J.-L. Warsmann : « Outre qu'il est inhabituel de viser une loi déterminée dans un texte codifié, ces références, exactes aujourd'hui, le seront peut-être moins demain. Dès lors, il semble plus prudent de se référer, plus généralement, aux procédures civiles d'exécution et non à la loi du 9 juillet 1991 » (JO, rapport présenté à l'Assemblée nationale, 20 mai 2003).

proportionnalité », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, éd. Dalloz-Litec, 2006, p. 302, n° 20), autorisant le cantonnement de l'inscription hypothécaire sur justification que la valeur des biens grevés s'établirait au double des sommes garanties ?

De plus, le raisonnement n'est-il pas erroné dès lors que le droit de propriété ne peut être « atteint » puisque celui de disposer, qui en constitue la composante (majeure) selon l'article 544 du code civil, ne l'est pas (3^e Civ., 18 juin 2008, *Bull.* 2008, III, n° 109) et que la valeur du bien n'est nullement diminuée par une inscription, seul le prix perçu (et non pas convenu) l'étant par l'apurement de la dette ?

Surtout, n'apparaît-il pas que la chambre de l'instruction a justifié que l'inscription en cause n'était pas une mesure excessive par son montant, que ce soit au regard du droit antérieur à 2004 punissant les faits reprochés d'une amende de 750 000 euros, ou en considération du droit positif actuel, qui la porte à 1 000 000 euros ?

En sa troisième branche, la SCI Verica propose d'étendre les réserves émises par le Conseil constitutionnel sur les mesures d'accompagnement de la répression du vol en bande organisée – les Sages ayant alors peut-être voulu « éviter qu'un simple vol de mobylette commis par deux adolescents ne soit considéré comme relevant du traitement des actes de grande criminalité » (O. Dufour, « Perben II, bientôt à l'épreuve de la pratique », *LPA* 2004, n° 55, p. 4) – aux chefs d'accusation de blanchiment en bande organisée et d'association de malfaiteurs (compris dans le considérant n° 8, points 14° et 15°), infractions que vise l'information ouverte et dont il n'est pas contesté qu'elles trouvent leur place dans cette liste (J.-E. Schoettl, « La loi Perben II devant le Conseil constitutionnel », *Gaz. Pal.* 11-15 avril 2004, p. 11).

Peut-être y aurait-il lieu de dénoncer, avec Mme le professeur Lazerges, « la perméabilité de la frontière entre les infractions nécessitant une procédure extraordinaire et celles bénéficiant de la procédure de droit commun » dans cette loi (C. Lazerges, « Le Conseil constitutionnel acteur de la politique criminelle », *Revue de science criminelle et de droit comparé* 2004, n° 3, p. 731) ; mais, à l'inverse, ne faut-il pas admettre que « cette réserve d'interprétation n'en constitue pas vraiment une, dans la mesure où elle laisse purement et simplement au juge le soin d'apprécier l'existence de tels éléments de gravité » (M. Dobkine, « La constitutionnalité de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *D.* 2004, n° 14, p. 56) ?

N'est-ce pas aussi dénaturer la décision du 2 mars 2004 (n° 2004-492 DC, *JO* 10 mars 2004, p. 4637), qui, après avoir introduit une réserve pour le vol en bande organisée (considérant n° 17) et exclu la possibilité pour un organisme humanitaire d'être poursuivi pour délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger commis en bande organisée (considérant n° 18), affirme que, « sous les réserves énoncées aux deux considérants précédents, les infractions retenues par l'article 706-73 sont suffisamment graves et complexes pour que le législateur ait pu fixer, en ce qui les concerne, des règles spéciales de procédure pénale » et les valide ?

Dans ces conditions, en quoi la chambre de l'instruction était-elle tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, dès lors qu'elle a retenu que la réserve d'interprétation invoquée par la SCI Verica avait été émise par le Conseil constitutionnel à propos de l'infraction de vol en bande organisée relevant de l'article 706-73, et non pour les autres ni pour celles prévues à l'article 706-74 du code de procédure pénale⁶ ?

II. - POURVOI DU PROCUREUR GÉNÉRAL DE PARIS

Analyse succincte du moyen

Le procureur général près la cour d'appel de Paris reproche à celle-ci, en un moyen unique, d'avoir rendu deux décisions contradictoires dont le caractère inconciliable aboutit à un déni de justice, ce qui justifierait, par application de l'article 618 du code de procédure civile, l'annulation de l'une ou l'autre ou des deux décisions.

Il soutient, en une branche unique, leur incompatibilité manifeste et sollicite l'annulation de l'arrêt du 19 février 2009, qui aurait été rendu en méconnaissance de l'autorité de la chose jugée.

Identification de la difficulté soulevée

A quelles conditions de forme le pourvoi d'un procureur général près une cour d'appel est-il recevable sur le fondement d'une contrariété de décisions entre deux chambres de la cour, l'une civile et l'autre pénale, et à quelles conditions de fond cette incompatibilité doit-elle alors répondre pour être accueillie ?

Discussion du moyen

En préalable, il doit être observé que l'exception d'incompétence *ratione materiae* soulevée par la SCI Verica dans ses observations complémentaires (tardives), qui frapperait la chambre de l'instruction pour connaître d'un recours portant sur une inscription provisoire d'hypothèque, n'a pas été reprise dans ses écritures en réponse au second pourvoi, et se trouve donc abandonnée.

S'agissant principalement de garantir des amendes (pénales⁷), la société aurait-elle pu s'appuyer, dans l'hypothèse inverse, sur l'arrêt de la cour d'appel d'Orléans de 2007 (précité) ? Celui-ci a, en effet, retenu « qu'à supposer que le renvoi aux modalités prévues par les procédures civiles d'exécution fait par

⁶ On observera que la circulaire d'application CRIM 04-13/G1-02-09-04, qui donne sa lecture de l'avis du Conseil constitutionnel en ce que la loi « Perben II » touche à la protection de la vie privée (p. 56), ne se prononce pas sur les sûretés immobilières (p. 57).

⁷ On relèvera que, s'agissant d'une constitution de partie civile, puisqu'elle constitue une « sorte d'hydre à deux têtes », selon l'expression de Mme le professeur Ambroise-Castérot, une dissociation des compétences aurait été envisageable en certaines circonstances (Crim., 20 septembre 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 230, *D.* 2007, p. 187, obs. C. Ambroise-Castérot).

l'article 706-103 du code de procédure pénale n'ait pas pour effet d'attribuer l'appel des décisions du juge des libertés et de la détention en cette matière à la cour d'appel suivant les règles de la procédure civile avec représentation obligatoire, comme c'est le cas pour le juge de l'exécution auquel le juge des libertés et de la détention est ici substitué, seule la cour d'appel, dans la formation qui a été saisie, pourrait relever d'office son incompétence ; que ce relevé obéirait au régime institué par l'article 92, alinéa 2, du code de procédure civile ; que ce texte, outre qu'il subordonnerait, en l'espèce, l'incompétence relevée d'office à l'existence de la compétence d'une juridiction répressive – qui serait en l'espèce la chambre de l'instruction, bien qu'elle ne statue ni sur la culpabilité ni sur la peine – n'oblige pas la cour d'appel à se déclarer d'office incompétente, mais lui en laisse la faculté, dont il n'y a pas lieu d'user dans les circonstances de la cause, en raison des questions de procédure collective que soulève l'appel, qui ressortissent aux attributions habituelles de la chambre commerciale ».

Vraisemblablement non, car, ainsi qu'a pu l'écrire un universitaire sous l'empire des anciens textes et avec un titre évocateur, « il semble exclu que soit critiqué tant le refus que la décision par la cour d'appel de prononcer d'office l'incompétence de la juridiction initialement saisie pour les raisons qui ont été avancées à propos de l'appel ; mieux encore, il n'est guère pensable que la Cour de cassation déclare spontanément l'incompétence des juridictions inférieures, connaîtrait-elle l'affaire au fond » (J.-P. Le Gall, « Requiem pour un ordre public », *D.* 1963, chron. XXVII, n° 21). L'article 92, alinéa 2, du code de procédure civile n'admet que cette incompétence soit soulevée d'office devant la cour d'appel ou la Cour de cassation que dans la mesure où l'affaire relève de celle d'une juridiction répressive ou administrative. Doctrine et jurisprudence, peu abondantes, s'accordent sur la lecture et les conditions d'application de cette prescription (Ph. Théry, obs. sous 2^e Civ., 18 octobre 2007, pourvois n° 06-21.046 et 06-21.047, *RTD civ.* 2008, p. 150).

A. - Le moyen est-il recevable ?

La SCI Verica oppose l'irrecevabilité du moyen en avançant des arguments tant de forme (1) que de fond (2).

1. Formellement, le moyen serait irrecevable comme non conforme aux prescriptions de l'article 978 du code de procédure civile. Ceci, parce qu'il ne préciserait pas la partie critiquée de la décision, ni en quoi elle encourt le reproche allégué.

a) La sanction est-elle aussi radicale ?

Selon la société défenderesse, le moyen critiqué aurait dû transcrire le libellé des dispositifs respectifs des décisions arguées d'incompatibilité, pour établir en quoi elles sont inconciliables. L'irrecevabilité alléguée naîtrait de ce que le procureur général près la cour d'appel de Paris n'aurait pas respecté les prescriptions de l'article 978 du code de procédure civile, qui fait obligation au demandeur au pourvoi, « à peine d'être déclaré d'office irrecevable », de préciser, pour chaque moyen :

- le cas d'ouverture invoqué ;
- la partie critiquée de la décision ;
- ce en quoi elle encourt le reproche allégué.

Plus précisément, le parquet général aurait dû, selon le grief développé, énoncer littéralement les dispositifs critiqués des deux décisions.

La règle n'est vraisemblablement pas aussi absolue qu'il y paraît, la formulation du moyen connaissant quelques différences structurelles en matière civile et pénale (M. Mayer, « Le moyen de cassation en matière pénale comparé au moyen de cassation en matière civile », in *Mélanges en l'honneur de J. Boré*, éd. Dalloz, 2007, p. 327). Des exceptions sont susceptibles d'être admises, notamment lorsqu'elles trouvent leur origine dans un vice de forme (Com., 9 juillet 2002, *Bull.* 2002, IV, n° 119 ; 2^e Civ., 30 janvier 2003, pourvoi n° 01-10.872). Surtout, en soutenant, au visa de l'article 618 du code de procédure civile, « un moyen de cassation tiré de ce que deux décisions contradictoires ont été rendues, dont le caractère inconciliable aboutit à un déni de justice », lequel critique indéniablement la contrariété des décisions, le procureur général de Paris n'a-t-il pas clairement et suffisamment fait référence au dispositif de chacune d'elles ?

D'autant qu'il a précisé (mémoire ampliatif, p. 4) que :

- « La demande de mainlevée de cette mesure a été rejetée par la 6^e chambre de la cour d'appel de Paris par arrêt du 17 juin 2008 [...] » ;

- « Le 19 février 2009, elle a été admise par la 2^e chambre, section B, de la cour d'appel de Paris [...] » ?

b) La sanction est-elle applicable à un pourvoi introduit par le procureur général près une cour d'appel ?

Les modes de formulation des moyens de cassation connaissent quelques différences, qui ne sont pas toutes cause d'irrecevabilité. De façon générale, selon le manuel *Droit et pratique de la cassation civile* (éd. Litec, 2003, n° 453), les exigences sont « logiquement » moindres dans les procédures sans représentation obligatoire, puisque le demandeur est dispensé de l'assistance d'un avocat spécialiste de la cassation. Il s'ensuit que l'article 989 du code de procédure civile autorise l'énoncé « sommaire » des moyens, dès lors qu'il est possible d'en déterminer le sens et la portée. C'est l'exception au principe que pose la Cour de cassation lorsqu'elle juge, pour rejeter l'irrecevabilité soulevée par la défense, que « l'article 978, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile n'est pas applicable à la procédure sans représentation obligatoire et qu'il est possible de déterminer le sens et la portée des griefs contenus [...] » (Soc., 25 mai 1994, *Bull.* 1994, V, n° 179). Cette mansuétude trouverait aussi application, s'il y avait lieu, avec l'article 585 du code de procédure pénale, autorisant le demandeur au pourvoi sanctionné pénalement à déposer directement son mémoire au greffe de la Cour de cassation.

Qu'en est-il avec les pourvois introduits directement par les parquets généraux près les cours d'appel ?

On retiendra, avec M. le premier avocat général A. Gariazzo (« La technique du pourvoi en cassation », *in Actes de la journée de formation du 6 octobre 2008*), que le ministère public est soumis aux règles de procédure du droit commun ; mais aussi qu'il faut distinguer selon que l'affaire relève de celles pour lesquelles la représentation est obligatoire et celles sans représentation obligatoire. « Pour les premières, écrit-il, de loin les plus fréquentes (en matière civile, la représentation est obligatoire dans presque toutes les affaires), le ministère public, bien que dispensé de constituer avocat, devra suivre les règles applicables à la procédure avec représentation obligatoire prévues aux articles 974 et suivants du code de procédure civile » (p. 55).

Toutefois, le principe n'est pas d'une rigueur aussi absolue qu'il y paraît (chambre mixte, 6 février 2004, au rapport de Mme le conseiller C. Bezombes et sur avis de M. l'avocat général J. Sainte-Rose, *BICC* n° 595, du 1^{er} avril 2004), et l'on ne peut manquer de relever qu'un écart de formulation reproché au parquet général dans l'énoncé des moyens est susceptible d'être apprécié avec compréhension devant la chambre criminelle :

- M^e E. Piwnica, ancien président de l'ordre des avocats aux conseils, relève, dans les actes précités, que : « L'erreur [sur l'énoncé du dispositif] là encore est permise, la chambre criminelle rétablit elle-même la situation et, au-delà d'une formulation qui peut être insuffisante, ambiguë voire maladroite, elle saura retrouver elle-même par l'examen du "alors que" ce qui est véritablement critiqué dans le pourvoi » (*ibidem*, p. 31) ;

- M. le conseiller H.-C. Le Gall, alors doyen de section à la chambre criminelle, y constate que : « Jusqu'à une époque récente, la chambre criminelle ne reproduisait, dans ses arrêts, le texte des moyens proposés à l'appui d'un pourvoi que si ceux-ci étaient présentés par les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Elle ne le faisait pas pour les moyens présentés par les parties elles-mêmes ni pour ceux présentés par le ministère public.

Actuellement, une pratique différente a tendance à s'instaurer.

En effet, si les moyens proposés à l'appui du pourvoi du procureur général répondent aux standards de présentation que nous venons d'exposer, ces moyens sont reproduits dans l'arrêt de la même façon que ceux présentés par les avocats aux Conseils » (*ibidem*, p. 25).

Dès lors, la recevabilité du moyen est-elle irrévocablement – selon l'adverbe utilisé par la SCI Verica – compromise pour non-respect d'une règle de forme, alors que le moyen est manifestement compréhensible ?

2. Au fond, le moyen serait irrecevable, puisqu'il aurait pour objet de sanctionner une prétendue méconnaissance de la chose jugée. La raison en serait que l'autorité de la chose jugée n'avait pas été opposée précédemment devant les juges du fond, conformément à l'article 617 du code de procédure civile (Com., 14 janvier 2004, pourvoi n° 02-14.001 ; 3^e Civ., 20 décembre 2006, pourvois n° 05-18.437 et 18.438). Selon la SCI Verica, une partie est irrecevable à se prévaloir de la méconnaissance de l'autorité de la chose jugée dès lors qu'elle s'est abstenue en temps voulu de soulever la fin de non-recevoir (2^e Civ., 4 décembre 2003, *Bull.* 2003, II, n° 365 ; 1^{re} Civ., 17 janvier 2006, *Bull.* 2006, I, n° 11).

a) Le procureur général près la cour d'appel de Paris a-t-il introduit son pourvoi sur le fondement de l'article 617 du code de procédure civile ou sur celui de l'article 618 du code de procédure civile ?

Il est exact que le dernier paragraphe du mémoire ampliatif sollicite – dans la partie « discussion » plutôt que dans le moyen proprement dit – l'annulation de l'arrêt du 19 février 2009, « dès lors, explique-t-il, que la seconde décision a été rendue en méconnaissance de l'autorité de la chose jugée ». Les arrêts précités et produits, retenant, pour les uns, « que la contrariété de jugements ne peut être invoquée en vertu de l'article 617 nouveau du code de procédure civile que lorsque la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée a été en vain opposée devant les juges du fond » (3^e Civ., 20 décembre 2006, *op. cit.*), et, pour les autres, « que la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée attachée à l'ordonnance du 10 décembre 2004, qui n'a pas été invoquée devant le juge des libertés et de la détention et qui n'est pas d'ordre public, ne peut l'être pour la première fois devant la Cour de cassation » (1^{re} Civ., 17 janvier 2006, *op. cit.*), sont pertinents ; mais ils le sont pour la seule application de l'article 617 du code de procédure civile.

Or, il n'est pas douteux que cet article 617 du code de procédure civile n'est pas cité dans le pourvoi du parquet général. Le mémoire ampliatif vise au contraire – et par deux fois – en le transcrivant littéralement, le seul article 618 du code de procédure civile. De plus, c'est bien sur le grief principal d'avoir rendu deux décisions contradictoires, dont le caractère inconciliable aboutit à un déni de justice, que se fonde le moyen. La demande d'annulation de l'arrêt civil du 19 février 2009 par préférence à celle de l'arrêt pénal du 17 juin 2008, voire des deux, n'est que la conséquence tirée du moyen d'incompatibilité pour contrariété, s'il aboutit. Ce n'est en effet que dans la mesure où ce grief serait admis que le choix de la Cour de cassation aurait à s'exercer. En l'état – quitte à vérifier ultérieurement si la violation de l'autorité de la chose jugée peut justifier l'annulation de l'arrêt du 19 février 2009 – n'y a-t-il pas lieu de constater que le grief contesté n'a pas été soutenu à titre principal et que l'argument selon lequel le moyen tente de contourner les conditions strictes posées par l'article 617 du code de procédure civile est inopérant ? Le problème effectivement posé n'est-il pas tout autre ? Ne tient-il pas à ce que, ainsi que l'écrit M. le doyen P. Julien, si « le plaideur qui peut soulever le moyen tiré de l'autorité de la chose jugée ne le fait pas, il y a alors un risque que l'on aboutisse à une seconde décision contraire à la précédente, et que cette contrariété ne puisse donner ouverture à cassation » ? Si, poursuit-il, « les deux décisions sont totalement incompatibles, le bon sens impose que l'on ne s'en tienne pas là. Pour se tirer de ce mauvais pas, l'article 618 offre une solution originale » (« Remarques sur la contrariété de décisions de justice » *in Mélanges P. Hébraud*, éd. Presses universitaires de Toulouse, 1981, p. 497).

b) Le procureur général près la cour d'appel de Paris était-il tenu d'arguer d'une violation de l'autorité de la chose jugée pour bénéficier de l'article 618 du code de procédure civile ?

Vraisemblablement non, la doctrine ne discutant pas une jurisprudence ancienne et constante (Cass. civ., 27 avril 1933, *DP* 1933, 1, p. 150, et 28 juillet 1952, *DP* 1952, 1, p. 292) que citent MM. les professeurs R. Perrot et N. Fricero pour affirmer qu'au regard de l'article 618 du code de procédure civile, « *il n'est pas nécessaire que la chose jugée ait été invoquée devant la juridiction du fond qui a rendu la décision attaquée* » (« Contrats et obligations – présomptions – autorité de la chose jugée », *Juris-Classeur notarial Rép.*, 2000, fasc. 156-10, n° 217). Position qu'expliquait déjà Mme le professeur M. Contamine-Raynaud, en soulignant qu'« *il ne s'agit plus de conférer force et autorité aux décisions de justice mais de leur assurer une certaine logique, et ce, parfois, au détriment de leur autorité* » (« L'inconciliabilité » de jugements : de l'autorité judiciaire à la raison judiciaire », in *Mélanges P. Raynaud*, éd. Dalloz-Sirey, 1985, p. 115). En intitulant la première partie de sa contribution de quelque vingt-quatre pages « *Le recours de l'article 618 ne sanctionne pas une violation de l'autorité de chose jugée* » et la seconde « *Le recours de l'article 618 peut entraîner une violation de l'autorité de chose jugée* », l'auteur résumait clairement le sens de sa démonstration, dont il ne paraît pas nécessaire de reprendre le détail, celui-ci pouvant être réservé à l'analyse comparative des notions de contrariété et d'incompatibilité.

La doctrine et la pratique contemporaines partagent cette analyse. Que ce soit, pour la première, par la voix de M. le professeur Ph. Théry, qui constate, dans le commentaire d'un arrêt (1^{re} Civ., 20 juin 2006, *Bull.* 2006, I, n° 315), que « *Telle qu'elle est comprise par les auteurs et en jurisprudence, l'impossibilité de concilier deux décisions ne se ramène pas à la méconnaissance de la chose jugée* » (*RTD civ.* 2007, n° 1, p. 172). Que ce soit, pour la seconde, par celle de M^e J. Karila de Van, qui souligne que « *ce cas d'ouverture en cassation a pour objet moins de sanctionner l'erreur du juge qui a méconnu l'autorité de la chose jugée par la première décision que de faire cesser la coexistence de deux décisions exécutoires et inconciliables* » (« Chose jugée », in *Répertoire de droit civil*, éd. Dalloz, avril 2008, n° 220). Que ce soit enfin, toujours au même titre et très récemment encore, celle de M^e C. Fattaccini, qui relevait que « *cette situation est donc à distinguer de celle dans laquelle une décision méconnaît l'autorité de la chose jugée sans pour autant que l'exécution simultanée de ces deux décisions soit impossible* » (S. Guinchard et a., *Droit et pratique de la procédure civile - Droit interne, droit communautaire*, éd. Dalloz-Action 2009-2010, n° 553.482).

Ne peut-on en conclure que non seulement le recours à l'article 618 du code de procédure civile n'impose pas d'avoir préalablement invoqué devant le juge du fond une violation de l'autorité de la chose jugée, mais encore que son application ne fait pas obligation de démontrer cette violation devant la Cour de cassation ?

B. - Le moyen est-il fondé ?

Les parties s'affrontent sur leur conception différente de l'incompatibilité de décisions (1), sans s'interroger sur la possibilité d'appliquer un texte réglementaire à une juridiction pénale statuant sur des intérêts civils (2).

1. Le moyen s'appuyant sur une contrariété de décisions doit en principe constater une impossibilité d'exécuter. C'est sur cette dernière notion que s'appuie la SCI Verica pour tenter d'écarter le moyen, en affirmant qu'il n'existe pas, en l'espèce, d'impossibilité d'exécution simultanée des deux dispositifs.

a) L'appréciation du juge doit se fonder sur l'impossibilité d'exécuter, et non pas seulement sur la contrariété des décisions

Le principe est constamment affirmé (3^e Civ., 6 janvier 1982, *Bull.* 1982, III, n° 3, *Gaz. Pal.*, 21 juillet 1982, note A. Viatte, et *RTD civ.* 1982, n° 4, p. 790, obs. R. Perrot ; 1^{re} Civ., 18 octobre 1983, *Bull.* 1983, I, n° 235, *Gaz. Pal.*, 18-20 mars 1984, p. 69, note S. Guinchard) et réaffirmé (2^e Civ., 12 janvier 1994, *Bull.* 1994, II, n° 17, *JCP* éd. G 1995, II, n° 22435, note C. Puigelier ; 2^e Civ., 7 janvier 1998, *Bull.* 1998, II, n° 3) par la Cour de cassation. Il n'y a pas de contrariété de décisions au sens de l'article 618 du code de procédure civile si deux arrêts ne sont pas inconciliables dans leur exécution, juge la troisième chambre civile dans une série récente de quinze arrêts du même jour (3^e Civ., 7 décembre 2004, pourvois n° 03-20.112 à 20.126). Les autres chambres apportent, avec leur formulation propre, une réponse identique (1^{re} Civ., 4 janvier 2005, pourvoi n° 03-12.184 ; 2^e Civ., 14 octobre 2004, pourvois n° 02-20.733 et 02-21.054, et 4 juin 2009, pourvoi n° 08-15.644 ; Com., 7 février 2006, pourvoi n° 05-11.078, et 15 mars 2005, pourvoi n° 03-19.023 ; Soc., 13 septembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 571, et 23 novembre 2005, pourvois n° 05-41.833 et 41-834). Manifestement, il convient, au regard de cette jurisprudence constante (A. Perdriau, « Les recours contre les dispositions contradictoires d'un jugement », *JCP* 1997, éd. G, n° 2, I, 3990, n° 29) et concordante, que les décisions soient inconciliables dans leur exécution – même si l'expression n'est pas toujours formulée (2^e Civ., 10 février 2009, pourvoi n° 07-44.924) – pour être sanctionnées sur le fondement de l'article 618 du code de procédure civile.

On relèvera toutefois que certaines exceptions sont admises et que la jurisprudence applique le texte sans exiger que les deux décisions soient inconciliables dans leur exécution :

- lorsque celles-ci ont été « *rendues entre les mêmes parties pour une même cause* » et qu'elles sont contradictoires (2^e Civ., 7 novembre 1994, *Bull.* 1994, II, n° 219) ;

- lorsque, et cette appréciation est fondamentale pour les développements qui suivront, « *par leur rapprochement, elles aboutissent à un déni de justice* » (1^{re} Civ., 11 février 1986, *Bull.* 1986, I, n° 19).

La doctrine adhère à ces critères et s'attache à définir les notions d'incompatibilité et de contrariété (M. Contamine-Raynaud, *op. cit.*, p. 115 ; L. Corbion, *Juris-Classeur civil*, « Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle - article 4 », éd. décembre 2007, n° 74) ou à en dessiner les contours par des exemples concrets (C. Puigelier, « Conditions de recevabilité d'un pourvoi pour contrariété de jugements », *JCP* 1995, éd. G, n° 21, II, 22.435), selon des développements qu'il serait vain de reprendre dans le détail, car

factuels. On se référera avec profit à la liste qu'en donne Mme P. d'Aurore (« Art. 618 », in *Code de procédure civile commenté*, Lamyline, n° 2) tant en procédure qu'en droit du travail, procédures collectives, droit fiscal, droit civil, etc. ; mais aussi à celle négative, qui n'est pas moins fournie.

b) Les dispositifs répondent-ils en l'espèce à ces critères ?

La SCI Verica soutient qu'il n'existerait pas, dans l'espèce soumise à la chambre mixte, d'impossibilité d'exécuter simultanément les deux dispositifs. Ce faisant, elle se range derrière la jurisprudence de la Cour de cassation, qui a rappelé, ces derniers temps encore, que « la contrariété des décisions doit s'apprécier en fonction de leur dispositif et non de leurs motifs » (Soc., 3 mai 2007, pourvoi n° 05-19.344). Une exception peut toutefois être relevée, comme le fait observer Mme le professeur M. Contamine-Raynaud, en s'appuyant sur l'arrêt précité de la troisième chambre civile du 3 janvier 1982 pour les motifs décisifs, lesquels sont parfois susceptibles d'être pris en considération (*op. cit.*, p. 118). Il est vrai qu'il s'agissait alors d'un pourvoi dirigé contre deux arrêts ayant ordonné, l'un, la démolition de constructions, tandis que l'autre la refusait. L'exécution de la première décision était non seulement en contrariété avec la seconde, mais avait des effets irrémédiables.

Le défendeur entend démontrer cette absence de contrariété dans l'exécution des décisions entreprises, en soutenant que, « par son arrêt du 17 juin 2008, la cour d'appel de Paris a, selon les termes mêmes du mémoire ampliatif, rejeté le moyen tiré de la nullité de l'acte d'huissier [tandis que] l'arrêt du 19 février 2009 a prononcé la nullité de l'acte d'huissier signifié le 11 avril 2007 à la société Verica (*op. cit.*, p. 11). L'argument est en contradiction avec la demande d'irrecevabilité du moyen soutenue précédemment par la SCI Verica, fondée sur ce qu'il n'aurait pas transcrit littéralement le dispositif des décisions critiquées. N'appartient-il pas à celui qui s'était saisi de ce grief de ne pas tomber dans le travers reproché et de s'en tenir au « dispositif » même du mémoire ampliatif, non à ses développements ? L'arrêt de la chambre de l'instruction du 17 juin 2008 n'a d'autre objet que de confirmer la décision entreprise qui, selon la procédure rapportée, « a rejeté la demande de mainlevée d'inscription d'hypothèque judiciaire » (p. 6), tandis que celui de la chambre civile du 19 février 2009 « ordonne la mainlevée de l'inscription provisoire ». De plus, n'est-ce pas dénaturer quelque peu l'objet des arrêts critiqués que de s'arrêter à la seule demande en nullité ? En ce sens que cette demande avait pour finalité d'obtenir la mainlevée judiciaire de l'inscription provisoire d'hypothèque. La validité de l'acte d'huissier de justice n'a-t-elle pas pour seul objet la protection du justiciable dans l'exercice de ses voies de recours, protection qui a été assurée, puisque la SCI Verica les a exercées ?

En conclusion, deux arrêts qui ordonnent, l'un, le maintien d'une inscription, l'autre, sa suppression ne sont-ils pas non seulement inconciliables, mais aussi contraires quant à leur exécution ?

2. Le moyen fondé sur une contrariété de décisions entre juridictions civile et pénale doit aussi laisser craindre un déni de justice

La Cour de cassation avait, jusqu'en 1996, une jurisprudence quelque peu rigoriste sur le fondement de l'action, puisque, s'agissant de la contrariété entre décisions civile et pénale, elle avait retenu, en début d'année, « que l'arrêt en date du 19 novembre 1992, dont M. X... demande l'annulation, tant à titre principal qu'à titre subsidiaire, a été rendu par la cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion statuant en matière correctionnelle ; que son annulation ne peut donc être demandée sur le fondement de l'article 618 du nouveau code de procédure civile ; d'où il suit que le pourvoi est irrecevable » (Com., 13 février 1996, pourvoi n° 93-18.974, *Gaz. Pal.* 1996, 2, somm. 397, obs. A. Perdriau).

a) Une innovation introduite par l'assemblée plénière de 1996

Mme le conseiller F. Aubert, rapporteur d'un arrêt rendu quelques mois après, le 29 novembre 1996, en assemblée plénière (*Bull.* 1996, Ass. plén., n° 8), a établi à cette occasion un triple constat (*BICC* n° 443, du 1^{er} février 1997) :

- de première part, « l'origine réglementaire de l'article 618 rend son application problématique en matière pénale » ;

- de deuxième part, « faire échec aux dispositions législatives de la procédure pénale à l'aide de dispositions réglementaires est difficile à envisager » ;

- de troisième part, « mettant en cause la cohérence du système judiciaire, le juge s'expose à un déni de justice en refusant de le trancher. »

« Il est permis de se demander, poursuivait-elle, si la Cour de cassation, en se fondant sur l'article 4 du code civil, qui lui fait obligation de juger, et sur le rôle créateur et unificateur de sa jurisprudence, n'est pas compétente pour dépasser la hiérarchie entre la loi et le règlement, pour aménager les cas d'ouverture afin de résoudre le conflit entre une décision pénale et une décision civile dont les dispositions civiles sont inconciliables. »

Le rapport ne précise pas s'il est inspiré de la loi du 20 avril 1932, qui donne compétence au Tribunal des conflits en présence d'une contrariété entre décisions définitives de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif conduisant à un déni de justice (A. de Andrade, « L'arithmétique du règlement d'un conflit de décisions », *LPA*, 26 avril 2001, n° 83, note sous T. conflits, 14 février 2000, n° 2).

Il n'en contient pas moins deux idées majeures :

- d'abord, que « l'opposition entre la nature légale de la procédure pénale et celle réglementaire de la procédure civile est dépassée, s'agissant du recours en cassation » ;

- ensuite, que « sont inconciliables deux décisions qui, indépendamment de toute considération sur l'autorité de la chose jugée, ne peuvent être exécutées simultanément ou dont l'application combinée aboutit à un véritable déni de justice ».

M. le premier avocat général Y. Monnet a élargi, dans son avis, la proposition formulée par le rapporteur, en affirmant : « *Nous ne sommes pas seulement une Cour de cassation "sentinelle du droit" comme il a été parfois dit⁸, mais, placés à la tête de cet ordre, nous avons le devoir d'en assurer et même d'en montrer la cohérence devant des citoyens qui méritent tout de même que les institutions qui les encadrent ne soient pas pour eux l'image de la fantaisie et de l'incohérence* » (BICC n° 443, du 1^{er} février 1997, *op. cit.*).

b) Une solution approuvée par la doctrine et adoptée en jurisprudence

Si M. le professeur T. Le Bars a pu relever, dans son commentaire de l'arrêt (JCP éd. G, 19 mars 1997, II, n° 22807), que l'analyse de la contrariété de décisions en un déni de justice n'était pas totalement nouvelle, puisqu'une chambre civile l'avait déjà déclaré au détour d'un arrêt (1^{re} Civ., 11 février 1986, *op. cit.*), il n'en est pas moins remarquable que l'assemblée plénière ait rendu le sien au seul visa de l'article 4 du code civil. En effet, il était permis d'hésiter, s'agissant, en l'espèce⁹, de répondre à une demande d'application de l'article 618 du code de procédure civile. « *On sait déjà, s'interrogeait M. le professeur T. Le Bars, que cette disposition n'est pas applicable en présence d'une décision rendue par une juridiction administrative (Com., 9 décembre 1985, Bull. 1985, V, n° 578) ; mais l'est-elle vis-à-vis d'une décision émanant d'un juge pénal ? S'agissant d'un texte de droit judiciaire privé, une réponse positive est extrêmement douteuse, d'autant que ce texte est de nature réglementaire, alors que la procédure pénale relève du domaine de la loi, en vertu de l'article 34 de la Constitution. Il n'y aurait eu aucune difficulté si ce recours atypique était institué dans la partie législative du code de l'organisation judiciaire. Mais tel n'est pas le cas. Ceci explique probablement que la chambre commerciale, gênée par ce problème qui posait une question de principe, ait décidé de renvoyer l'affaire devant l'assemblée plénière* ». Il n'en approuve pas moins la solution retenue, en précisant : « *Il est raisonnable de penser qu'il y aurait eu déni de justice si deux décisions inconciliables subsistaient définitivement. Certes, le déni de justice ne serait pas imputable aux juges du fond, l'un et l'autre ayant statué sur les demandes des parties. La Cour de cassation serait également à l'abri de ce reproche, car, en déclarant le pourvoi irrecevable eu égard au domaine d'application de l'article 618, elle statuerait par là même sur la demande d'annulation. Mais il y aurait bien déni de justice de la part de l'ordre juridique dans son ensemble [...]. C'est dire qu'à défaut d'un recours tel que celui de l'article 618 du nouveau code de procédure civile, l'ordre juridique laisserait subsister simultanément deux décisions qui, par leur caractère inconciliable, se neutraliseraient mutuellement, plongeant ainsi les parties dans une situation de non-droit. Le visa de l'article 4 du code civil, dans l'arrêt ci-dessus rapporté, est donc particulièrement bien choisi.* »

Le fait que l'arrêt de l'assemblée plénière de 1996 ait été rendu au visa de l'article 4 du code civil justifie que la seule référence au déni de justice suffit à accueillir le pourvoi, même si l'alternative proposée par Mme le conseiller F. Aubert a disparu du « chapeau ». Celui-ci pose pour principe « *que le pourvoi dirigé contre deux décisions dont l'une émane du juge pénal et l'autre du juge civil est recevable lorsque, même non rendues en dernier ressort et alors qu'aucune d'elles n'est susceptible d'un recours ordinaire, elles sont inconciliables et aboutissent à un déni de justice* ». Il a été repris textuellement par la Cour de cassation, cette fois-ci dans ses formations ordinaires, avec le « et » cumulatif, donc sans alternative. Ceci, tantôt au visa du seul article 4 du code civil (2^e Civ., 22 janvier 1997, *Bull.* 1997, II, n° 15), tantôt à celui de cet article 4 combiné avec l'article 618 du code de procédure civile (3^e Civ., 1^{er} avril 2003, pourvoi n° 01-18.040). Parfois même, peut-être dans un souci de précaution puisque les deux décisions controversées étaient civiles, le visa s'est-il fondé sur l'article 618 du code de procédure civile, mais en constatant, dans la réponse, « *que ces décisions sont inconciliables et aboutissent à un déni de justice* » (2^e Civ., 22 janvier 2004, *Bull.* 2004, II, n° 14 ; D. 2004, p. 1202, obs. P. Julien, *Gaz. Pal.*, 15 mars 2005, n° 74, p. 14, obs. E. du Rusquec). Aujourd'hui, la notion de contrariété des décisions s'est encore élargie, ainsi que le relève M. le professeur P. Théry dans ses observations sous l'arrêt publié de la première chambre civile du 20 juin 2006 (*op. cit.*, p. 173), lequel, même discuté en doctrine (P. Guez, « L'inconciliabilité d'entre une ordonnance de référé rendue en France et un jugement sur le fond rendu à l'étranger », *Gaz. Pal.*, 3 mai 2007, n° 123, p. 19), permet de s'ouvrir sur l'international. C'est ainsi que cette chambre a jugé « *que l'inconciliabilité entre deux décisions, au sens de l'article 27 § 3 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, s'entend de l'inconciliabilité entre toutes les décisions rendues par une juridiction d'un Etat contractant, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, et n'exclut pas les décisions rendues par le juge des référés, dès lors qu'elles produisent des conséquences juridiques inconciliables avec celles du jugement étranger ; que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de rechercher si la décision rendue par la juridiction française portait sur des mesures provisoires au sens de l'article 24 de la convention précitée, a exactement décidé que le fait que la décision française n'ait pas l'autorité de la chose jugée sur le fond n'excluait pas qu'elle soit inconciliable avec la décision rendue par la juridiction grecque* ».

III. – PROPOSITIONS DE SOLUTIONS

A. - Portée des solutions envisageables

Ainsi que le relevait M. le doyen P. Julien pour entamer le commentaire d'une décision de cette nature, « *les arrêts de la Cour de cassation en matière de contrariété de décisions de justice ne sont pas légion* » (P. Julien, *op. cit.*, D. 2004, p. 1202). Ils le sont encore moins à mettre en cause ceux rendus par deux chambres, l'une pénale et l'autre civile, d'une même cour d'appel, tenues chacune dans l'ignorance de la saisine de l'autre.

⁸ Ce propos revient à M. le premier président P. Drai et a été tenu à l'occasion du bicentenaire de la Cour de cassation.

⁹ Les faits de l'espèce entraînant une contrariété des décisions tenaient à ce que, selon l'exposé des faits :
– par ordonnance du 17 juillet 1990 devenue irrévocable, le juge-commissaire au redressement judiciaire de la société Chaumet ouvert auprès du tribunal de commerce de Paris avait rejeté l'action en revendication d'une parure de bijoux formée par la société Claude Béhar ;
– par arrêt du 26 mai 1993 devenu définitif, la chambre correctionnelle de la cour d'appel de Paris avait ordonné la restitution à la société Claude Béhar de cette parure, saisie par le juge d'instruction.

On notera enfin que l'affaire se complique du fait que ces arrêts ont fait l'objet de deux pourvois, le premier introduit contre celui de la juridiction pénale statuant en matière civile et le second contre celui purement civil.

Aussi la chambre mixte, saisie plus pour satisfaire au principe affirmé par la chambre criminelle qu'elle ne peut statuer sur un recours formé contre une décision qui n'émane pas d'une juridiction pénale (Crim., 16 janvier 1962, *Bull. crim.* 1962, n° 35 ; Crim., 13 avril 1983, *Bull. crim.* 1983, n° 101) que pour harmoniser des divergences de jurisprudence entre chambres, sera-t-elle au mieux appelée à affiner une jurisprudence qui s'est forgée en 1996 et ne paraît pas avoir fait l'objet de critiques.

1. La première question à se poser tient à l'ordre dans lequel les pourvois doivent être examinés, dès lors que le premier n'a pas fait formellement l'objet d'un désistement.

S'il est de règle qu'il n'est pas indispensable, pour les raisons précitées, de se pencher sur ceux qui ont été formés préalablement à celui introduit pour contrariété de décisions, il est apparu plus logique de vérifier si celui introduit contre l'arrêt de la chambre de l'instruction avait quelque chance d'aboutir.

En effet, la cassation d'un arrêt peut conduire à constater que les causes mêmes de la contrariété de décisions ont disparu. Toutefois, ce ne serait pas le cas en l'espèce, puisque l'arrêt attaqué est confirmatif et qu'en conséquence, la contrariété avec le jugement subsisterait.

En revanche, le rejet du pourvoi serait de nature à éclairer la chambre mixte sur la conformité de l'arrêt de la chambre de l'instruction à la doctrine de la Cour de cassation.

C'est pourquoi il a été proposé d'examiner le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la chambre de l'instruction avant celui formé contre les deux décisions.

2. La deuxième question, qui est posée cette fois-ci par la SCI Verica, est de savoir si la double irrecevabilité qu'elle invoque a quelque chance d'aboutir.

Le rejet de la première, tenant au pourvoi, paraît peu discutable ; celle relative au moyen peut être discutée mais ne paraît guère fondée, pour les raisons invoquées.

Prononcer l'irrecevabilité du moyen reviendrait, puisqu'il est unique, à écarter le pourvoi du parquet général et à maintenir, si le premier pourvoi sur la décision pénale est repoussé, deux décisions apparemment contradictoires.

Rejeter les objections de forme et de fond qui sous-tendent cette fin de non-recevoir et examiner le moyen du second pourvoi permettra en revanche de connaître du problème né de la contrariété des décisions.

3. La troisième question sera alors de déterminer si la contrariété de décisions est réelle, puisqu'il est admis, depuis l'arrêt de l'assemblée plénière de 1996, que cette contrariété peut être sanctionnée, même dans l'hypothèse de décisions « mixtes », par référence au déni de justice de l'article 4 du code civil.

On sait que la constatation d'un risque encouru de déni de justice suffit à justifier la contrariété de décisions.

On rappellera de plus que l'objet principal de la demande formulée par la SCI Verica devant le juge des libertés et de la détention était la mainlevée de l'inscription et que la caducité, aussi prononcée par la chambre civile, n'en était que la cause, non pas la conséquence.

Rapportée à l'affaire examinée, la contrariété de décisions doit s'entendre comme une impossibilité d'exécution : soit une chambre (pénale) qui ordonne le maintien de l'inscription, alors que l'autre (civile) ordonne sa mainlevée.

La conséquence en est que les deux décisions seraient contradictoires et inconciliables.

Si donc le pourvoi du procureur général de Paris est rejeté, l'exécution des deux décisions deviendra impossible pour le conservateur des hypothèques saisi d'une demande de mainlevée.

En revanche, si le critère de la contrariété est appliqué, il conviendra, pour la chambre mixte, de choisir laquelle des deux décisions devra être censurée, ou d'annuler les deux.

4. a) La question qui s'ensuit, du choix de la décision à retenir, ne paraît pas pouvoir s'appuyer sur les règles de compétence des juridictions civile ou pénale, puisque l'incompétence de l'une ou l'autre d'entre elles n'a pas été soulevée en temps voulu et que la chambre mixte ne saurait s'en saisir d'office, pour les raisons précédemment développées. On rappellera cependant que la notification du jugement du juge des libertés et de la détention désignait la chambre de l'instruction pour connaître de l'appel, et que la tendance – il est vrai en matière civile – est d'affiner, selon le vœu de M. le professeur R. Perrot (*RTD civ.* 1985, 449), l'énoncé des modalités de recours dans les significations (2^e Civ., 10 septembre 2009, pourvoi n° 07-13.015, à publier au *BICC* et au rapport annuel, note N. Fricero, *JCP* 2009 éd. G, n° 46, 421).

Il ne semble pas non plus possible de justifier la réponse à apporter en se référant à l'autorité de la chose jugée de l'arrêt de la chambre de l'instruction sur celui de la chambre civile, qui lui est postérieur, puisque le moyen invoqué tardivement par le parquet général de Paris est nouveau, donc irrecevable.

Au mieux, pourrait-on faire état – à titre comparatif – de l'orientation donnée par l'assemblée plénière de 1996 en pareille situation et remarquer, avec M^{es} Boré, qui approuvent cet arrêt (J. et L. Boré, *La cassation en matière pénale*, éd. Dalloz Action 2004-2005, n° 93-10), que la Cour de cassation « a annulé les deux [décisions] et renvoyé l'affaire devant la juridiction pénale » ; mais, ajoutent-ils aussitôt, « le pourvoi étant dirigé à la fois contre une décision pénale et une décision civile, il semble qu'il puisse être formé aussi bien selon les règles de la procédure civile que celles de la procédure pénale » (*op. cit.*, n° 93-61). La comparaison des deux affaires n'est donc pas véritablement probante, et l'incertitude subsiste.

La réponse pourrait donc se faire sur le critère de l'opportunité. C'est en effet sur ce fondement que le mis en examen s'appuie pour solliciter du juge des libertés et de la détention la mainlevée de l'inscription garantissant le paiement de l'amende qu'il encourt. L'argumentation soutenue par la SCI Verica pour en solliciter la radiation est particulièrement explicite en l'espèce : la garantie serait, selon le moyen développé contre l'arrêt rendu par la juridiction pénale, excessive, aux termes de la première branche, et disproportionnée, selon les deux autres. Cependant, ne se retourne-t-elle pas contre celle qui l'emploie ? Qui mieux que la chambre de l'instruction¹⁰, appelée à contrôler l'information ouverte, en particulier les qualifications pénales retenues et, par voie de conséquence, les sanctions encourues, est en mesure d'apprécier l'opportunité de prendre des garanties pour assurer le recouvrement des amendes ? A l'inverse, ne serait-ce pas (trop) élargir les pouvoirs du juge civil – et les risques de dysfonctionnement – que de donner compétence à ce dernier pour, une fois l'inscription prise, juger du bien-fondé d'une demande de mainlevée ?

Peut-être le débat mériterait-il d'être poursuivi, en d'autres circonstances, sur les compétences respectives des chambres d'une même cour d'appel pour contrôler les formalités (les modalités) de l'inscription provisoire judiciaire ; mais la question présentement posée à la chambre mixte se situe en amont : elle se borne à définir qui doit juger de la nécessité de prendre une inscription, de la maintenir ou de la lever.

4. b) Outre l'examen du critère d'opportunité, la chambre mixte pourra, pour se déterminer, s'interroger également sur le bien-fondé du grief articulé par la SCI Verica. Celle-ci est-elle en mesure de justifier que la mention erronée de l'acte d'huissier de justice, confondant « nullité » et « mainlevée », lui fait grief, alors que cette erreur ne l'a objectivement pas empêchée de solliciter la « mainlevée » ? Son reproche ne tient-il pas simplement à ce que la « mainlevée » demandée (qui, contrairement à la nullité, se fonde sur une appréciation de l'opportunité, et non sur un critère de validité) lui a été refusée ?

C'est ce que constate la chambre de l'instruction lorsqu'elle retient, par des motifs non critiqués, « *Que, par ailleurs, le libellé de cet acte, certes erroné puisqu'il informe la SCI Verica de son droit de demander "la nullité" au lieu de mentionner "la mainlevée" de la sûreté, est toutefois sans conséquence sur la portée du principe édicté, qui vise à ouvrir au débiteur un recours que la SCI Verica n'a pas manqué d'exercer ; que l'existence d'un grief n'est pas démontrée, la société n'indiquant pas en quoi cette information l'a privée du droit de demander la mainlevée de l'inscription d'hypothèque* » (p. 10, *in fine*).

Or, la démonstration d'un grief trouvant son origine dans cette irrégularité est nécessaire, tant selon les prescriptions de l'article 114, alinéa 2, du code de procédure civile qu'au vu de la doctrine (R. Perrot, obs. sous 2^e Civ., 10 juillet 1991, *RTD civ.* 1992, p. 637 ; G. Wiederkehr, « La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile », *D.* 1984, chron. p. 167 ; F. Laronde-Clérac, « La pratique jurisprudentielle des nullités en procédure civile », *in Droit et procédure* 2004, n° 6, p. 309). Les deux considèrent, comme l'écrit un auteur dans un domaine voisin de l'espèce, « *qu'en elle-même, l'irrégularité formelle d'un acte n'est pas nécessairement constitutive d'un grief ; elle ne le devient que s'il est formellement démontré que c'est à cause de cette anomalie que le destinataire de l'acte n'a pas pu se défendre dans les conditions organisées par la loi* » (O. Salati, « L'acte de dénonciation d'une saisie-attribution doit contenir, à peine de nullité, en caractères très apparents, le délai dans lequel les contestations doivent être soulevées et la date à laquelle expire ce délai », *JCP* 2005 éd. G, n° 11, II, n° 10033). En revanche, la « nouvelle approche » jurisprudentielle qu'a pu relever M^e J. Junillon dans un arrêt de la deuxième chambre civile du 14 février 2008 (*Bull.* 2008, II, n° 33, *RTD civ.* 2008, p. 544, obs. Ph. Théry), qui exprimerait « *la volonté actuelle de la Cour de cassation de s'échapper de cette notion de grief* » (*Droit et pratique...*, éd. Dalloz Action 2009-2010, *op. cit.*, n° 164.70), reste du domaine de l'hypothèse et demeure sans portée sur le choix de la solution à retenir.

4. c) Sera-t-il alors nécessaire d'envisager un renvoi si un seul arrêt est annulé¹¹ ? Certes, la chambre mixte peut vouloir laisser aux juges du fond le soin de déterminer, en vertu de leur pouvoir souverain d'appréciation (1^{er} Civ., 1^{er} décembre 1998, pourvoi n° 96-18.993 ; 1^{er} Civ., 9 mars 1999, pourvoi n° 96-22.793), dans quelle mesure les caractères de l'acte d'huissier de justice étaient aussi apparents que le texte l'impose. Ceci, d'autant que cette « *cette notion d'apparence*, écrivent M^{me} le professeur Douchy et M^e Menut dans un ouvrage de pratique professionnelle, *est évidemment subjective, et [qu']elle n'est pas aussi contraignante que l'utilisation d'un corps de texte de taille minimale, comme cela est exigé en matière de crédit à la consommation pour le contrat* » (M. Douchy et B. Menut, *Transmission, signification ou notification des actes*, éd. Litec 2002, n° 106 et 107). De plus, cette question, fréquemment posée en droit des assurances, a rarement été portée à la connaissance de la Cour de cassation en matière d'actes d'huissier de justice.

Deux raisons sont cependant susceptibles de l'inciter à envisager l'économie d'un renvoi après annulation :

- l'une tient à ce qu'il n'y a vraisemblablement pas lieu d'inviter les juges du fond à se (re)prononcer, puisque la décision n'aura pas été censurée sur un point de droit, mais seulement annulée pour « inconciliableté ». En effet, l'article 618 du code de procédure civile énonce que « *lorsque la contrariété est constatée, la Cour de cassation annule l'une des deux décisions ou, s'il y a lieu, les deux* ». Le texte ne fait pas état de cassation à proprement parler. Ce qui peut s'expliquer, selon l'ouvrage de M^e Boré, par le fait que la Cour de cassation met seulement là un terme au dysfonctionnement de la justice, sans pour autant se substituer aux juges du fond, et qu'elle ne prononce qu'une annulation sans censure (*op. cit.*, n° 75.43) ;

- l'autre tient à ce que, quand bien même une appréciation de la Cour de cassation serait sous-jacente, la solution retenue en droit des assurances et transposée à l'espèce serait susceptible de la conduire à censurer l'arrêt de la chambre civile. En effet, il a été précédemment jugé, il est vrai en matière de contrat d'assurances, « *qu'en relevant que l'examen du contrat révélait que la clause litigieuse, même si elle était écrite dans des*

¹⁰ D'autant que l'infraction poursuivie relevant notamment des articles 706-73 et 706-74 du code de procédure pénale, les voies de recours ressortissent, depuis l'ordonnance du 8 juin 2006, à la compétence de la juridiction d'appel spécialisée visée à l'article 706-75-1, troisième alinéa, ce qui avait motivé le renvoi de la quatrième chambre de l'instruction vers la sixième.

¹¹ Il sera nécessaire, en tout état de cause, si les deux arrêts sont annulés.

caractères analogues à ceux employés pour d'autres clauses, moins contraignantes pour l'assuré, situées directement à proximité de celle-ci et se trouvait ainsi en quelque sorte mise sur le même plan qu'elles, n'en demeurait pas moins très apparente pour le lecteur, la cour d'appel a légalement justifié sa décision, le texte précité [article L. 112-4 du code des assurances] imposant l'utilisation de "caractères très apparents", sans pour autant exiger que ces caractères soient différents de ceux employés pour l'impression des clauses figurant à proximité » (1^{re} Civ., 28 juin 1988, Bull. 1988, I, n° 205).

5. Enfin, pour l'hypothèse où serait retenue une contrariété des décisions civile et pénale, la chambre mixte sera amenée à se prononcer non pas sur la nécessité de viser l'article 4 du code civil, relatif au déni de justice, ce qui constitue le droit positif depuis l'arrêt de l'assemblée plénière de 1996, mais sur l'opportunité de compléter ce visa par l'article 618 du code de procédure civile, ainsi que la troisième chambre civile l'a fait en 2003.

B. - Nombre de projets proposés

Quatre projets.

Avis de M. Boccon-Gibod

Avocat général

Il sera d'abord procédé à un rappel des faits et de la procédure (I). Les pourvois, qu'il conviendra de joindre en raison de leur connexité, portant sur deux arrêts, l'un civil et l'autre pénal, statuant sur le même appel, il importera ensuite de vérifier laquelle des formations saisies était en définitive compétente (II), puis d'examiner les mérites des pourvois de la SCI Verica (III) et du procureur général près la cour d'appel de Paris (IV), avant de proposer une solution en conclusion.

I. - Rappel des faits et de la procédure

Il paraît utile de préciser d'emblée les circonstances qui confèrent un caractère particulier aux pourvois ici examinés.

D'une part, la SCI Verica, en frappant d'appel deux fois la même décision du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Bobigny, a provoqué le prononcé de deux décisions distinctes et contradictoires, l'une émanant de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, confirmant le rejet de sa requête, l'autre, rendue par une chambre civile de la même cour d'appel, statuant dans un sens qui lui était favorable.

D'autre part, face à cette situation pour le moins insolite, le procureur général près la cour d'appel de Paris a fait application des dispositions rarement mises en œuvre de l'article 618 du code de procédure civile, dont l'objet est précisément de remédier aux contrariétés de jugements survenant lorsque deux décisions sont inconciliables et qu'aucune d'elles n'est susceptible d'un recours ordinaire.

Chacun de ces éléments mérite d'être mieux précisé en distinguant le « tronc commun » de la procédure (A) et ses parties séparées (B).

A. - Le tronc commun de la procédure

Les développements qui suivent porteront sur les faits (a) puis sur la procédure (b).

a) Les faits objet des poursuites

Il paraît suffisant de rappeler ce qui suit¹ :

Plusieurs signalements de la cellule Tracfin portant sur des opérations d'achats immobiliers par des ressortissants yougoslaves ont conduit le parquet de Bobigny à diligenter, en octobre 2002, une enquête. Celle-ci a mis en évidence que des faux étaient utilisés pour le montage de dossiers de crédits immobiliers, tandis que l'origine des fonds servant aux apports personnels et au paiement des mensualités restait sans justification.

Il était ainsi constaté que quatre membres de la famille X... avaient constitué une SCI Verica au capital de 221 000 euros, immatriculée le 29 janvier 2002, possédant son siège à l'adresse d'un pavillon de standing, d'une surface habitable d'environ 400 m² sur un terrain d'environ 1 500 m², situé [...] à [...] (93), dont elle avait fait l'acquisition pour un montant de 660 866,48 euros.

Ce bien avait été financé à hauteur de 396 367 euros par un prêt souscrit auprès de la Société générale, remboursable sur vingt ans, prêt consenti sur la présentation de faux bulletins de salaire remis par les quatre associés, appelés en qualité de cautions.

Verica X..., gérante de la SCI, avait complété le prêt par un apport personnel dont elle ne pouvait justifier la provenance.

b) Procédure

On distinguera les actes qui ont précédé la saisine du juge des libertés et de la détention de Bobigny (1), la saisine (2) et la décision (3) de ce juge.

1. Les actes qui ont précédé la saisine du juge des libertés et de la détention de Bobigny

Le 29 octobre 2003, la SCI Verica a été mise en examen des chefs de blanchiment, blanchiment en bande organisée, escroqueries en bande organisée, association de malfaiteurs, faux et usage, ainsi que de recel, faits prévus et réprimés par les articles 324-1 à 324-8, 441-1, 441-9 à 441-11, 450-1 et suivants, 313-2 5^o du code pénal.

Les mêmes chefs de mise en examen avaient déjà été notifiés à Verica X..., son compagnon et leur fils.

Le 15 janvier 2007, le procureur de la République de Bobigny a, sur le fondement de l'article 706-103 du code de procédure pénale, saisi le juge des libertés et de la détention d'une requête aux fins d'inscription provisoire d'une hypothèque sur l'immeuble dont il vient d'être question.

Par ordonnance du 31 janvier 2007, ce juge a autorisé l'inscription provisoire à hauteur de la valeur de l'immeuble, estimée à 661 832 euros.

¹ Renseignements tirés de la décision du juge des libertés et de la détention de Bobigny en date du 3 juillet 2007.

Par acte d'huissier en date du 11 avril 2007, le dépôt de l'inscription provisoire d'hypothèque a été dénoncé à la SCI Verica, conformément aux dispositions de l'article 255 du décret du 31 juillet 1992, instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution.

2. La saisine du juge des libertés et de la détention de Bobigny par la SCI Verica

Par assignation délivrée le 23 mai 2007 au procureur de la République de Bobigny, la SCI Verica a saisi le juge des libertés et de la détention, principalement aux fins d'annulation de l'acte d'huissier du 11 avril 2007 en raison des vices de forme dont il était affecté et, par voie de conséquence, pour voir prononcer la caducité de l'inscription provisoire d'hypothèque. La mainlevée de ladite inscription a été subsidiairement demandée.

La requête de la SCI Verica articulait les quatre arguments suivants :

- violation de l'article 255 du décret précité du 31 juillet 1992, d'une part, en ce que l'acte de dénonciation du dépôt de l'inscription d'hypothèque judiciaire provisoire informait la SCI Verica de son droit de demander la nullité de la sûreté et non sa mainlevée, comme le prévoit l'article précité, et, d'autre part, en ce que, contrairement aux prescriptions du décret, il n'était pas fait expressément référence aux dispositions de son article 217, mais aux articles reproduits ci-après, au nombre de onze, parmi lesquels l'article 217 ;

- inapplicabilité de la procédure spéciale régissant la criminalité et la délinquance organisées, dont le caractère exceptionnel a été souligné par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 mars 2004, procédure réservée aux activités commises par des structures de type mafieux, inexistantes en l'espèce ; caractère disproportionné d'une inscription d'hypothèque au regard des droits fondamentaux de la requérante et des associés de la SCI Verica ;

- non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère justifiant la prise d'une mesure de sûreté, dès lors que les faits objet des poursuites remontaient à 2001 et 2002, soit antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2004, tandis que la prise d'hypothèque avait pour objet de garantir l'exécution de peines plus sévères, la peine d'amende encourue pour l'infraction d'escroquerie en bande organisée ayant été alourdie ;

- absence de menace sur le recouvrement de la créance au sens de l'article 210 du décret du 31 juillet 1992, de sorte que la mesure conservatoire n'était pas opportune, les conditions posées par l'article 67 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution n'étant pas remplies.

3. La décision du juge des libertés et de la détention

Par jugement² du 3 juillet 2007, le juge des libertés et de la détention a refusé d'accéder à la requête de la SCI Verica, rejetant chacun des moyens articulés pour son soutien.

C'est après la prise de la décision qui vient d'être rappelée que la procédure a connu, devant la cour d'appel, un développement double, la SCI Verica ayant estimé devoir interjeter appel deux fois de cette unique décision : une fois pour saisir la chambre de l'instruction, une autre fois pour saisir une chambre civile de la cour.

B. - Les développements séparés de la procédure

a) La procédure suivie devant la chambre de l'instruction

Le juge des libertés et de la détention ayant rendu sa décision le 3 juillet 2007, M^e Isabelle Y..., substituant M^e Olivier Z..., avocat de la SCI Verica, s'est présentée au greffe du juge des libertés et de la détention de Bobigny le 12 juillet 2007 et a déclaré interjeter appel de la décision susvisée.

Le procureur général près la cour d'appel de Paris a soumis l'examen de cet appel à la chambre de l'instruction de son siège.

Par arrêt du 17 juin 2008, la sixième section de la chambre de l'instruction de Paris a confirmé la décision du juge des libertés.

La SCI Verica a inscrit un pourvoi contre cet arrêt, suivant déclaration en date du 20 juin 2008 au greffe de la cour d'appel de Paris.

Ce pourvoi, inscrit dans le délai légal par un avocat titulaire d'un mandat spécial, est recevable.

b) La procédure suivie devant la deuxième chambre civile de la cour d'appel de Paris

Le 17 juillet 2007, soit cinq jours après l'inscription d'un appel au greffe du juge des libertés et de la détention de Bobigny, M^e Louis-Charles A..., avoué, interjetait appel de la même décision en date du 3 juillet 2007, cela selon les formes prévues par le code de procédure civile.

Pour de vraisemblables raisons d'organisation, le procureur général près la cour d'appel de Paris n'a pas procédé aux rapprochements qui lui auraient permis de constater que l'affaire était en voie d'audience devant la chambre de l'instruction et a traité le dossier comme si cette dernière n'en avait jamais été saisie³.

Par arrêt du 23 février 2009, la deuxième chambre B civile de la cour d'appel, statuant en sens contraire de la décision auparavant prise par la chambre de l'instruction, a prononcé la nullité de la dénonciation de l'inscription provisoire, dit cette inscription caduque et a, en conséquence, ordonné sa mainlevée.

C'est sur le seul moyen tiré de la violation des dispositions de l'article 255 du décret du 31 juillet 1992 que la chambre civile de la cour a pris cette décision :

² Le juge des libertés et de la détention a donné à sa décision le titre de *jugement* et non d'*ordonnance*.

³ On remarquera que le conseil de la SCI Verica qui, lui, disposait de tous les éléments pour permettre un rapprochement entre deux procédures dont il avait pris l'initiative semble s'être, de son côté, abstenu de toute démarche sur ce point.

« Considérant que, selon l'article 255 du décret du 31 juillet 1992 relatif aux procédures civiles d'exécution, l'acte d'huissier dénonçant au débiteur le dépôt d'une inscription d'hypothèque judiciaire provisoire doit contenir, à peine de nullité, notamment l'indication, en caractères très apparents, que le débiteur peut demander la mainlevée de la sûreté comme il est dit à l'article 217 ;

Qu'en l'espèce, l'acte de dénonciation est ainsi rédigé [...] "Attention vous pouvez demander la nullité de la sûreté comme il est dit dans les articles reproduits ci-après" ;

Que la page deux, intitulée "rappel des textes légaux", énumère, tous dans le même caractère, les articles 201 à 219, ainsi que l'article 256 du décret du 31 juillet 1992 précité ;

Qu'ainsi, d'une part, la mention obligatoire est erronée en ce que l'article 255 impose à l'huissier d'indiquer la possibilité qu'il a de demander la mainlevée de la sûreté, et non pas seulement sa nullité ;

Que, d'autre part, l'acte ne renvoie pas à l'article 217, comme le prévoit l'article 255, mais aux articles reproduits ci-après.

Qu'il en résulte que la nullité de l'acte d'huissier du 11 avril 2007 ne peut qu'être prononcée ; qu'il convient, par voie de conséquence, de prononcer la caducité de l'inscription hypothécaire provisoire et d'en ordonner la mainlevée, infirmant ainsi dans toutes ses dispositions le jugement entrepris ».

C'est en définitive à quelques jours de l'examen du pourvoi de la SCI Verica par la chambre criminelle, fixé au 17 mars 2009, que celle-ci a été saisie « d'observations complémentaires » du conseil de la SCI Verica, l'informant que ledit pourvoi était, à son sens, devenu sans objet, en l'état de la décision civile ayant accueilli la demande de sa cliente.

Cette demande tendant à faire dire sans objet le pourvoi contre la décision pénale n'a cependant pas été retenue. Une telle solution aurait en réalité constitué une sorte de prime aux réticences, voire à l'habileté, de la SCI Verica dans la conduite de deux procédures parallèles. Mais, surtout, laisser perdurer une contrariété de jugements revenait à créer une situation relevant du déni de justice, au mépris des dispositions de l'article 4 du code civil.

C'est ce qui explique la démarche pour laquelle a finalement opté le procureur général près la cour d'appel de Paris, qui s'est appuyé sur les dispositions de l'article 618 du code de procédure civile.

Deux formations de la cour d'appel ayant retenu leur compétence pour statuer sur le même recours, il importe, avant même d'examiner les mérites des pourvois, de déterminer si, en définitive, l'affaire relevait de la juridiction civile ou de la chambre de l'instruction.

II. - Quelle juridiction devait, en définitive, statuer sur le recours de la SCI Verica ?

C'est en réalité l'une des principales questions posées par les pourvois, sur laquelle la réponse de la Cour de cassation est de surcroît la plus attendue.

La question, il est vrai, n'est pas explicitement contenue dans les pourvois soumis à l'examen de la Cour de cassation, sinon par les observations complémentaires de la SCI Verica, qui ne peuvent être érigées en moyen. Cependant, elle découle nécessairement de la coexistence des deux décisions attaquées tandis que, touchant à la compétence d'une juridiction répressive, elle est de pur de droit et, en l'occurrence, d'ordre public, ce qui autorise la Cour de cassation à examiner d'office la compétence de la chambre de l'instruction⁴, à défaut de pouvoir se prononcer directement sur celle de la chambre civile puisque, comme le rappelle M. le conseiller rapporteur, l'article 92 du code de procédure civile prévoit que, devant la Cour de cassation, « l'incompétence de la juridiction civile ne peut être relevée d'office que si l'affaire relève d'une juridiction répressive ou administrative ou échappe à la connaissance de la juridiction française. »

Il est utile, pour répondre à cette interrogation, de se pencher plus précisément sur les dispositions de l'article 706-103 du code de procédure pénale, en vertu desquelles a été prise une inscription provisoire d'hypothèque sur le bien de la SCI Verica.

Il sera procédé au rappel des dispositions applicables (A), puis à l'examen des éléments qui peuvent servir de guide dans la désignation de la juridiction compétente pour statuer sur les recours exercés en ce domaine (B).

A. - L'économie de l'article 706-103 du code de procédure pénale

Cet article, issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, dite « Perben 2 », entré en vigueur le 1^{er} octobre 2004, est rédigé comme suit :

« En cas d'information ouverte pour l'une des infractions entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-74 et afin de garantir le paiement des amendes encourues ainsi que, le cas échéant, l'indemnisation des victimes et l'exécution de la confiscation, le juge des libertés et de la détention, sur requête du procureur de la République, peut ordonner, aux frais avancés du Trésor et selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution, des mesures conservatoires sur les biens, meubles ou immeubles, divis ou indivis, de la personne mise en examen [...] ».

⁴ Au contraire des juridictions civiles, les juridictions répressives ont en effet la faculté de relever d'office, en tout état de la procédure, les nullités d'ordre public, telles celles qui touchent à la compétence (par exemple, Crim., 22 mai 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 212).

Ces dispositions se substituent à celles de l'article 706-30 du code de procédure pénale, abrogées par la loi « Perben 2 » précitée, et qui prévoyaient la possibilité pour le procureur de la République, au cas de poursuites du chef de trafic de stupéfiants ou de blanchiment, de requérir la prise de mesures conservatoires sur les biens du condamné, dispositions qui, sauf erreur, n'ont donné lieu à aucune décision de la Cour de cassation⁵.

Selon la rédaction initiale de l'article 706-30, les réquisitions du procureur de la République étaient adressées au président du tribunal ou au juge délégué par lui. Après l'avènement du juge des libertés et de la détention, issu de la loi du 15 juin 2000, la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure a décidé que le rôle auparavant dévolu en ce domaine au président du tribunal reviendrait au juge des libertés et de la détention⁶.

En renvoyant aux modalités prévues par les procédures d'exécution, l'article 706-103 fait par ailleurs référence à la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution et au décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi précitée.

S'il est indiscutable, à la seule lecture de cet article 706-103, que le juge des libertés et de la détention est le seul juge compétent pour décider d'une inscription provisoire d'hypothèque, la loi est loin d'être aussi explicite, malgré le renvoi aux dispositions civiles des procédures d'exécution, quant à la désignation de la juridiction compétente pour statuer sur les recours exercés contre les décisions de ce juge.

On ne dispose actuellement d'aucun texte contenant une indication indiscutable sur ce point. Il est dès lors nécessaire d'analyser les éléments qu'il reste possible de réunir pour se forger une opinion.

B. - Les éléments à prendre en compte pour se prononcer sur la question de la compétence

On examinera successivement les éléments qui incitent à opiner en faveur de la juridiction pénale, en l'espèce la chambre de l'instruction (a), et ceux, en réalité plus nombreux, qui conduisent à privilégier la voie civile (b).

a) En faveur de la voie pénale

Il apparaît avec évidence que, par le code auquel il appartient, l'article 706-103 est de nature pénale. La mise en œuvre de ses dispositions s'inscrit dans le même contexte : il est nécessaire qu'une information judiciaire soit ouverte, portant sur certaines catégories d'infractions classées parmi les plus graves ; en outre, la mesure conservatoire qu'il prévoit ne peut être prise qu'à l'encontre d'une personne mise en examen.

La mesure est par ailleurs décidée par le juge des libertés et de la détention, juge précisément habilité à prendre des mesures à caractère indiscutablement pénal, au premier rang desquelles la détention provisoire, susceptibles de recours dont connaît la chambre de l'instruction.

Ce même juge peut, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, décider de mesures conservatoires portant sur des immeubles, selon un mécanisme comparable à celui de l'article 706-103. L'article 138-15 du code de procédure pénale lui permet en effet d'imposer à la personne mise en examen de « constituer, dans un délai, pour une période et un montant déterminés [...] des sûretés personnelles ou réelles ». Or, nul ne conteste que l'examen d'un recours exercé contre ce type de mesure revient à la chambre de l'instruction, de sorte qu'en première analyse, il paraîtrait peu cohérent de prétendre que des mesures de même nature, mais prises en application des dispositions de l'article 706-103 du code de procédure pénale, devraient relever d'un autre régime.

Il est par ailleurs à noter que, selon l'article L. 213-8 du code de l'organisation judiciaire, « les compétences du juge des libertés et de la détention en matière non répressive sont fixées par des lois particulières ».⁷

Or, il paraît difficile, au regard de ces dispositions et à la lumière des observations qui précèdent, de considérer que l'article 706-103 constituerait une loi particulière en matière non répressive. Et si l'on admet que les pouvoirs conférés par cet article au juge des libertés et de la détention relèvent bien de la matière répressive, on voit mal pourquoi la juridiction chargée de connaître des recours exercés contre les actes de ce juge ne serait pas pénale.

Il ne peut, en outre, échapper que la finalité même de la mesure conservatoire prévue par l'article 706-103 est à forte connotation pénale, dès lors qu'elle a pour objet de garantir le paiement des amendes encourues, l'indemnisation des victimes des infractions poursuivies et l'exécution des mesures de confiscation décidées par la juridiction pénale.

On peut enfin considérer qu'il serait justifié, au cas d'appel contre la décision du juge des libertés et de la détention autorisant la mesure, de communiquer à la juridiction du second degré l'entier dossier de la procédure d'information à laquelle se rattache l'inscription provisoire, de sorte qu'il reviendrait naturellement à la chambre de l'instruction d'en connaître, s'agissant de la formation de la cour d'appel habilitée à statuer sur les dossiers d'information.

Les arguments tendant à justifier la compétence de la chambre de l'instruction ne paraissent donc pas manquer de pertinence.

⁵ C'est en tout cas ce qui ressort d'une recherche sur la base Jurinet utilisant l'article 706-30 du code de procédure pénale comme discriminant.

⁶ Article 39 de la loi du 18 mars 2003.

⁷ C'est ainsi que ce juge statue sur la prolongation de la rétention des étrangers démunis de titre de séjour (article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945), ou sur les recours exercés par les personnes hospitalisées sans leur consentement (article L. 3211-12 du code de la santé publique).

Mais il en existe d'autres, qui incitent à les relativiser pour faire incliner en faveur de la saisine de la juridiction civile.

b) En faveur de la juridiction civile

On trouvera, sur ce point, des arguments qui se déduisent des dispositions mêmes de l'article 706-103 (1^o) ou qui résultent d'éléments extérieurs, tels que les travaux parlementaires (2^o et 5^o), les notes et circulaires du ministère de la justice (3^o) et la jurisprudence des cours d'appel (4^o), certes très limitée (une seule décision recensée).

1. Ce qui ressort de l'article 706-103 du code de procédure pénale

Il a été montré plus haut que, pour de nombreuses raisons, tout contentieux né de la mise en œuvre des dispositions de l'article 706-103, de nature pénale, pourrait rester dans le champ pénal, y compris devant la cour d'appel.

Mais, à meilleur examen, certaines de ces raisons ne sont pas complètement convaincantes.

Il est d'abord discutable de considérer que l'intervention du juge des libertés et de la détention en matière répressive entraîne *ipso facto* la compétence d'une formation pénale pour connaître des recours exercés contre ses décisions. Il intervient en effet dans des contentieux présentant un indéniable aspect répressif, bien que relevant du juge civil. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il autorise les enquêteurs de l'Autorité des marchés financiers à effectuer des visites domiciliaires, par une décision qui peut faire l'objet d'un recours devant le juge civil⁸.

2. Les travaux parlementaires qui ont présidé à l'élaboration de l'article 706-103

Il n'est pas sans intérêt d'examiner par quel cheminement le législateur est parvenu à la décision de confier au juge des libertés et de la détention la charge d'autoriser les mesures conservatoires.

Rappelons, en effet, qu'avant l'entrée en vigueur de l'article 706-103 du code de procédure pénale, l'article 706-30 de ce code organisait la prise de mesures conservatoires selon un mécanisme très semblable, à ceci près qu'il ne pouvait, à l'époque, être question de juge des libertés et de la détention, créé par la loi du 15 juin 2000.

C'était au président du tribunal ou au magistrat délégué par lui que revenait alors la tâche maintenue dévolue au juge des libertés et de la détention, et ce, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 18 mars 2003, substituant le juge des libertés et de la détention au président du tribunal dans la rédaction de l'article 706-30.

Il ne paraît pas douteux que l'instance de recours des décisions du président était alors une formation civile de la cour d'appel.

Faut-il dès lors considérer qu'en transférant les attributions, à caractère civil, du président du tribunal au juge des libertés et de la détention le législateur de 2003 a entendu conférer à ces attributions un caractère pénal ? Le fait paraît très douteux, bien que la jurisprudence ne soit pas nourrie sur ce point : on trouvera un unique arrêt d'une cour d'appel, Dijon en l'occurrence, en date du 13 juillet 2004, statuant sur un recours formé contre une décision du juge des libertés et de la détention prise en application des dispositions de l'article 706-30 alors applicable, sans que la compétence de la juridiction civile ait été remise en cause⁹.

Il est plus important de noter que l'examen des travaux parlementaires ne permet pas de parvenir à une solution différente.

On constate, en effet, qu'il a été proposé par amendement, lors des débats devant l'Assemblée nationale portant sur le texte qui allait devenir la loi « Perben 2 », que la mesure conservatoire prévue au futur article 706-103¹⁰ puisse être ordonnée directement par le juge d'instruction. Il se serait alors imposé avec évidence que la juridiction d'appel de la décision du juge d'instruction était la chambre de l'instruction¹¹. Cet amendement a cependant été repoussé sur l'avis du rapporteur, approuvé par le gouvernement, exprimé en ces termes :

« [...] le dispositif retenu est traditionnel en droit français. Ainsi, avant qu'existe le juge des libertés et de la détention, ce genre de prérogatives était confié par l'ancien article 706-30 du code de procédure pénale non pas au juge d'instruction, mais à un autre magistrat : le président du tribunal de grande instance. Le fait que le gouvernement nous propose un dispositif qui maintient le partage des compétences entre deux magistrats me semble cohérent avec la tradition juridique. »

Autrement dit, pour le législateur comme pour le gouvernement, le transfert au juge des libertés et de la détention des compétences du président du tribunal est intervenu, toutes choses égales par ailleurs, sans modifier le régime antérieur qui, sous l'empire de l'ancien article 706-30 du code de procédure pénale, attribuait à une chambre civile les recours exercés contre les mesures conservatoires.

Il faut ensuite considérer que l'article 706-103, loin d'intégrer la mesure conservatoire qu'il prévoit dans un dossier pénal, opère au contraire une distinction très nette entre la procédure traduisant l'exercice de l'action publique et celle conduisant à l'inscription provisoire d'hypothèque.

En effet, alors même qu'un juge d'instruction est saisi, ce n'est pas ce juge qui saisit le juge des libertés et de la détention, comme c'est le cas en matière de détention, mais le procureur de la République, invité à agir « selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution ».

⁸ Article L. 621-12 du code monétaire et financier.

⁹ Arrêt du 13 juillet 2004 de la chambre civile A de la cour d'appel de Dijon, n° de répertoire général 04/00068.

¹⁰ Article 706-98 dans le texte amendé par la commission des lois.

¹¹ Amendement de M. Garraud, JO débats AN, 22 mai 2003, page 4036.

C'est ainsi un dossier totalement distinct de la procédure pénale en cours qui se construit, un dossier qui peut obéir à ses règles propres et que le ministère public suivra de bout en bout : il est, dès lors, parfaitement concevable que ce dossier distinct soit traité comme un dossier civil.

A cet égard, la dualité qui en résulterait par rapport au contrôle judiciaire, qui, comme on l'a vu, prévoit aussi la possibilité d'une mesure conservatoire en matière immobilière, n'est incohérente qu'en apparence : le contrôle judiciaire est en lien direct avec le déroulement de l'information et s'inscrit dans une démarche tendant à la manifestation de la vérité, alors que l'inscription provisoire d'hypothèque prévue par l'article 706-103 est une mesure seulement prise en prévision de l'issue de la procédure, de sorte qu'il n'est pas choquant qu'elle soit soumise à un régime différent.

Il faut enfin considérer avec beaucoup d'attention les dispositions de l'article 706-103, aux termes desquelles le juge des libertés et de la détention peut ordonner des mesures conservatoires « *selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution* ».

En effet, dès lors qu'il est écrit que le juge, alors même qu'il intervient en matière répressive, est soumis à des dispositions civiles, n'est-on pas en droit de conclure que, par une exigence minimale de cohérence, les dispositions civiles relatives aux voies de recours sont nécessairement incluses dans celles que mentionne l'article 706-103 en termes généraux ?

Les dispositions de l'article 706-103 doivent ici être combinées avec celles de l'article 69 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, ainsi rédigé :

« L'autorisation [de pratiquer une mesure conservatoire] est donnée par le juge de l'exécution. Toutefois, elle peut être accordée par le président du tribunal de commerce lorsque, demandée avant tout procès, elle tend à la conservation d'une créance relevant de la compétence de la juridiction commerciale.

A peine de nullité, le juge précise l'objet de la mesure autorisée.

En autorisant la mesure conservatoire, le juge peut décider de réexaminer sa décision ou les modalités de son exécution au vu d'un débat contradictoire. »

Autrement dit, le juge compétent en droit commun de la procédure civile pour ordonner la mesure ou, ensuite, pour la réexaminer, est le juge de l'exécution (JEX), dont la compétence civile est indiscutable.

Mais lorsque la mesure conservatoire est pratiquée à la demande du procureur de la République dans le cadre d'une procédure pénale, le rôle du juge de l'exécution est tenu par le juge des libertés et de la détention, selon les dispositions de l'article 706-103 du code de procédure pénale.

En effet, cet article ne précise nullement que le juge des libertés et de la détention, qui occupe la place du juge de l'exécution quand il autorise la mesure conservatoire, doit la lui restituer quand il s'agit de la réexaminer.

Observons encore que l'article 72 de la loi du 9 juillet 1991 prévoit que, dans une procédure civile « ordinaire », le pouvoir d'ordonner la mainlevée de la mesure revient au juge de l'exécution, c'est-à-dire au juge qui a ordonné la mesure.

Il s'en déduit que le magistrat habilité à recevoir la demande de mainlevée de l'inscription provisoire d'hypothèque est celui qui a précédemment autorisé cette inscription. C'est donc au juge des libertés et de la détention que doit être adressée la demande de mainlevée, dès lors que la mesure a été ordonnée par lui.

C'est dire qu'à la lettre de l'article 706-103 du code de procédure pénale, les modalités d'une mesure conservatoire prévues par la loi du 9 juillet 1991 et les textes pris pour son application sont les seules qui puissent être mise en œuvre dans le cadre de la procédure pénale, à deux précisions près :

- d'une part, le rôle du juge de l'exécution est tenu par le juge des libertés et de la détention ;
- d'autre part, seules sont concernées les modalités de la mesure, certaines conditions de fond propres aux contentieux civils ne pouvant évidemment être transposées à la matière pénale.

En revanche, la procédure par laquelle il est demandé d'ordonner la mainlevée de la mesure, puis par laquelle est contestée la décision du juge des libertés et de la détention statuant sur ces domaines, paraît bien ressortir au domaine des modalités, qui doivent dès lors être prévues par les procédures civiles d'exécution, aux termes mêmes de l'article 706-103.

Ainsi, les arguments qu'il est possible de tirer de la lecture de cet article paraissent en définitive militer en faveur de la juridiction civile.

D'autres motifs existent encore de privilégier la juridiction civile.

3. L'interprétation de l'article 706-103 par le garde des sceaux

Bien que nécessairement exprimée sous réserve de l'appréciation des juridictions du fond, cette interprétation est d'autant plus importante que le texte constituant le droit positif est, à quelques modifications mineures près, celui figurant au projet de loi déposé par le gouvernement.

Si l'exposé des motifs de ce projet n'apporte pas de lumière particulière sur ce point, il n'en va pas de même d'une note qui a suivi la promulgation de la loi.

Le ministère de la justice a, en effet, diffusé un document appelé *boîte à outils* contenant, par thèmes, des indications sur les mesures nouvelles instaurées par la loi.

Une des fiches ainsi diffusées porte sur les mesures conservatoires et confiscations¹². Elle contient l'indication suivante :

« [...] une fois la demande accordée, il est fait application pour son exécution des règles prévues et définies par la loi du 9 juillet 1991 et le décret du 31 juillet 1992 sur les voies d'exécution, que ce soit pour l'appréhension matérielle des biens mobiliers et immobiliers non encore sous main de justice ou pour l'exercice d'un recours aux fins de mainlevée ou d'aménagement de la mesure.

La juridiction compétente est alors le juge de l'exécution. »

La circulaire du garde des sceaux du 2 septembre 2004¹³ précise de même *« qu'il sera fait application des règles prévues et définies par le code de procédure civile pour l'appréhension matérielle des biens mobiliers et immobiliers non encore sous main de justice et que le contentieux d'exécution de la mesure relève de la compétence du juge de l'exécution et non du juge des libertés et de la détention ».*

On constate que, pour le gouvernement, à l'origine de la réforme, le juge des libertés et de la détention, aussitôt prise la mesure conservatoire, cède la place au juge de l'exécution. On a vu plus haut que cette analyse est discutable, dès lors que l'article 706-103 du code de procédure pénale confie au départ le rôle du juge de l'exécution au juge des libertés et de la détention ; on ne voit dès lors pas pourquoi le juge des libertés et de la détention ne conserverait pas ensuite les attributions du juge de l'exécution.

En revanche, il ressort bien des précisions apportées par le ministère que la procédure suivie par le juge des libertés et de la détention doit obéir aux règles de la procédure civile, lesquelles devraient donc s'appliquer aux modalités de voies de recours.

4. L'application des dispositions de l'article 706-103 par une juridiction du fond

Bien que d'une portée limitée en raison de son caractère unique, la décision rendue le 14 juin 2007 par la chambre commerciale de la cour d'appel d'Orléans au visa de l'article 706-103 du code de procédure pénale mérite d'être citée.

Elle prend effectivement parti de manière très claire en faveur de la compétence civile, étant observé que le ministère public n'a pas expressément soulevé son incompétence :

« Attendu qu'aux termes de l'article 706-103 du code de procédure pénale, qui sert de fondement aux mesures conservatoires litigieuses, ces mesures sont ordonnées par le juge des libertés et de la détention, selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution ; que M^e X... déduit de cette formule que l'appel des décisions du juge des libertés et de la détention, qui relève en principe de la chambre de l'instruction, doit être porté en cette matière spéciale devant la cour d'appel suivant les règles de la procédure civile avec représentation obligatoire par avoué, ainsi qu'elle a procédé par sa déclaration d'appel du 30 octobre 2006 et que le premier président l'a retenu en attribuant l'affaire à la connaissance de la chambre commerciale ;

[...]

Qu'à supposer, par conséquent, que le renvoi aux modalités prévues par les procédures civiles d'exécution fait par l'article 706-103 du code de procédure pénale n'ait pas pour effet d'attribuer l'appel des décisions du juge des libertés et de la détention en cette matière à la cour d'appel suivant les règles de la procédure civile avec représentation obligatoire, comme c'est le cas pour le juge de l'exécution auquel le juge des libertés et de la détention est ici substitué, seule la cour d'appel, dans la formation qui a été saisie, pourrait relever d'office son incompétence ; que ce relevé obéirait au régime institué à l'article 92, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile ; que ce texte, outre qu'il subordonnerait, en l'espèce, l'incompétence relevée d'office à l'existence de la compétence d'une juridiction répressive – qui serait en l'espèce la chambre de l'instruction, bien qu'elle ne statue ni sur la culpabilité ni sur la peine – n'oblige pas la cour d'appel à se déclarer d'office incompétente, mais lui en laisse la faculté, dont il n'y a pas lieu d'user dans les circonstances de la cause, en raison des questions de procédure collective que soulève l'appel et qui ressortissent aux attributions habituelles de la chambre commerciale. »

Il s'ensuit que même en l'absence de disposition parfaitement explicite de la loi, les motifs de reconnaître la compétence de la juridiction civile sont de loin les plus convaincants.

L'incertitude qui subsiste a toutefois d'ores et déjà conduit le président de la commission des lois de l'Assemblée nationale à déposer une proposition de loi tendant à simplifier la procédure¹⁴.

5. La proposition Warsmann

Le rapporteur de la proposition de loi observe, à propos de l'article 706-103 du code de procédure pénale, que, *« s'agissant de la procédure suivie, il apparaît que les procédures civiles d'exécution sont largement inadaptées à la procédure pénale ».*

Pour remédier aux inconvénients ainsi dénoncés, il est proposé de créer un article 706-147 du code de procédure pénale, introduisant une saisie pénale, débarrassée des contingences de la procédure civile.

Le rapporteur observe ce qui suit :

« Compte tenu de l'instauration par le nouvel article 706-147 (inséré par l'article 3 de la présente proposition de loi) d'une procédure de saisie pénale patrimoniale, l'article 706-103, qui implique le recours aux procédures

¹² Disponible sur le site intranet du ministère de la justice à l'adresse <http://intranet.justice.gouv.fr/dacg/sddpgi/Bureau-etudes/web/web/>.

¹³ Circulaire Crim. 04-13/G1-02-09-04 du 2 septembre 2004, page 60.

¹⁴ Proposition de loi n° 1255 de MM. Jean-Luc Warsmann et Guy Geoffroy, visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale. Rapport n° 1689 de M. Guy Geoffroy, enregistré le 20 mai 2009.

civiles d'exécution, est sans doute voué à s'éteindre. Pour autant, votre rapporteur a estimé qu'il convenait de ne pas l'abroger dès à présent, afin de ne pas bouleverser de manière trop abrupte les habitudes des magistrats. »

On constate ainsi que le législateur envisage de permettre la saisie de biens immobiliers dans des conditions affranchies des règles de la procédure civile, dans des termes ne permettant pas de douter de la compétence de la juridiction pénale, ce dont il se serait dispensé si cela avait déjà été le cas.

C'est à partir de l'ensemble de ce qui précède que doit être recherchée une solution au pourvoi de la SCI Verica, d'une part, dirigé contre le seul arrêt pénal, et à celui du procureur général près la cour d'appel de Paris, d'autre part, dirigé contre les deux arrêts, mais tendant à la cassation du seul arrêt civil.

III. - Le pourvoi de la SCI Verica

M^e Spinosi a déposé un mémoire ampliatif et des observations complémentaires.

Il est important de noter que l'unique moyen développé dans les intérêts de la SCI Verica ne reprend pas, devant la Cour de cassation, l'ensemble des griefs articulés devant la chambre de l'instruction.

A. - Ce que ne soutient plus la SCI Verica

Rappelons que, devant la chambre de l'instruction, la SCI Verica a critiqué la décision du juge des libertés et de la détention en ce qu'elle n'a pas accueilli sa demande tendant à voir prononcer la nullité de la dénonciation de l'inscription provisoire d'hypothèque, qui ne respectait pas, selon la requête, les dispositions de l'article 255 du décret du 31 juillet 1992, relatives à l'information du débiteur quant à son droit de solliciter la mainlevée de l'hypothèque.

Ce moyen est abandonné devant la Cour de cassation, la SCI Verica prenant au contraire acte de ce que la dénonciation était régulière¹⁵ et ne maintenant sa critique que sur les autres points contenus dans sa requête, de sorte que la question de la régularité formelle de la dénonciation n'est plus dans le débat, ce qui ne doit pas empêcher de s'interroger sur la pertinence de la motivation de l'arrêt civil à ce propos.

B. - Le moyen développé par la SCI Verica

Le moyen unique de cassation développé dans les intérêts de la SCI Verica fait reproche à la chambre de l'instruction de ne pas avoir accueilli ses arguments tendant à la nullité de la dénonciation de l'inscription provisoire d'hypothèque. Il comprend trois branches. Pour la commodité de l'exposé, l'énoncé de chaque branche sera suivi de sa discussion.

La première branche fait grief à l'arrêt de ne pas avoir ordonné la mainlevée de l'inscription provisoire alors que n'étaient pas remplies les conditions posées par l'article 67 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, à savoir l'existence de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement d'une créance au sens de l'article 210 du décret du 31 juillet 1992.

L'analyse de la SCI Verica est cependant erronée : en effet, les causes de la mesure conservatoire ne doivent pas être confondues avec les modalités de sa mise en œuvre. Or, l'article 706-103 du code de procédure pénale limite aux modalités le recours aux procédures civiles d'exécution. Si, en matière civile, la cause de la mesure conservatoire doit se trouver dans une menace sur le recouvrement, il est manifeste qu'en matière pénale, elle ne peut résulter que de la réunion des conditions prévues par l'article 706-103, à savoir l'ouverture d'une information judiciaire et la mise en examen du chef de certaines infractions relevant de la criminalité organisée.

La deuxième branche du moyen fait à l'arrêt attaqué le reproche d'avoir écarté le grief d'une atteinte disproportionnée au droit de propriété, l'inscription provisoire d'hypothèque portant sur la valeur totale de la propriété, fixée à 661 832 euros, alors que la SCI Verica a été mise en examen pour n'avoir pu justifier de la provenance d'une somme de 228 191 euros.

C'est oublier qu'aux termes de l'article 706-103, l'inscription provisoire d'hypothèque n'a pas pour objet de garantir la représentation d'une somme d'origine douteuse, ce qui pourrait justifier qu'elle soit formalisée pour un montant en rapport avec ladite somme, mais pour garantir le paiement des amendes encourues ainsi que, le cas échéant, l'indemnisation des victimes.

Selon la troisième branche du moyen, « *il résulte de la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-492 du 2 mars 2004 qu'en matière d'atteinte aux biens ne présentant pas de danger pour les personnes, il appartient au juge judiciaire d'apprécier l'existence d'éléments de gravité justifiant les procédures exceptionnelles prévues aux articles 706-73 et suivants du code de procédure pénale ; [...] la chambre de l'instruction ne pouvait, pour s'abstenir de procéder à cette recherche, se borner à indiquer que la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel ne concerne que l'infraction de vol en bande organisée* ».

Rappelons que l'article 706-73 du code de procédure pénale permet de mettre en œuvre certaines mesures particulières applicables à l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement des crimes et délits qu'il énumère, ressortissant à la criminalité et à la délinquance organisées.

¹⁵ Cf. mémoire ampliatif, page 7 : « *Partant, si les conditions purement formelles définies aux articles 250, 251, 255 et 259 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 ont été respectées, tel n'est manifestement pas le cas des conditions de fond d'application de la loi du 9 juillet 1991 [...].* »

Pour ces infractions, sont prévues la compétence des juridictions spécialisées (soit les JIRS, pour juridictions interrégionales spécialisées), une durée plus longue de garde à vue et des procédés d'enquête spécifiques, tels que l'infiltration, les perquisitions en dehors des heures légales prévues à l'article 59 du code de procédure pénale, les sonorisations de certains lieux ou domiciles.

A propos de ces différentes mesures, le Conseil constitutionnel a, le 2 mars 2004, émis une réserve, aux termes de laquelle il appartiendra aux juges de s'assurer que la gravité des infractions poursuivies justifiait l'emploi de moyens exorbitants du droit commun lorsque lesdites infractions ne porteront pas atteinte aux personnes :

« Considérant que, parmi les infractions ne portant pas nécessairement atteinte aux personnes, figure le vol lorsqu'il est qualifié de crime ; que, toutefois, si le vol commis en bande organisée trouve sa place dans cette liste, il ne saurait en être ainsi que s'il présente des éléments de gravité suffisants pour justifier les mesures dérogatoires en matière de procédure pénale prévues à l'article premier de la loi déferée ; que, dans le cas contraire, ces procédures spéciales imposeraient une rigueur non nécessaire au sens de l'article 9 de la Déclaration de 1789, qu'il appartiendra à l'autorité judiciaire d'apprécier l'existence de tels éléments de gravité dans le cadre de l'application de la loi déferée¹⁶. »

Pour écarter une éventuelle application de cette réserve à la procédure suivie contre la SCI Verica, la chambre de l'instruction a statué comme suit :

« Que la réserve d'interprétation invoquée par la SCI Verica a été émise par le Conseil constitutionnel à propos de l'infraction de vol en bande organisée relevant de l'article 706-73 et non quant aux autres infractions qui y sont visées, ni à celles prévues à l'article 706-74 du code de procédure pénale, qu'au demeurant, dans sa décision du 2 mars 2004, ledit Conseil rappelle qu'il est loisible au législateur de prévoir des règles de procédure pénale différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, à la condition que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense. »

Il est vrai que la reproduction ci-dessus du considérant du Conseil constitutionnel pourrait conduire à la conclusion, contenue dans l'arrêt attaqué, que la réserve émise par ce Conseil visait exclusivement l'emploi de procédures particulières à l'occasion de faits de vol en bande organisée, infraction étrangère au présent pourvoi, de sorte que le moyen articulé par la SCI Verica devrait être écarté.

Il est cependant loin d'être certain que la réserve du Conseil constitutionnel doive être interprétée de manière aussi restrictive : la lecture du considérant rappelé plus haut, éclairée par celle du considérant qui le précède, montre en effet que le Conseil constitutionnel a entendu faire une distinction entre les atteintes aux personnes, pour lesquelles se justifient des moyens d'enquête particulièrement intrusifs, et les atteintes aux biens, pour lesquelles ces mêmes moyens ne peuvent s'envisager qu'en présence d'éléments particuliers de gravité, appréciés par l'autorité judiciaire.

Autrement dit, alors même que le Conseil constitutionnel n'a considéré que le vol à titre d'exemple, la réserve qu'il émet devrait concerner toutes les infractions visées par l'article 706-73 qui ne sont pas des atteintes aux personnes. Or, il n'est pas douteux que les infractions reprochées à la SCI Verica n'entrent pas dans la catégorie des infractions commises contre les personnes.

Il apparaît donc que la chambre de l'instruction s'est prononcée par des motifs erronés sur ce point. Mais il demeure que d'autres motifs existent de considérer que la réserve du Conseil constitutionnel ne s'applique pas à la procédure prévue par l'article 706-103 du code de procédure pénale.

En effet :

- d'une part, l'article 706-103 du code de procédure pénale précise que les mesures conservatoires qu'il prévoit sont possibles au cas de mise en examen pour l'une des infractions prévues aux articles 706-73 et 706-74 du code de procédure pénale. Or, la réserve du Conseil constitutionnel est limitée aux mesures mises en œuvre pour la poursuites des infractions prévues par le seul article 706-73.

On ne voit dès lors pas comment la réserve pourrait concerner les mesures conservatoires, faute de quoi le Conseil constitutionnel aurait étendu la réserve à l'article 706-74, qui ne vise pas que des infractions portant atteinte aux personnes ;

- d'autre part, le moyen perd de vue que les mesures conservatoires prises en application de l'article 706-103 du code de procédure pénale ne sont pas des mesures applicables à « l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement des crimes et délits » au sens de l'article 706-73 du code de procédure pénale.

Ces mesures relèvent en effet, comme on l'a vu plus haut, plus précisément, d'une procédure distincte de la procédure pénale, conduite par le procureur de la République et non par le juge d'instruction, obéissant, comme le rappelle une autre branche du moyen, aux seules règles d'exécution des procédures civiles quant à ses modalités.

C'est dire que le Conseil constitutionnel, faute de l'avoir expressément précisé, n'a pas englobé les mesures conservatoires prévues à l'article 706-103 du code de procédure pénale dans les réserves qu'il a émises à propos du seul article 706-73, de sorte que, pour des motifs autres que ceux retenus par la chambre de l'instruction, le moyen développé sur ce point par la SCI Verica est inopérant.

Le moyen doit donc être écarté en ses trois branches, ce qui conduira au rejet du pourvoi de la SCI Verica contre l'arrêt de la chambre de l'instruction.

¹⁶ Conseil constitutionnel, décision 2004-492 DC du 2 mars 2004, considérant n° 17.

Mais cette conclusion ne peut être qu'intermédiaire. Il importe encore de prendre en compte ce qui a été montré plus haut, à savoir que la juridiction compétente pour statuer sur le recours de la SCI Verica était une chambre civile de la cour d'appel.

C'est dire que, par un moyen d'office, de pur droit et d'ordre public puisque touchant à la compétence d'une juridiction répressive, la Cour de cassation devra annuler l'arrêt de la chambre de l'instruction, comme prononcé par une juridiction incompétente.

Reste à déterminer la solution qu'il convient d'apporter au pourvoi du procureur général près la cour d'appel de Paris.

IV. - Le pourvoi du procureur général près la cour d'appel de Paris

Le procureur général près la cour d'appel de Paris a déposé un mémoire personnel ; M^e Spinosi a produit en défense.

Il est utile, eu égard à leur caractère particulier, de rappeler les dispositions du code de procédure civile sur lesquelles se fonde le pourvoi du procureur général et qui permettent de conclure à sa recevabilité, notwithstanding les observations en sens contraire de la SCI Verica.

A. - L'article 618 du code de procédure civile

a) Son économie

Cet article est libellé comme suit :

« La contrariété de jugements peut aussi, par dérogation aux dispositions de l'article 605, être invoquée lorsque deux décisions, même non rendues en dernier ressort, sont inconciliables et qu'aucune d'elles n'est susceptible d'un recours ordinaire ; le pourvoi en cassation est alors recevable, même si l'une des décisions avait déjà été frappée d'un pourvoi en cassation et que celui-ci avait été rejeté.

En ce cas, le pourvoi peut être formé même après l'expiration du délai prévu à l'article 612. Il doit être dirigé contre les deux décisions ; lorsque la contrariété est constatée, la Cour de cassation annule l'une des décisions ou, s'il y a lieu, les deux. »

b) Son application au cas d'espèce

Il apparaît, à la lumière de ce qui précède, que les conditions d'application de ces dispositions sont ici pleinement réunies :

- la simple confrontation des arrêts du 17 juin 2008 de la chambre de l'instruction et du 19 février 2009 de la deuxième chambre civile fait apparaître que les deux décisions sont inconciliables. En effet, dans un cas, la dénonciation de la mesure conservatoire est considérée comme n'entraînant aucune nullité et l'inscription provisoire hypothèque judiciaire est maintenue, tandis que, dans l'autre, la signification est déclarée nulle et l'inscription est levée ;

- aucune des deux décisions concernées n'est susceptible d'un recours ordinaire, s'agissant d'arrêts de cour d'appel ;

- le fait que l'un des arrêts en cause ait déjà été frappé de pourvoi (celui de la chambre de l'instruction) n'est pas un obstacle à la mise en œuvre des dispositions de l'article 618 du code de procédure civile, dès lors que le pourvoi du procureur général vise les deux arrêts.

Il existe d'ailleurs des précédents¹⁷.

Tout particulièrement, par arrêt du 29 novembre 1996¹⁸, la Cour de cassation a jugé en assemblée plénière que :

« le pourvoi dirigé contre deux décisions, dont l'une émane du juge pénal et l'autre du juge civil, est recevable lorsque [...], alors qu'aucune d'entre elles n'est susceptible d'un recours ordinaire, elles sont inconciliables et aboutissent à un déni de justice. »

Cet arrêt est d'autant plus topique qu'il concerne un pourvoi formé, comme en l'espèce, contre une décision civile et une décision pénale.

B. - Sur la recevabilité du pourvoi

Le pourvoi du procureur général près la cour d'appel de Paris a été régulièrement inscrit au greffe de la Cour de cassation.

Répondant aux exigences de l'article 618 susvisé, il a été formé contre l'arrêt de la chambre de l'instruction et contre celui de la chambre civile.

A la lumière de ce qui a déjà été indiqué quant aux dispositions de l'article 618 du code de procédure civile, il apparaît que l'appréciation de la recevabilité de ce pourvoi ne devrait poser aucune difficulté. La SCI Verica est cependant d'une opinion contraire, et conclut à son irrecevabilité pour des raisons de forme et de fond.

Il est soutenu, d'une part, que le pourvoi du procureur général près la cour d'appel de Paris ne respecterait pas les dispositions de l'article 975 du code de procédure civile et, d'autre part, que ce pourvoi soulèverait pour la première fois devant la Cour de cassation un moyen qui aurait dû l'être devant la cour d'appel.

¹⁷ 2^e Civ., 22 janvier 2004, *Bull.* 2004, II, n° 14 ; 2^e Civ., 14 octobre 2004, pourvoi n° 02 20 733 ; Soc., 12 mars 1987, *Bull.* 1987, V, n° 162.

¹⁸ *Bull.* 1996, Ass. plén., n° 8.

Ces questions, dont la solution commande la suite de l'étude du pourvoi, méritent un examen immédiat.

a) Sur le respect des dispositions de l'article 975 du code de procédure civile

La SCI Verica rappelle que l'article 975 du code de procédure civile dispose que :

« *La déclaration de pourvoi contient, à peine de nullité :*

[...]

4^o *L'indication de la décision attaquée.*

[...]. »

Elle soutient, à juste titre, qu'en application de ces dispositions, la déclaration de pourvoi inscrite au visa de l'article 618 du code de procédure civile doit désigner les deux décisions frappées de pourvoi, dont le dispositif fait apparaître une contrariété de jugements. Or, la déclaration de pourvoi du procureur général près la cour d'appel de Paris ne mentionnerait, selon le moyen, que la première décision.

L'examen de la déclaration de pourvoi montre cependant que le pourvoi du procureur général près la cour d'appel de Paris, s'il ne conclut expressément à la cassation que du seul arrêt civil, est bien dirigé contre les deux décisions, dont il précise la date, le numéro au répertoire général et la formation de la cour d'appel de Paris dont elles émanent, conformément tant aux dispositions de l'article 618 que de l'article 975 précités.

Il se peut que le moyen soit guidé par l'idée selon laquelle le pourvoi ne saurait être recevable qu'à la condition de tendre à la cassation de l'ensemble des décisions attaquées. Ce serait alors oublier que le vice dont souffre l'une des décisions attaquées peut disparaître avec la cassation de l'autre décision, tandis que l'article 618 du code de procédure civile n'oblige nullement à la cassation des deux arrêts visés par le pourvoi. La Cour de cassation a d'ailleurs déjà jugé qu'une seule des deux décisions inconciliables peut être annulée¹⁹.

b) Sur le fait que le moyen aurait dû être soulevé pour la première fois devant les juges du fond

Par définition, le procureur général près la cour d'appel de Paris n'a pas soulevé, devant la chambre civile de la cour d'appel, l'existence d'un arrêt rendu par la chambre de l'instruction, faute de quoi il aurait conclu à l'irrecevabilité de l'appel soutenu en second, ce que la chambre civile n'aurait pas manqué d'approuver.

Peut-on pour autant soutenir, avec la SCI Verica, que ce silence empêche le procureur général d'invoquer l'arrêt de la chambre de l'instruction devant la Cour de cassation pour contester la validité de l'arrêt civil²⁰ ?

En effet, tirant parti de cette circonstance, la SCI Verica observe que « *le procureur de la République, qui était partie à la procédure et a régulièrement conclu, n'a jamais soulevé [devant la chambre civile] l'autorité de chose jugée éventuellement attachée aux dispositions de l'arrêt [déjà rendu par la chambre de l'instruction] concernant la régularité de l'acte de dénonciation de la saisie* ».

Une telle analyse ne résiste pas à l'examen, dès lors que l'existence de deux décisions inconciliables, non susceptibles d'une voie de recours ordinaire, est la seule condition que pose l'article 618 du code de procédure civile à la recevabilité du pourvoi inscrit en application de ses dispositions, condition en l'espèce remplie.

En réalité, on ne voit pas comment la SCI Verica pourrait tirer argument du silence du procureur général sans se voir opposer l'adage *nemo auditur* quand on constate qu'elle seule disposait de manière certaine des éléments qui auraient pu éclairer les juges quant à l'existence d'une première décision rendue à sa propre requête, éléments que, pour des motifs non précisés, elle a gardés pour elle, comme elle a omis de préciser qu'elle avait frappé d'appel la même décision deux fois par des voies différentes.

Il s'ensuit que les arguments développés par la SCI Verica en faveur de l'irrecevabilité, d'une part, du pourvoi du procureur général, d'autre part, du moyen présenté pour son soutien n'emportent pas la conviction.

C. - Au fond

Il est soutenu par la SCI Verica que le moyen lui-même, tel que développé par le procureur général, est non seulement irrecevable, mais encore mal fondé.

Il est préférable, pour la clarté de l'exposé, de s'éloigner de la chronologie, pour examiner d'abord les observations en défense de la SCI Verica (a) puis le moyen proposé par le procureur général près la cour d'appel de Paris (b). Seront ensuite examinés les éléments de solution qu'il est, à ce stade de l'étude du pourvoi, déjà possible de réunir (c).

a) Discussion du moyen par la SCI Verica

La SCI Verica fait valoir que la situation visée par le procureur général près la cour d'appel de Paris dans son pourvoi ne justifie pas qu'il soit recouru aux dispositions de l'article 618 du code de procédure civile.

Il est soutenu que l'inconciliabilité des deux décisions frappées de pourvoi devrait résulter de l'impossibilité de les exécuter l'une et l'autre, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce, puisqu'il serait parfaitement possible, au fil de deux instances différentes, de rejeter une exception de nullité puis de l'accepter, le rejet de l'exception ne valant pas validation de l'acte attaqué.

¹⁹ Com., 12 janvier 1988, *Bull.* 1988, IV, n° 10.

²⁰ Mémoire en défense de M^e Spinosi, page 3. Il n'apparaît cependant pas, à la lecture de ses conclusions, que l'avocat de la SCI Verica plaidant devant la chambre civile de la cour d'appel ait jugé utile d'informer celle-ci que la chambre de l'instruction avait, six mois plus tôt, vidé l'appel frappant la même décision et avait statué dans un sens contraire à la requête que l'appelant défendait derechef.

Cette analyse, si elle contient une part d'exactitude, omet cependant un point particulier, propre à l'espèce ici examinée : elle perd de vue que les deux décisions attaquées ont été rendues au prix de deux appels frappant la même décision. C'est bien en cela qu'elles sont inconciliables, puisque l'une confirme et l'autre infirme une unique décision, situation bien différente de celle évoquée par la SCI Verica.

b) Le moyen développé par le procureur général

Ce moyen est, par nature, des plus succincts, dès lors qu'il repose sur le seul constat du caractère inconciliable de deux décisions.

La contrariété de jugements sur laquelle se fonde le pourvoi s'impose en effet avec évidence. Ainsi qu'il a déjà été vu :

- la chambre de l'instruction juge que la signification de l'inscription provisoire d'hypothèque n'est entachée d'aucune nullité et confirme le refus d'ordonner la mainlevée de la mesure ;

- la chambre civile dit que cette signification est entachée d'une irrégularité qui lui fait encourir la nullité, infirme la décision frappée d'appel, prononce la caducité de l'inscription provisoire et ordonne en conséquence sa mainlevée.

Il apparaît, à la lumière de ces seuls éléments, que le pourvoi du procureur général est non seulement recevable, mais encore bien fondé.

c) Eléments de solution

Il faut ici considérer les conséquences du caractère inconciliable des deux décisions attaquées par le pourvoi du procureur général (1), mais aussi rechercher s'il existe d'autres motifs de se prononcer sur la validité de l'arrêt rendu en second (2). En effet, le procureur général, dès lors qu'il a placé la discussion juridique sur le seul terrain de la coexistence de deux décisions inconciliables et a conclu, pour ce motif, à la seule cassation de l'arrêt civil, n'a pas développé plus avant l'examen de la régularité de cet arrêt civil, qui pose pourtant bien des problèmes.

1. Les conséquences du caractère inconciliable des deux décisions

Le caractère inconciliable des deux arrêts résulte, à l'évidence, de la survenance du second arrêt, par lequel les juges du second degré statuent dans un sens radicalement contraire à la solution arrêtée par leurs collègues de la chambre de l'instruction.

La difficulté serait aisément résolue par la cassation de ce second arrêt, au motif précisément de son caractère inconciliable avec celui que la chambre de l'instruction avait déjà rendu.

Mais il a déjà été dit que l'arrêt de la chambre de l'instruction était lui-même nul, comme émanant d'une chambre ayant statué en dehors de sa compétence. Faudrait-il alors considérer que l'annulation de l'arrêt de la chambre de l'instruction ferait disparaître, en même temps que cet arrêt, le caractère inconciliable des deux décisions, de sorte que l'arrêt civil devrait être préservé de la cassation ?

Une telle solution ne paraît pas envisageable, dès lors qu'il existe de sérieux motifs de critiquer l'arrêt civil, quand bien même le moyen, touchant à la compétence de la juridiction, ne pourrait être relevé d'office.

2. Ce qui rend critiquable l'arrêt civil

L'arrêt civil encourt la critique pour deux motifs : il est non seulement irrégulier, mais encore erroné en droit. Ces questions méritent d'être examinées par souci d'exhaustivité, bien qu'elles ne puissent être relevées d'office.

Un arrêt irrégulier

Tout d'abord, la régularité de l'appel saisissant la chambre civile paraît des plus discutables. En effet, en interjetant une première fois appel au greffe du juge des libertés et de la détention, la SCI Verica a épuisé son droit d'appel, et on ne voit pas à quel titre elle pouvait exercer une nouvelle voie de recours contre la même décision.

On peut, certes, comprendre que, par précaution, la SCI Verica ait estimé devoir interjeter appel à la fois « au civil » et « au pénal », dès lors que la désignation de la formation compétente ne s'imposait pas avec évidence, comme en attestent les développements consacrés plus haut à cette question. Cette démarche se justifiait d'autant plus que l'acte de signification du jugement autorisant l'inscription provisoire d'hypothèque portait à la connaissance de la SCI Verica que la juridiction compétente au cas d'appel était la chambre de l'instruction.

Mais la SCI Verica ne pouvait agir ainsi qu'à la condition de ne soutenir que l'un des appels et de se désister de l'autre, quitte à exercer ensuite, comme elle l'a fait contre l'arrêt de la chambre de l'instruction, son droit de se pourvoir en cassation.

La chambre civile n'aurait au demeurant pas manqué, à la requête du ministère public, de se prononcer sur l'irrecevabilité du second appel si la SCI Verica n'avait pas, pour le moins, fait preuve de réticence quant au signalement du premier appel soutenu devant la chambre de l'instruction.

Il paraît dès lors que la saisine de la chambre civile, saisie d'un appel irrecevable, était viciée à la base.

En sus du caractère irrecevable de l'appel formé une seconde fois, que la chambre civile n'a pas été en mesure de relever pour les motifs qui viennent d'être indiqués, il existe un autre motif dirimant de regarder comme irrégulier l'arrêt civil visé par le pourvoi du procureur général près la cour d'appel de Paris.

On doit en effet constater que, tenue dans l'ignorance de ce qu'elle était invitée à se prononcer au mépris de la règle *non bis in idem*, la chambre civile a statué sur un contentieux qui avait déjà été vidé par l'arrêt de la chambre de l'instruction.

Il ne s'agit pas ici d'un problème d'autorité de la chose jugée que le procureur général de Paris aurait dû, selon les observations en défense de la SCI Verica, soulever devant la chambre civile, mais bien d'une question touchant à la compétence des juridictions : la chambre civile n'était compétente à aucun titre pour connaître d'un appel qui avait été tranché six mois plus tôt par la chambre de l'instruction, sur le recours de la même partie contre la même décision.

Il pourrait être objecté qu'il serait inexact de considérer que la chambre civile a statué sur un appel déjà vidé, dès lors qu'il a par ailleurs été montré que l'arrêt de la chambre de l'instruction était privé de toute existence légale, du fait de l'incompétence de cette chambre.

Cette objection ne paraît cependant pas recevable : il n'est pas douteux qu'à la date à laquelle elle a statué, la chambre civile ne pouvait se prononcer en l'état de la décision encore existante de la chambre de l'instruction. Dire que l'annulation de l'arrêt pénal permettrait à l'arrêt civil de recouvrer sa validité reviendrait à faire revivre rétroactivement un acte nul.

Il paraît en réalité peu concevable de laisser en l'état une décision qui, non seulement, a été rendue par une juridiction privée de toute compétence pour statuer au moment où elle s'est prononcée, mais encore qui semble n'avoir été obtenue qu'en trompant la religion des juges : sauf démonstration contraire par la SCI Verica, c'est par surprise que cette SCI a provoqué le prononcé du second arrêt.

Il serait vain de prétendre à cet égard que le procureur général de Paris, lui-même resté silencieux sur l'existence d'un premier appel, se trouverait dans la même situation que la SCI Verica au regard d'une exigence minimale de loyauté. Les situations ne sont en rien symétriques : s'il est regrettable que le parquet général, indivisible, n'ait pas été en mesure d'identifier une même affaire suivie en son sein par deux services différents, il est bien plus contestable que la SCI Verica n'ait pas cru devoir alerter le juge civil sur l'existence d'une décision qu'elle ne pouvait ignorer, mais qu'elle avait intérêt à dissimuler puisqu'elle lui donnait tort.

Une solution erronée

On a vu que la chambre civile et la chambre de l'instruction n'ont pas adopté la même analyse quant à la mention, sur l'acte de dénonciation de l'inscription provisoire d'hypothèque, de ce que la SCI Verica était en droit de demander la nullité et non la mainlevée de la mesure, ainsi que le prévoit l'article 255 du décret du 31 juillet 1992.

Cet article est libellé comme suit :

« A peine de caducité, huit jours au plus tard après le dépôt des bordereaux d'inscription ou la signification du nantissement, le débiteur en est informé par acte d'huissier de justice.

Cet acte contient, à peine de nullité :

1° Une copie de l'ordonnance du juge ou du titre en vertu duquel la sûreté a été prise ; toutefois, s'il s'agit d'une obligation notariée ou d'une créance de l'État, des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics, il n'est fait mention que de la date, de la nature du titre et du montant de la dette ;

2° L'indication, en caractères très apparents, que le débiteur peut demander la mainlevée de la sûreté comme il est dit à l'article 217 ;

3° La reproduction des articles 210 à 219 et 256. »

Or, il n'est pas discuté qu'en l'espèce, la dénonciation signifiée à la SCI Verica :

- comportait l'indication que l'intéressée pouvait demander la nullité et non la mainlevée de la mesure ;
- ne comportait pas de référence expresse à l'article 217, mais seulement la reproduction de cet article parmi d'autres.

La chambre de l'instruction a jugé que la SCI Verica ne pouvait se faire un grief de ce défaut de conformité aux prescriptions de l'article 255, dès lors qu'elle n'avait pu être induite en erreur sur l'étendue de ses droits, ainsi qu'en attestait la demande en mainlevée de la mesure qu'elle avait subsidiairement formée, en même temps que celle visant à la nullité de la dénonciation.

C'est ce raisonnement que n'a pas voulu faire la chambre civile, en s'attachant à la lettre de l'article 255. L'exactitude juridique de sa décision reste cependant à vérifier.

Il faut alors considérer que les mentions prévues par l'article 255 du décret du 31 juillet 1992 sont, comme il a déjà été rappelé, exigées à peine de nullité.

Il faut ensuite admettre qu'il existe à l'évidence une différence importante entre une information portant sur le droit de demander la nullité d'un acte (ce qui implique de trouver dans cet acte des causes de nullité) ou sa mainlevée (ce qui autorise à simplement demander un nouvel examen de sa situation, au regard d'éléments que le juge aurait ignorés ou insuffisamment pris en compte).

Observons enfin que la reproduction d'un article parmi d'autres ne peut *a priori* remédier à l'omission de la mise en exergue particulière des dispositions qu'il contient.

On peut donc comprendre que la chambre civile ait jugé, à la seule lumière des dispositions de l'article 255 du décret du 31 juillet 1992, que l'acte signifié à la SCI Verica ne répondait pas aux conditions de validité prévues par ce texte.

Il convient toutefois de se demander, au regard des dispositions prévues en ce domaine par le code de procédure civile, si le seul constat du défaut de respect des dispositions de l'article 255 précité justifiait que soit prononcée la nullité de l'acte.

On sait, d'une part, que « la nullité des actes d'huissier de justice est régie par les dispositions qui gouvernent la nullité des actes de procédure²¹ », d'autre part, que « quelle que soit la gravité des irrégularités alléguées, seuls affectent la validité d'un acte de procédure, soit les vices de forme faisant grief, soit les irrégularités de fond limitativement énumérées à l'article 117 du nouveau code de procédure civile²² ».

Il ne paraît pas discutable que l'irrégularité alléguée par la SCI Verica ressortissait à la catégorie des vices de formes, dès lors qu'elle ne pouvait être comprise dans les irrégularités de fond énumérées à l'article 117 du code de procédure civile²³.

Il faut alors considérer qu'il revenait à la chambre civile, non pas de se limiter au constat d'un défaut de respect des conditions de forme, même prévues à peine de nullité, mais de vérifier en quoi l'irrégularité alléguée faisait grief.

Or, l'arrêt est muet sur ce point, se bornant à dire, après avoir rappelé les insuffisances et lacunes de l'acte d'huissier, « qu'il en résulte que [sa] nullité [...] ne peut qu'être prononcée ».

Il est vrai que la Cour de cassation a déjà jugé que le simple constat d'un vice de forme pouvait, en quelque sorte, emporter celui du grief qui en découlait :

« Mais attendu qu'en relevant que, dès lors que l'acte de dénonciation ne comportait pas la copie de l'ordonnance autorisant la mesure conservatoire, le débiteur n'avait pas eu connaissance des motifs de la sûreté, la cour d'appel a constaté le grief causé par l'irrégularité²⁴ ».

Il paraît cependant difficile d'appliquer le même raisonnement à l'espèce ici examinée, dès lors qu'il est établi, par le seul fait de l'existence d'une action en mainlevée initiée à titre subsidiaire par la SCI Verica, que celle-ci ne peut prétendre avoir été privée du droit d'exercer une telle action du fait des insuffisances de l'acte d'huissier.

On ne voit donc pas en quoi, aussi regrettables soient-elles, les imperfections de la dénonciation de l'inscription provisoire d'hypothèque ont pu faire grief, et donc entraîner la nullité de l'acte. En tout cas, l'arrêt attaqué ne le dit pas.

Il s'ensuit que la chambre civile a non seulement statué à un moment où elle n'avait plus aucun titre pour le faire, mais encore s'est prononcée en violation des principes régissant les nullités pour vices de forme.

Cette circonstance ne paraît cependant pas de nature à entraîner la cassation, dès lors qu'aucun moyen ne porte sur ce point, le pourvoi du procureur général étant exclusivement fondé sur le caractère inconciliable des deux décisions attaquées²⁵.

*
* *

CONCLUSION

Il vient d'être montré :

- que les deux arrêts visés par le pourvoi du procureur général près la cour d'appel de Paris sont radicalement inconciliables, ce qui est de nature à caractériser un déni de justice et justifie en soi la recevabilité du pourvoi du procureur général près la cour d'appel de Paris ;
- que la contrariété de jugements née du caractère inconciliable de ces deux arrêts justifie de même la cassation de l'un et de l'autre pour ce seul motif ;
- qu'il n'existe pas de motif de soustraire l'un de ces arrêts à la cassation.

*
* *

J'ai en conséquence l'honneur de conclure :

Sur la forme :

- à la jonction, en raison de leur connexité, des pourvois de la SCI Verica et du procureur général près la cour d'appel de Paris ;
- à la recevabilité du pourvoi du procureur général près la cour d'appel de Paris contre l'arrêt civil et celui de la chambre de l'instruction, comme à celle du pourvoi de la SCI Verica contre le seul arrêt de la chambre de l'instruction.

²¹ Article 649 du code de procédure civile.

²² Ch. mixte, 7 juillet 2006, *Bull.* 2006, ch. mixte, n° 6.

²³ Défaut de capacité d'ester en justice, défaut de pouvoir d'une partie figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice, défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une personne en justice.

²⁴ 2^e Civ., 11 mai 2000, pourvoi n° 98-17.890.

²⁵ On peut penser que le procureur général n'a pas voulu se placer en contradiction avec ses conclusions devant la chambre civile en soutenant devant la Cour de cassation un moyen tendant à contester la solution en faveur de laquelle il s'était lui-même prononcé devant la cour d'appel.

Au fond :

A la cassation des deux arrêts attaqués en raison de la contrariété de jugements qui résulte de leur caractère inconciliable :

- ladite cassation devant intervenir sans renvoi pour ce qui concerne l'arrêt rendu par la chambre de l'instruction ;
- et, sur la cassation de l'arrêt civil, au renvoi de l'affaire devant une chambre civile de telle cour d'appel que désignera la chambre mixte.

ORDONNANCES DU PREMIER PRÉSIDENT

ARTICLES 1009 ET SUIVANTS DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

N° 91

Cassation

Pourvoi. - Retrait du rôle. - Réinscription. - Condition.

Ne peut justifier la réinscription d'un pourvoi, ayant fait l'objet d'une ordonnance de radiation pour inexécution des

causes d'une condamnation, la circonstance que la personne condamnée avait, avant sa condamnation, été placée sous le régime de la curatelle aménagée.

24 septembre 2009

REJET

N° 08-12.648. - CA Lyon, 17 janvier 2008.

M. Sargos, Pt. - M. Mazard, Av. gén. - SCP Thomas-Raquin et Bénabent, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES

N° 92

Action en justice

Intérêt. - Définition. - Portée.

La personne qui, sur un forum de discussion accessible par internet, n'est pas visée par des propos n'a pas intérêt à agir en réparation d'un préjudice personnel du chef de ces propos.

1^{re} Civ. - 9 juillet 2009.

REJET

N° 08-12.720. - CA Paris, 12 décembre 2007.

M. Lamanda, P. Pt. - Mme Crédeville, Rap. - M. Mellottée, P. Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, Av.

N° 93

Alsace-Moselle

Procédure civile. - Exécution forcée. - Exécution forcée sur les biens immeubles. - Commandement de payer. - Mentions. - Nature. - Détermination.

Aucune disposition légale n'exige que le commandement de payer, qui doit précéder la procédure d'exécution forcée immobilière, conformément à l'article 2217 du code civil, toujours en vigueur dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, mentionne la date de délivrance, par le notaire, de la clause exécutoire de l'acte notarié servant de fondement aux poursuites.

2^e Civ. - 9 juillet 2009.

REJET

N° 08-18.329. - CA Colmar, 27 juin 2008.

M. Gillet, Pt. - M. Sommer, Rap. - M. Marotte, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Capron, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 48, 27 novembre 2009, Jurisprudence, n° 1320, p. 23-24, note Eric Sander (« Exécution forcée immobilière : le commandement de payer demeure une condition d'ouverture de la procédure locale »).

N° 94

Animaux

Animaux dangereux et errants. - Mesures. - Mesures ordonnées au cours d'une procédure judiciaire. - Procédure judiciaire. - Définition. - Cas. - Enquête préliminaire effectuée par la police judiciaire.

Constitue une procédure judiciaire l'enquête ouverte afin de déterminer les causes et les circonstances d'une agression, d'en établir les éventuelles infractions commises et d'en identifier les auteurs, effectuée par des agents et officiers de police judiciaire sous le contrôle du procureur de la République, et dans le respect des règles du code de procédure pénale.

1^{re} Civ. - 9 juillet 2009.

REJET

N° 07-19.796. - CA Reims, 26 septembre 2007.

M. Lamanda, P. Pt. - M. Garban, Rap. - M. Mellottée, P. Av. Gén. - M^e Blanc, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Pénal, n° 10, octobre 2009, Jurisprudence, p. 411-412, note Eric Péchillon (« La Cour de cassation précise les conditions d'euthanasie d'un animal dangereux »).

N° 95

Appel civil

Recevabilité. - Exclusion. - Cas. - Appel d'une décision d'une juridiction située hors du ressort de la cour d'appel.

Une cour d'appel qui, tenue de vérifier la régularité de sa saisine, constate que l'appel d'un jugement rendu par un conseil de prud'hommes a été formé devant une cour dans le ressort de laquelle n'est pas située la juridiction dont émane la décision attaquée en déduit exactement que l'appel n'est pas recevable.

2^e Civ. - 9 juillet 2009.

REJET

Arrêt n° 1 :

N° 08-40.541. - CA Paris, 5 décembre 2007.

M. Gillet, Pt. - M. Loriferne, Rap. - M. Marotte, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Arrêt n° 2 :

N° 08-41.465. - CA Paris, 29 janvier 2008.

M. Gillet, Pt. - M. Loriferne, Rap. - M. Marotte, Av. Gén. - M^e Spinosi, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

N° 96

Appel civil

Recevabilité. - Exclusion. - Cas. - Appel d'une décision d'une juridiction située hors du ressort de la cour d'appel.

Une cour d'appel qui, tenue de vérifier la régularité de sa saisine, constate que l'appel d'un jugement rendu par un conseil de prud'hommes a été formé devant une cour dans le ressort de laquelle n'est pas située la juridiction dont émane la décision attaquée en déduit exactement, abstraction faite d'un motif erroné mais surabondant tiré de l'absence d'acte, que l'appel n'est pas recevable.

2^e Civ. - 9 juillet 2009.

REJET

N° 06-46.220. - CA Paris, 24 octobre 2006.

M. Gillet, Pt. - M. Loriferne, Rap. - M. Marotte, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Note sous 2^e Civ., 9 juillet 2009, commune aux n° 95 et n° 96 ci-dessus

Par trois arrêts du 9 juillet 2009, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a statué sur les conséquences procédurales d'un appel interjeté auprès d'une cour d'appel contre une décision d'un tribunal situé hors de son ressort, en retenant l'irrecevabilité d'un tel appel.

Aux termes de l'article R. 212-2 du code de l'organisation judiciaire (COJ) alors applicable, devenu l'article R. 311-3 du nouveau code de l'organisation judiciaire, « la cour d'appel connaît de l'appel des jugements des juridictions situées dans son ressort ». Mais ce texte n'édicte aucune sanction en cas de non-respect de ses dispositions.

L'irrégularité affectant l'appel interjeté auprès d'une autre cour d'appel que celle du ressort dans lequel est située la juridiction de première instance qui a statué pouvait être envisagée sous une triple qualification :

1. - La nullité de l'acte

On sait que, par un arrêt de la chambre mixte du 7 juillet 2006 (*Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 6), la Cour de cassation a posé en principe que « *quelle que soit la gravité des irrégularités alléguées, seuls affectent la validité d'un acte de procédure, soit les vices de forme faisant grief, soit les irrégularités de fond limitativement énumérées à l'article 117 du code de procédure civile* ». Cette décision a, en outre, mis fin à la théorie de « l'inexistence » de l'acte, auparavant admise par certains arrêts.

Il est ici exclu de considérer que l'erreur de destinataire de l'acte d'appel puisse constituer une irrégularité de fond, compte tenu du caractère limitatif de l'article 117 du code de procédure civile. En l'absence de texte la prévoyant expressément, l'article 114 du code de procédure civile autorise le juge à prononcer la nullité d'un acte pour vice de forme en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public. Dans ce cas, la nullité ne peut être prononcée sans que soit établie la preuve d'un grief causé à l'adversaire. En outre, la jurisprudence n'autorise pas le juge à la relever d'office.

Mais la notion de vice de forme apparaît mal adaptée dans le cas présent, où l'acte d'appel, sans être intrinsèquement entaché d'une irrégularité formelle, n'a pas été adressé au bon destinataire.

2. - L'incompétence

Le respect de la détermination du ressort fixé pour chaque cour d'appel est-il assuré par le recours à l'exception d'incompétence prévue par l'article 75 du code de procédure civile ?

Une première difficulté tient au fait que les textes du code de procédure civile relatifs à la compétence ont essentiellement été rédigés pour résoudre les questions liées à la saisine d'une juridiction de première instance, comme en témoignent notamment les articles 42 et suivants, ainsi que les dispositions spécifiques en matière de contredit et d'appel sur la compétence. En outre, une abondante jurisprudence de la Cour de cassation considère que le demandeur n'est pas recevable à contester la compétence de la juridiction qu'il a lui-même saisie. Enfin, les cas dans lesquels une juridiction peut (et non doit) relever d'office son incompétence sont limités par l'article 92 du code de procédure civile, s'agissant de la compétence d'attribution, et l'article 93, pour la compétence territoriale. Ce dernier texte n'autorise le juge à relever d'office son incompétence territoriale, en matière contentieuse, que dans les litiges relatifs à l'état des personnes, dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction ou si le défendeur ne comparait pas.

On comprendrait mal que les parties puissent s'accorder pour choisir leur juge d'appel en écartant leur juge naturel, sans que la juridiction saisie puisse renvoyer à la juridiction compétente, si elle estime devoir le faire, alors que l'article 48 du code de procédure civile interdit par principe les clauses dérogatoires aux règles de compétence.

3. - L'irrecevabilité

L'énumération donnée par l'article 122 du code de procédure civile n'étant pas limitative, la qualification de fin de non-recevoir doit alors être envisagée, dès lors que l'on considère que l'appelant n'a pas le droit d'agir (au sens de ce texte) devant une autre cour d'appel que celle du ressort dans lequel est située la juridiction de première instance. Dans ce cas, point n'est besoin de justifier d'un grief (article 124), et la cour d'appel peut soulever l'irrecevabilité d'office dès lors qu'elle a un caractère d'ordre public (article 125).

Un certain nombre de textes du code de procédure civile sanctionnent par l'irrecevabilité du recours le non-respect des formes et délais prévus pour l'exercice de ce recours (articles 82, 125, 575, 715, 979...). De nombreuses décisions de jurisprudence ont, par ailleurs, considéré que la cour d'appel saisie doit relever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'irrégularité de sa saisine (2^e Civ., 10 février 2000, pourvoi n° 97-20.537 ; 5 avril 2001, *Bull.* 2001, n° 71, et 28 février 2006, *Bull.* 2006, n° 51).

C'est donc dans ce sens que la Cour de cassation vient de se prononcer, en retenant l'irrecevabilité de l'appel interjeté auprès d'une cour d'appel contre une décision d'un tribunal situé hors de son ressort, en méconnaissance des dispositions du code de l'organisation judiciaire. Ces décisions devraient contribuer à éclaircir une question très controversée.

N° 97

1^o Assurance de personnes

Assurance-vie. - Souscripteur. - Information du souscripteur. - Obligation d'information par l'assureur. - Etendue. - Détermination.

2^o Assurance de personnes

Assurance-vie. - Souscripteur. - Information du souscripteur. - Obligation d'information par l'assureur. - Etendue. - Détermination.

1^o L'assureur qui a communiqué au souscripteur d'une assurance-vie libellée en unités de comptes les caractéristiques

essentielles des divers supports financiers qui lui étaient proposés ainsi que les risques qui leur étaient associés a, par là même, satisfait à son obligation d'information et ne saurait voir sa responsabilité engagée au titre des articles 1147 ou 1382 du code civil, peu important que la note d'information remise à l'assuré ait omis certaines des mentions exigées par les articles L. 132-5-1 et A. 132-5 du code des assurances.

2^o Si, selon l'article L. 132-5-1 du code des assurances, dans sa rédaction alors applicable, l'assureur a l'obligation de remettre au souscripteur d'un contrat d'assurance-vie une note d'information distincte des conditions générales et particulières précisant notamment les conditions d'exercice de la faculté de renonciation, aucune disposition légale ou réglementaire ne lui impose d'informer l'assuré de ce que le défaut de remise d'un tel document a pour effet de proroger le délai d'exercice de cette faculté.

2^e Civ. - 9 juillet 2009.
CASSATION PARTIELLE

N° 08-18.730. - CA Versailles, 5 juin 2008.

M. Mazars, Pt (f.f.). - Mme Aldigé, Rap. - M. Maynial, P. Av. Gén. - SCP Célice, Blanpain et Soltner, M^e Blanc, Av.

N° 98

Astreinte (loi du 9 juillet 1991)

Condamnation. - Condamnation postérieure à l'exécution de l'injonction. - Conditions. - Droit pour le bénéficiaire d'en demander la liquidation.

Les juges d'appel peuvent confirmer une injonction assortie d'une astreinte, cette injonction fût-elle devenue sans objet au jour où ils statuent, dès lors que subsiste le droit pour le bénéficiaire de l'astreinte d'en demander, s'il y a lieu, la liquidation.

2^e Civ. - 9 juillet 2009.
REJET

N° 08-18.212. - CA Reims, 19 mars 2008.

M. Gillet, Pt. - M. Vigneau, Rap. - M. Marotte, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 10, octobre 2009, commentaire n° 309, p. 16, note Roger Perrot (« Confirmation en appel d'une injonction sans objet »).

N° 99

Bail commercial

Procédure. - Prescription. - Prescription biennale. - Interruption. - Action en justice. - Assignation en référé. - Durée de l'interruption. - Durée de l'instance.

Le délai de prescription de la demande en paiement d'une indemnité d'éviction prévu à l'article L. 145-60 du code de commerce est interrompu par l'assignation en référé pendant la durée de l'instance à laquelle il est mis fin par l'ordonnance désignant l'expert.

3^e Civ. - 8 juillet 2009.
REJET

N° 08-13.962. - CA Pau, 14 janvier 2008.

M. Lacabarats, Pt. - M. Assié, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - M^e Foussard, SCP Ancel et Couturier-Heller, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 29, 3 septembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1966-1967, note Y. Rouquet (« Bail commercial : référé-expertise et interruption de la prescription »). Voir également La Semaine

juridique, édition entreprise et affaires, n° 47, 19 novembre 2009, *Chronique de droit des affaires - baux commerciaux*, n° 2083, spéc. n° 15, p. 23, note Joël Monéger, la Revue des loyers, n° 900, octobre 2009, jurisprudence, p. 381 à 383, note Bertrand de Lacger (« Prescription de l'action en fixation de l'indemnité d'éviction »), et la revue *Administrer*, n° 425, octobre 2009, *Sommaires*, p. 43, note Danielle Lipman-W. Boccaro.

N° 100

Bail commercial

Résiliation. - Résiliation aux torts du bailleur. - Indemnisation intégrale du préjudice. - Objet. - Perte des revenus d'une sous-location (non).

Viola le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice ainsi que les articles L. 145-31 et L. 145-32 du code de commerce la cour d'appel qui, pour réparer la perte par un locataire des revenus d'une sous-location après résiliation du bail aux torts du bailleur et allouer au locataire une somme représentant la valeur du droit au bail du sous-locataire, retient que la résiliation du bail a privé le locataire des revenus de la sous-location, alors que le locataire ne percevait les loyers du sous-locataire qu'à raison du bail principal, la résiliation de celui-ci entraînant l'extinction du droit de les percevoir, et que la valeur du droit au bail du sous-locataire n'était pas incluse dans celle du fonds de commerce du locataire.

3^e Civ. - 8 juillet 2009.
CASSATION PARTIELLE

N° 08-10.869. - CA Aix-en-Provence, 25 octobre 2007.

M. Lacabarats, Pt. - M. Terrier, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - M^e Blanc, SCP Bachellier et Potier de la Varde, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 30, 10 septembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2036, note Y. Rouquet (« Réparation aux torts du bailleur : indemnisation intégrale du préjudice »). Voir également la Revue des loyers, n° 901, novembre 2009, jurisprudence, p. 429 à 431, note Christine Quément (« La perte des sous-loyers par le locataire et la résiliation aux torts de l'employeur »).

N° 101

Bail d'habitation

Bail soumis à la loi du 6 juillet 1989. - Accords collectifs de location. - Accord collectif du 9 juin 1998. - Application dans le temps. - Détermination.

Les dispositions de l'accord collectif du 9 juin 1998, applicables aux opérations de ventes par lots de plus de dix logements d'un même immeuble en cours, ont été rendues obligatoires pour toutes les bailleuses personnes morales, autres que les sociétés civiles immobilières constituées exclusivement entre parents et alliés jusqu'au quatrième degré, par le décret du 22 juillet 1999 et la loi du 13 décembre 2000.

Dès lors, la cour d'appel qui constate que la société bailleuse procède depuis plusieurs années à une vente par lots entrant dans les prévisions de l'accord collectif retient à bon droit que le locataire, auquel elle a délivré, postérieurement à l'intervention de la loi du 13 décembre 2000, un congé pour vendre qui s'inscrit dans cette opération, bénéficie des termes de l'accord suivant lesquels les bailleurs s'engagent à examiner les dossiers au cas par cas, peu important que la décision de procéder à cette vente par lots fût antérieure à la date à laquelle l'accord collectif a été étendu.

3^e Civ. - 8 juillet 2009.
REJET

N° 08-15.934. - CA Versailles, 25 mars 2008.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Monge, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Richard, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Loyers et copropriété, n° 9, septembre 2009, commentaire n° 200, p. 19-20, note Béatrice Vial-Pedroletti (« Droit de préemption. Application de l'accord collectif du 9 juin 1998 aux congés collectifs de vente : notion d'opération en cours »). Voir également la Revue des loyers, n° 900, octobre 2009, jurisprudence, p. 388-389, note Vincent Canu (« L'application dans le temps de l'accord collectif du 9 juin 1988 relatif aux ventes par lots »).

N° 102

Bail d'habitation

Bail soumis à la loi du 6 juillet 1989. - Congé. - Congé donné au bailleur. - Préavis. - Délai de trois mois. - Réduction. - Domaine d'application.

Le terme d'un contrat à durée déterminée constitue une perte d'emploi au sens de l'article 15-I, alinéa 2, de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 modifiée.

Viola dès lors ce texte la juridiction qui refuse au preneur le bénéfice de la réduction du délai de préavis d'un mois au motif qu'il n'était pas, au moment de la signature du bail, dans l'ignorance de l'événement à l'origine du congé délivré au bailleur.

3^e Civ. - 8 juillet 2009.

CASSATION

N° 08-14.903. - TI Draguignan, 2 octobre 2007.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Manes-Roussel, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Gadiou et Chevallier, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Loyers et copropriété, n° 9, septembre 2009, commentaire n° 198, p. 18, note Béatrice Vial-Pedroletti (« Congé donné par le locataire : cas de préavis réduit »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 29, 3 septembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1974-1975, note Y. Rouquet (« Bail d'habitation : préavis réduit pour cause de fin de CDD »), la Revue des loyers, n° 901, novembre 2009, jurisprudence, p. 437-438, note Bénédicte Humblot-Gignoux (« L'échéance d'un contrat de travail à durée déterminée non reconduit : démission ou perte d'emploi ? »), et la revue Droit et procédures, n° 6, novembre-décembre 2009, Jurisprudence commentée, p. 333 à 335, note Gulsen Yildirim.

N° 103

Bail d'habitation

Bail soumis à la loi du 6 juillet 1989. - Transfert. - Conditions. - Abandon de domicile. - Définition. - Portée.

Le départ définitif du locataire, caractérisé par le fait de quitter son logement sans informer une des personnes mentionnées à l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 de sa nouvelle adresse ni leur donner de ses nouvelles, constitue un abandon du domicile au sens de cet article.

3^e Civ. - 8 juillet 2009.

REJET

N° 08-16.992. - CA Paris, 25 mars 2008.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Manes-Roussel, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - M^e Foussard, SCP Peignot et Garreau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Loyers et copropriété, n° 9, septembre 2009, commentaire n° 201, p. 20-21, note Béatrice Vial-Pedroletti (« Transfert du bail : notion d'abandon de domicile »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 30, 10 septembre 2009, Actualité jurisprudentielle,

p. 2036, note G. Forest (« Poursuite du bail en cas d'abandon du domicile »), la Revue des loyers, n° 900, octobre 2009, jurisprudence, p. 384 à 386, note Jacques Rémy (« L'abandon de domicile est apprécié souverainement par les juges »), et La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 46, 13 novembre 2009, jurisprudence, n° 1309, p. 28 à 30, note Anne Donnier (« Inoccupation et abandon du logement loué : quelle place pour l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 ? »).

N° 104

Bornage

Action en bornage. - Conditions. - Limites des propriétés contiguës. - Détermination. - Nécessité. - Portée.

L'action en bornage, au sens de l'article 646 du code civil, suppose la détermination précise des limites des propriétés contiguës.

Viola dès lors les dispositions des articles 544 et 646 du code civil la cour d'appel qui déboute un propriétaire de sa demande en bornage au motif que le propriétaire voisin a acquis la portion de terre allant de la limite terrestre fixée par l'expert jusqu'à la rive de l'étang, quel que soit le niveau d'étiage de cette pièce d'eau.

3^e Civ. - 8 juillet 2009.

CASSATION

N° 08-17.809. - CA Pau, 24 avril 2008.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Bellamy, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - M^e Blanc, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

N° 105

Chose jugée

Décision dont l'autorité est invoquée. - Arrêt ayant déclaré une demande irrecevable comme nouvelle en appel. - Portée.

Le chef d'un arrêt qui déclare une demande irrecevable comme nouvelle en appel ne bénéficie pas de l'autorité de la chose jugée.

Il s'ensuit que cette irrecevabilité ne fait pas obstacle à ce que la même demande soit présentée dans une nouvelle instance.

2^e Civ. - 9 juillet 2009.

CASSATION

N° 08-17.600. - CA Paris, 14 mai 2008.

M. Gillet, Pt. - M. André, Rap. - M. Marotte, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° 106

Chose jugée

Décision dont l'autorité est invoquée. - Jugement se limitant à ordonner le bornage de propriétés contiguës et à désigner un expert.

N'a pas autorité de la chose jugée sur la demande en bornage le jugement qui ordonne seulement le bornage et désigne un expert, sans se prononcer sur le fond.

3^e Civ. - 8 juillet 2009.

REJET

N° 08-15.042. - CA Papeete, 15 novembre 2007.

M. Lacabarats, Pt. - M. Philippot, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, SCP Bouzidi et Bouhanna, SCP Monod et Colin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 45, 6 novembre 2009, Chronique de droit des biens, n° 1305, spec. p. 27, note Hugues Périnet-Marquet (« En cas de distorsion flagrante entre les titres et la réalité, le juge doit considérer qu'il est saisi d'une action en revendication et rejeter la demande en bornage »).

N° 107

Compétence

Exception d'incompétence. - Recevabilité. - Conditions. - Désignation de la juridiction revendiquée. - Nécessité. - Portée.

L'impossibilité dans laquelle se trouve la juridiction saisie d'une exception d'incompétence au profit du juge administratif de désigner la juridiction administrative à saisir, en raison de la séparation des autorités administratives et judiciaires, n'est pas de nature à écarter l'obligation faite, par l'article 75 du code de procédure civile, à la partie qui soulève cette exception de faire connaître devant quelle juridiction administrative l'affaire doit être portée.

1^{re} Civ. - 8 juillet 2009.

DÉCHÉANCE ET CASSATION

N° 08-16.711. - CA Douai, 13 décembre 2007 et 23 avril 2008.

M. Bargue, Pt. - M. Falcone, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 10, octobre 2009, commentaire n° 302, p. 12-13, note Roger Perrot (« Nécessité d'indiquer expressément la juridiction revendiquée, même lorsqu'il s'agit d'une juridiction administrative »).

N° 108

Conflit collectif du travail

Grève. - Contrat de travail. - Licenciement. - Faute lourde du salarié. - Défaut. - Portée.

L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié. Tout licenciement prononcé en l'absence de faute lourde est nul de plein droit.

Il s'ensuit que, lorsqu'un employeur licencie un salarié à la fois pour des faits commis à l'occasion d'une grève sans invoquer de faute lourde et pour des faits distincts, le caractère illicite du motif du licenciement prononcé pour des faits liés à l'exercice du droit de grève entraîne à lui seul la nullité du licenciement.

Encourt la cassation l'arrêt qui, pour rejeter la demande de réintégration formée en référé par des salariés licenciés pour plusieurs motifs, parmi lesquels des faits en relation avec un mouvement de grève, non qualifiés de faute lourde, retient que les faits autres que ceux en relation avec la grève sont distincts de la participation à celle-ci et, s'ils étaient établis, constitueraient une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Soc. - 8 juillet 2009.

CASSATION

N° 08-40.139. - CA Limoges, 12 novembre 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Mazars, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 43, 20 octobre 2009, Jurisprudence, n° 1484, p. 36-37, note Raymonde Vatinet

(« Licenciement d'un gréviste : en l'absence de faute lourde, pluralité de motifs ne vaut »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 31, 17 septembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2112-2113, note L. Perrin (« Licenciement du salarié gréviste : pluralité de motifs »).

N° 109

Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Cause. - Cause réelle et sérieuse. - Motif économique. - Appréciation. - Office du juge. - Etendue. - Détermination.

S'il appartient au juge, tenu de contrôler le caractère sérieux du motif économique du licenciement, de vérifier l'adéquation entre la situation économique de l'entreprise et les mesures affectant l'emploi ou le contrat de travail décidées par l'employeur, il ne peut se substituer à ce dernier quant aux choix qu'il effectue dans la mise en œuvre de la réorganisation.

Soc. - 8 juillet 2009.

CASSATION

N° 08-40.046. - CA Paris, 8 novembre 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Grivel, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP de Chaisemartin et Courjon, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 43, 20 octobre 2009, Jurisprudence, n° 1479, p. 30 à 32, note François Dumont (« Sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise et contrôle du juge »), également parue dans La Semaine juridique, édition générale, n° 45, 2 novembre 2009, Jurisprudence, n° 403, p. 21. Voir également la Revue de droit du travail, n° 10, octobre 2009, Chroniques, p. 584 à 588, note Frédéric Géa (« Le contrôle judiciaire des choix de gestion de l'employeur : le sens des limites et les limites du sens »).

N° 110

Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Licenciement collectif. - Formalités légales. - Inobservation. - Sanction. - Etendue.

L'indemnité prévue pour défaut d'information de l'administration du travail sur le projet de licenciement économique collectif n'est pas due lorsque l'entreprise occupe habituellement moins de onze salariés ou que le salarié a moins de deux ans d'ancienneté.

Soc. - 8 juillet 2009.

CASSATION PARTIELLE

N° 07-44.591. - CA Chambéry, 20 septembre 2007.

Mme Collomp, Pt. - M. Linden, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue des procédures collectives, n° 5, septembre-octobre 2009, commentaire n° 125, p. 54, note François Taquet (« Caractère fictif du contrat de travail »), et n° 131, p. 56-57, même auteur (« Conséquence du non-respect de l'obligation d'information du salarié sur les critères d'ordre des licenciements »).

N° 111

Etranger

Mesures d'éloignement. - Rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire. - Prolongation

de la rétention. - Saisine du juge des libertés et de la détention. - Délai. - Expiration. - Moment. - Détermination. - Portée.

Viola les articles L. 552-7, R. 552-2, R. 552-10 et R. 552-11 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile le premier président qui, pour confirmer une ordonnance refusant de prolonger la rétention administrative d'un étranger, retient que la durée légale de la rétention était expirée lors de la présentation devant le juge de la liberté et de la détention, alors que celui-ci avait été saisi avant l'expiration de ce délai.

1^{re} Civ. - 8 juillet 2009.

CASSATION SANS RENVOI

N° 08-16.599. - CA Pau, 16 juin 2008.

M. Bague, Pt. - M. Falcone, Rap. - M. Domingo, Av. Gén.

N° **II 2**

Exécution provisoire

Suspension. - Demande. - Recevabilité. - Radiation du rôle en application de l'article 526 du code de procédure civile. - Absence d'influence.

La radiation du rôle de l'affaire ordonnée par un conseiller de la mise en état sur le fondement de l'article 526 du code de procédure civile ne fait pas obstacle à l'application de l'article 524 du code de procédure civile.

2^e Civ. - 9 juillet 2009.

IRRECEVABILITÉ ET CASSATION

N° 08-13.451 et 08-15.176. - CA Rennes, 17 août 2007.

M. Gillet, Pt. - M. Moussa, Rap. - M. Marotte, Av. Gén. - SCP Ortscheidt, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition générale, n° 39, 21 septembre 2009, Jurisprudence, n° 260, p. 15 à 17, note Didier Cholet (« Pouvoir du premier président d'arrêter l'exécution provisoire malgré la radiation du rôle »). Voir également la revue Procédures, n° 10, octobre 2009, commentaire n° 303, p. 13, note Roger Perrot (« Rétablissement après radiation de l'appel »).

N° **II 3**

Filiation

Filiation adoptive. - Adoption plénière. - Procédure. - Intervention volontaire. - Intervention volontaire d'un tiers. - Recevabilité. - Exclusion. - Cas. - Défaut de qualité. - Applications diverses. - Grands-parents maternels d'un enfant pupille de l'État dont la filiation avec la mère n'est pas établie.

L'intervention volontaire dans une procédure d'adoption plénière de tiers se disant les grands-parents maternels d'un enfant immatriculé définitivement comme pupille de l'État et placé en vue de son adoption est irrecevable, faute de qualité à agir, dès lors que le lien de filiation entre leur fille et cet enfant dont la mère a décidé d'accoucher anonymement n'est pas établi.

1^{re} Civ. - 8 juillet 2009.

REJET

N° 08-20.153. - CA Paris, 10 avril et 15 mai 2008.

M. Bague, Pt. - Mme Pascal, Rap. - M. Pagès, Av. Gén. - M^e Brouchet, SCP Piwnica et Molinié, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition générale, n° 31-35, 27 juillet 2009, Jurisprudence, n° 152, p. 11, note Yann Favier (« Les grands-parents d'un enfant né sous X n'ont ni intérêt ni qualité pour

agir »). Voir également la revue Actualité juridique Famille, n° 9, septembre 2009, Jurisprudence, p. 350-351, note François Chénéde (« Les grands-parents biologiques face à l'accouchement sous X »), la revue Droit de la famille, n° 9, septembre 2009, commentaire n° 108, p. 28-29, note Pierre Murat (« Les grands-parents, l'accouchement anonyme de leur fille et l'adoption de l'enfant : suite »), et n° 114, p. 35-36, note Ingrid Maria (« Pouvoirs du curateur et modification du bénéficiaire du contrat d'assurance vie »), la Revue de droit sanitaire et social, n° 5, septembre-octobre 2009, Actualités, p. 972 à 975, note Thierry Tauran, la Revue juridique Personnes et famille, n° 9, septembre 2009, p. 25 à 27, note Marie-Christine Le Boursicot (« Pas de grands-parents sans parents »), le Recueil Dalloz, n° 29, 3 septembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1973-1974, note C. Le Douaron (« Accouchement sous X, adoption et défaut de qualité pour agir »), et la revue Procédures, n° 10, octobre 2009, commentaire n° 321, p. 27-28, note Mélina Douchy-Oudot (« Enfant né sous X : intervention volontaire des grands-parents biologiques »).

N° **II 4**

Filiation

Filiation naturelle. - Action à fins de subsides. - Conditions. - Existence de relations entre la mère et le défendeur à l'action. - Preuve. - Expertise biologique. - Obligation d'y procéder. - Exception. - Motif légitime. - Caractérisation. - Défaut. - Cas. - Identité partielle de patrimoine génétique entre deux frères biologiques.

Une identité partielle de patrimoine génétique entre deux frères biologiques ne constitue pas, *a priori*, un motif légitime pour ne pas ordonner une expertise biologique, de droit en matière d'action à fins de subsides.

1^{re} Civ. - 8 juillet 2009.

REJET

N° 08-18.223. - CA Caen, 6 décembre 2007.

M. Bague, Pt. - Mme Vassallo, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Lesourd, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 10, octobre 2009, Jurisprudence, p. 402, note François Chénéde (« Action à fins de subsides contre le frère du mari : possible expertise biologique »). Voir également la revue Droit de la famille, n° 10, octobre 2009, commentaire n° 127, p. 24, note Pierre Murat (« Etre le frère du mari de la mère n'est pas un motif légitime de ne pas ordonner une expertise biologique ! »), et la Revue juridique Personnes et famille, n° 11, novembre 2009, p. 22-23, note Thierry Garé (« Action à fins de subsides : l'identité partielle du matériel génétique n'est pas un motif légitime de ne pas ordonner l'expertise »).

N° **II 5**

Frais et dépens

Taxe. - Ordonnance de taxe. - Ordonnance du premier président. - Droits de la défense. - Principe de la contradiction. - Violation. - Cas. - Observations de l'avoué n'ayant pas été portées à la connaissance de l'auteur de la contestation.

L'ordonnance rendue par le premier président d'une cour d'appel statuant en matière de taxe encourt la cassation lorsqu'il ne résulte ni de l'ordonnance ni des productions que les observations de l'avoué ont été portées à la connaissance de l'auteur de la contestation.

2^e Civ. - 9 juillet 2009.

CASSATION

N° 08-14.584. - CA Aix-en-Provence, 24 janvier 2008.

M. Gillet, Pt. - M. Loriferne, Rap. - SCP Boulloche, Av.

N° I I 6

Instruction

Détention provisoire. - Ordonnances. - Ordonnance du juge d'instruction. - Ordonnance de saisine du juge des libertés et de la détention. - Compétence. - Compétence du juge chargé de l'information. - Interrogatoire de première comparution effectué par le juge d'instruction adjoint. - Cosaisine de juges d'instruction.

Aucune disposition légale n'impose, en cas de cosaisine de juges d'instruction, que l'interrogatoire de première comparution soit effectué par le juge chargé de l'information.

Justifie dès lors sa décision la chambre de l'instruction qui, pour refuser d'annuler les ordonnances de saisine du juge des libertés et de la détention et de placement en détention provisoire du mis en examen, retient que le juge chargé de l'information a saisi le juge des libertés et de la détention d'une demande tendant au placement en détention provisoire après et au vu de la mise en examen notifiée par le juge qui lui était adjoint.

Crim. - 19 août 2009.

REJET

N° 09-83.942. - CA Paris, 27 avril 2009.

M. Farge, Pt (f.f.). - Mme Leprieur, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit pénal, n° 10, octobre 2009, commentaire n° 131, p. 44, note Albert Maron et Marion Haas (« Instruction : aucune disposition légale n'impose, en cas de cosaisine de juges d'instruction, que l'interrogatoire de première comparution soit effectué par le juge chargé de l'information »). Voir également la revue Actualité juridique Pénal, n° 11, novembre 2009, Jurisprudence, p. 454-455, note Jérôme Lasserre Capdeville (« Possibilité, en cas de cosaisine, pour le juge d'instruction adjoint d'effectuer l'interrogatoire de première comparution »).

N° I I 7

1^o Majeur protégé

Curatelle. - Capacité de la personne protégée. - Exercice des actions relatives à des droits patrimoniaux. - Signification d'un acte de procédure au curateur. - Défaut. - Effet. - Nullité de l'acte pour vice de forme. - Condition.

2^o Divorce, séparation de corps

Mesures provisoires. - Résidence séparée. - Domicile conjugal. - Attribution à l'un des époux. - Effets. - Indemnité d'occupation. - Attribution. - Conditions. - Jouissance privative d'un bien indivis. - Définition. - Impossibilité de droit ou de fait pour les coindivisaires d'user de la chose. - Applications diverses.

1^o L'absence de signification de conclusions au curateur du majeur protégé est constitutive d'un vice de forme dont l'inobservation n'est susceptible d'entraîner la nullité que dans les conditions prévues par l'article 114 du code de procédure civile, si elle est soulevée avant toute défense au fond et à charge pour celui qui l'invoque de prouver un grief.

2^o La jouissance privative d'un bien indivis résulte de l'impossibilité de droit ou de fait pour les coindivisaires d'user de la chose.

Dès lors, ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui, pour débouter un ex-époux de sa demande en paiement d'une indemnité pour l'occupation d'un immeuble

indivis, énonce qu'il n'établit pas l'incapacité dans laquelle il se serait trouvé d'accéder à l'immeuble postérieurement au déménagement de son ancienne épouse, alors que cet indivisaire soutenait qu'en raison de l'attribution de la jouissance de l'immeuble à l'épouse par l'ordonnance de non-conciliation, il était, au moins jusqu'à l'arrêt prononçant le divorce, dans l'impossibilité de droit d'user du bien indivis.

1^{re} Civ. - 8 juillet 2009.

CASSATION PARTIELLE

N° 07-19.465. - CA Dijon, 21 juin 2007.

M. Bargue, Pt. - Mme Trapero, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Ortscheidt, SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition générale, n° 31-35, 27 juillet 2009, Jurisprudence, n° 157, p. 13, note Hubert Bosse-Platière (« La jouissance privative d'un bien indivis résulte de l'impossibilité de droit ou de fait pour les coindivisaires d'user de la chose »). Voir également la revue Actualité juridique Famille, n° 9, septembre 2009, Jurisprudence, p. 351-352, note Laurence Pécaut-Rivolier (« L'absence de signification des actes au curateur n'est qu'un vice de forme »), la Revue juridique Personnes et famille, n° 11, novembre 2009, p. 19-20, note Thierry Garé (« L'indemnité d'occupation est due en cas d'impossibilité de droit de jouir du logement familial »), la revue Procédures, n° 10, octobre 2009, commentaire n° 322, p. 28, note Méлина Douchy-Oudot (« L'absence de signification des conclusions au curateur du majeur protégé est constitutive d'un vice de forme »), et la revue Droit de la famille, n° 9, septembre 2009, commentaire n° 115, p. 37-38, note Ingrid Maria (« Une nullité non systématique en cas d'absence de signification des conclusions au curateur »).

N° I I 8

Majeur protégé

Curatelle. - Curatelle renforcée. - Curateur. - Pouvoirs. - Etendue. - Limites. - Détermination. - Portée.

Il résulte des articles 510 et 512 du code civil, dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, que le curateur a pour mission d'assister le majeur protégé et que ses pouvoirs de représentation dans la curatelle renforcée sont limités à la perception des revenus et au paiement des dépenses, et ne lui permettent pas de solliciter du juge des tutelles l'autorisation d'accomplir seul d'autres actes de disposition, fussent-ils nécessaires à la sauvegarde du majeur protégé.

Dès lors, un juge des tutelles ne peut autoriser un curateur à modifier la désignation des bénéficiaires d'un contrat d'assurance-vie sans l'accord de la personne protégée.

1^{re} Civ. - 8 juillet 2009.

REJET

N° 07-18.522. - TGI Paris, 6 juillet 2007.

M. Bargue, Pt. - Mme Trapero, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - M^e de Nervo, SCP Bachellier et Potier de la Varde, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 9, septembre 2009, Jurisprudence, p. 352 à 354, note Laurence Pécaut-Rivolier (« Tout sur le changement de la clause "bénéficiaire" d'un contrat d'assurance vie par un majeur sous curatelle »). Voir également la revue Droit de la famille, n° 9, septembre 2009, commentaire n° 114, p. 35-36, note Ingrid Maria (« Pouvoirs du curateur et modification du bénéficiaire du contrat d'assurance vie »), et le Recueil Dalloz, n° 29, 3 septembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1972-1973, note V. Egéa (« Curatelle renforcée : tierce opposition et étendue des pouvoirs du curateur »), et n° 30, 10 septembre 2009, Chronique de la Cour

de cassation – première chambre civile, p. 2062 à 2064, note Nathalie Auroy (« Incapacités : la modification du bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie souscrit par un majeur en curatelle constitue un acte de disposition »).

N° 119

1^o Majeur protégé

Curatelle. - Effets. - Acte nécessitant l'assistance du curateur. - Modification du bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie. - Substitution du bénéficiaire au profit du curateur. - Conflits d'intérêts. - Portée.

2^o Action en justice

Abus. - Caractérisation. - Défaut. - Applications diverses. - Légitimité reconnue en première instance.

1^o La modification par un majeur en curatelle du bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie nécessite l'assistance du curateur. La substitution du bénéficiaire au profit du curateur ne peut, en l'état d'un conflit d'intérêts, être faite qu'avec l'assistance d'un curateur *ad hoc*.

Violait l'article 510 du code civil dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, ensemble l'article 1382 du même code, la cour d'appel qui, pour rejeter la demande de dommages-intérêts formée par les premiers bénéficiaires d'un contrat d'assurance-vie à l'encontre de la curatrice, nouveau bénéficiaire substitué par la majeure en curatelle, retient que ceux-ci n'ont invoqué aucun vice du consentement, par erreur, violence ou dol par le fait de manœuvres ou agissements imputés à la curatrice à l'occasion de la modification.

2^o Une action en justice ne peut, sauf circonstances particulières, qu'il appartient alors au juge de spécifier, constituer un abus de droit, lorsque sa légitimité a été reconnue par la juridiction du premier degré, malgré l'infirmité dont sa décision a été l'objet en appel.

Doit donc être censuré l'arrêt infirmatif qui, pour accueillir une demande en dommages-intérêts, se borne à constater que le caractère abusif de la procédure a causé un préjudice.

1^{re} Civ. - 8 juillet 2009.
CASSATION PARTIELLE

N° 08-16.153. - CA Grenoble, 31 mars 2008.

M. Bague, Pt. - M. Chaillou, Rap. - M. Chevalier, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, M^e Blanc, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 9, septembre 2009, Jurisprudence, p. 352 à 354, note Laurence Pécaut-Rivolier (« Tout sur le changement de la clause "bénéficiaire" d'un contrat d'assurance vie par un majeur sous curatelle »). Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 31-35, 27 juillet 2009, Jurisprudence, n° 158, p. 13, le Recueil Dalloz, n° 29, 3 septembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1971-1972, note V. Egéa (« Curatelle : modification du bénéficiaire d'une assurance-vie »), et n° 30, 10 septembre 2009, Chronique de la Cour de cassation – première chambre civile, p. 2062 à 2064, note Nathalie Auroy (« Incapacités : la modification du bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie souscrit par un majeur en curatelle constitue un acte de disposition »), la Revue juridique Personnes et famille, n° 11, novembre 2009, p. 15, note Jérôme Casey (« Le curateur ne peut être désigné bénéficiaire, sauf "ad hoc" »), la revue Procédures, n° 10, octobre 2009, commentaire n° 325, p. 30, note Mélina Douchy-Oudot (« Modification du bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie par un majeur en curatelle »), et le Répertoire du notariat Defrénois, n° 20, 30 novembre 2009, Jurisprudence, p. 2200 à 2202, note Jacques Massip.

N° 120

Mandat d'arrêt européen

Exécution. - Procédure. - Chambre de l'instruction. - Mémoire. - Dépôt. - Délai. - Délai prévu par l'article 198 du code de procédure pénale. - Notification de la date d'audience dans les formes et délais. - Défaut. - Portée.

En matière de mandat d'arrêt européen, lorsque la personne recherchée et son avocat n'ont pas été avisés de la date d'audience dans les formes et délai prévus par l'article 197 du code de procédure pénale, ils sont admis à déposer leur mémoire, y compris le jour de l'audience, sans que les conditions de forme prévues à l'article 198 du même code puissent leur être opposées.

Crim. - 22 juillet 2009.
CASSATION

N° 09-84.775. - CA Riom, 23 juin 2009.

M. Pelletier, Pt. - Mme Radenne, Rap. - M. Boccon-Gibod, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit pénal, n° 10, octobre 2009, commentaire n° 130, p. 43-44, note Albert Maron et Marion Haas (« À être Lucky Luke nul n'est tenu »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 31, 17 septembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2111-2112, note S. Lavric (« Mandat d'arrêt européen : droits de la défense »), la revue Procédures, n° 10, octobre 2009, commentaire n° 328, p. 32-33, note Jacques Buisson (« L'article 198 du code de procédure pénale est inapplicable au contentieux du mandat d'arrêt européen »), et la revue Actualité juridique Pénal, n° 10, octobre 2009, Jurisprudence, p. 417-418, note Gildas Roussel (« La défense peut déposer un mémoire le jour de l'audience devant la chambre de l'instruction et doit avoir le temps de préparer sa défense »).

N° 121

Mariage

Devoirs et droits respectifs des époux. - Pouvoir de chaque époux de se faire ouvrir un compte en son nom personnel. - Banquier dépositaire. - Obligations. - Restitution des fonds déposés. - Etendue. - Détermination. - Portée.

Si l'article 221 du code civil réserve à chaque époux la faculté de se faire ouvrir un compte personnel sans le consentement de l'autre et que le banquier dépositaire ne doit, aux termes de l'article 1937 du code civil, restituer les fonds déposés qu'à celui au nom duquel le dépôt a été fait ou à celui qui a été indiqué pour les recevoir, la banque qui a indemnisé l'époux au titre des retraits effectués par l'épouse est fondée à se prévaloir du bénéfice de la subrogation dès lors que celle-ci n'avait pas le pouvoir de disposer des fonds déposés sur le compte ouvert au seul nom du mari.

1^{re} Civ. - 8 juillet 2009.
REJET

N° 08-17.300. - CA Rouen, 31 janvier 2008.

M. Bague, Pt. - M. Rivière, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Lesourd, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 44-45, 29 octobre 2009, Chronique de droit bancaire, n° 2020, spéc. n° 12, p. 10-11, note Albert Salgueiro, et Jurisprudence, n° 2022, p. 19 à 21, note Estelle Naudin (« La sanction de l'autonomie bancaire des époux »), également parue dans La Semaine juridique, édition générale, n° 43, 19 octobre 2009, Jurisprudence, n° 353, p. 18 à 20. Voir également cette même revue, n° 31-35, 27 juillet 2009, Jurisprudence, n° 153, p. 11,

La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 49, 4 décembre 2009, *Jurisprudence*, n° 1329, p. 30 à 34, note Thibault Douville (« La sanction de l'époux ayant obtenu le versement des sommes déposées sur le compte bancaire ouvert au nom de son conjoint »), la revue *Actualité juridique Famille*, n° 10, octobre 2009, *Jurisprudence*, p. 404-405, note François Chénéde (« Présomption bancaire : admission de l'action récursoire de la banque contre l'époux fautif »), et le Recueil Dalloz, n° 29, 3 septembre 2009, *Actualité jurisprudentielle*, p. 1970-1971, note V. Egéa (« Curatelle : conditions de nullité d'un acte de procédure »).

N° 122

Partage

Procédure. - Formalités de l'article 837 du code civil. - Renonciation. - Possibilité. - Conditions. - Consentement de toutes les parties. - Portée.

Si l'inobservation des formalités prévues par l'article 837 du code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, qui ne sont pas d'ordre public et qui ne présentent aucun caractère substantiel, n'est assortie d'aucune sanction, il ne peut y être renoncé que du consentement de toutes les parties.

Doit être approuvé l'arrêt qui, ayant relevé qu'un copartageant s'était opposé à la saisine directe du tribunal et avait revendiqué celle du juge-commissaire, décide que l'autre partie est irrecevable à saisir directement le tribunal des difficultés constatées dans le procès-verbal du notaire liquidateur.

1^{re} Civ. - 8 juillet 2009.

REJET

N° 08-15.188. - CA Poitiers, 4 juillet 2007.

M. Bargue, Pt. - Mme Auroy, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - M^e Le Prado, Av.

N° 123

Prescription civile

Prescription décennale. - Article L. 110-4 du code de commerce. - Délai. - Point de départ. - Détermination.

La prescription d'une action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime, si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance.

Une cour d'appel qui constate que le caractère dommageable de faits dénoncés par des emprunteurs, au titre notamment de l'octroi d'un prêt malgré leur incapacité manifeste à faire face à son remboursement, s'est révélé à eux au plus tard à la date des premières difficultés de remboursement qu'ils ont rencontrées en déduit exactement que l'action en responsabilité engagée à l'encontre de la banque plus de dix ans après cette date est prescrite.

1^{re} Civ. - 9 juillet 2009.

REJET

N° 08-10.820. - CA Paris, 26 octobre 2007.

M. Bargue, Pt. - Mme Gelbard-Le Dauphin, Rap. - M. Mellottée, P. Av. Gén. - M^e Foussard, SCP Tiffreau, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition générale, n° 31-35, 27 juillet 2009, Jurisprudence, n° 154, p. 12, note Lisa Dumoulin (« Prescription de l'action exercée contre la banque prêteuse »). Voir également la Revue Lamy droit des affaires, n° 41, août-septembre 2009, Actualité, n° 2478, p. 42, note Diane Carolle-Brisson (« Point de départ de l'action en responsabilité contre un banquier pour soutien abusif »), et le Recueil Dalloz, n° 29,

3 septembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1957 à 1959, note Xavier Delpech (« Responsabilité du banquier dispensateur de crédit : prescription »).

N° 124

Prescription civile

Prescription libératoire extinctive. - Effets. - Exclusion. - Extinction du droit du créancier.

La prescription libératoire extinctive n'éteint pas le droit du créancier, mais lui interdit d'exiger l'exécution de son obligation.

2^e Civ. - 9 juillet 2009.

REJET

N° 08-16.894. - TI Aulnay-sous-Bois, 22 mars 2007.

Mme Foulon, Pt (f.f.). - M. Alt, Rap. - SCP Capron, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 9, septembre 2009, Jurisprudence, p. 347, note François Chénéde (« L'effet limité de la prescription extinctive : le principe et son application à l'obligation alimentaire »).

N° 125

1^o Procédure civile

Droits de la défense. - Principe de la contradiction. - Violation. - Défaut. - Cas. - Application immédiate d'une loi de procédure. - Condition.

2^o Arbitrage

Arbitrage international. - Convention d'arbitrage. - Principe de validité. - Portée.

1^o Ne viole pas le principe de la contradiction une cour d'appel qui se fonde sur l'article 4, alinéa 3, du code de procédure pénale dans sa rédaction issue de la loi du 5 mars 2007, immédiatement applicable aux instances en cours, pour rejeter une demande de sursis à statuer, dès lors que les parties, dans leurs écritures postérieures à l'entrée en vigueur de cette loi, avaient conclu de manière générale sur le sursis à statuer sans revendiquer l'application de ses anciennes dispositions.

2^o L'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale, mais par la mise en œuvre d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société.

Par suite, c'est à bon droit qu'une cour d'appel décide qu'une société est engagée par une clause compromissoire dès lors qu'elle a laissé un de ses employés négociateur seul un contrat de transport et signer une lettre d'exonération de responsabilité faisant référence à une convention d'arbitrage, sans mettre en garde le cocontractant sur un éventuel défaut de pouvoir de ce salarié, et a tacitement ratifié l'opération en demandant un devis pour une assurance complémentaire.

1^{re} Civ. - 8 juillet 2009.

REJET

N° 08-16.025. - CA Paris, 15 mai 2008.

M. Bargue, Pt. - Mme Pascal, Rap. - M. Pagès, Av. Gén. - SCP Tiffreau, M^e Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 29, 3 septembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1957 à 1959, note Xavier Delpech (« Arbitrage : appréciation de

l'engagement d'une société », et n° 35, 15 octobre 2009, *Panorama - Droit du commerce international*, p. 2385-2386, note Louis d'Avout (« Les règles matérielles internationales du droit français de l'arbitrage »). Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 47, 16 novembre 2009, *Chronique de droit de l'arbitrage*, n° 462, spéc. p. 38-39, note Jérôme Ortscheidt (« Règles matérielles vs. règles conflictuelles »).

N° I 26

Procédure civile

Procédure de la mise en état. - Conseiller de la mise en état. - Compétence. - Exclusion. - Cas. - Examen d'une exception de procédure relative à la première instance.

Le conseiller de la mise en état, dont les attributions ne concernent que les exceptions de procédure et les incidents relatifs à l'instance d'appel, n'est pas compétent pour statuer sur une exception de procédure relative à la première instance.

1^{re} Civ. - 8 juillet 2009.

CASSATION ET ANNULATION
PAR VOIE DE CONSÉQUENCE

N° 08-17.401. - CA Chambéry, 27 mars 2007 et 8 avril 2008.

M. Bague, Pt. - M. Pascal, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Richard, SCP Ancel et Couturier-Heller, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue juridique Personnes et famille, n° 11, novembre 2009, p. 28, note Jérôme Casey (« Exception de litispendance internationale et pouvoirs du conseiller de la mise en état : gare aux confusions ! »).

N° I 27

Procédure civile

Procédure de la mise en état. - Juge de la mise en état. - Ordonnance du juge de la mise en état. - Chose jugée. - Autorité au principal (non). - Exceptions.

Les ordonnances du juge de la mise en état n'ont pas autorité de chose jugée, sauf pour les exceptions prévues par l'article 775 du code de procédure civile.

3^e Civ. - 8 juillet 2009.

REJET

N° 08-14.611. - CA Toulouse, 13 février 2008.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Maunand, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Bachellier et Potier de la Varde, M^e Spinosi, Av.

N° I 28

Procédures civiles d'exécution

Mesures d'exécution forcée. - Saisie-attribution. - Tiers saisi. - Obligation de renseignement. - Etendue de ses obligations à l'égard du saisi. - Déclaration. - Déclaration tardive. - Sanction.

La réponse tardive du tiers saisi l'expose à payer les causes de la saisie-attribution lorsque le retard n'est pas justifié par un motif légitime.

Dès lors, encourt la cassation l'arrêt qui énonce que seul un défaut de renseignement sur les obligations liant le tiers saisi au débiteur autorise le juge à appliquer la sanction prévue par l'alinéa premier de l'article 60 du décret du 31 juillet 1992.

2^e Civ. - 9 juillet 2009.

CASSATION

N° 08-15.192. - CA Paris, 28 février 2008.

M. Gillet, Pt. - M. Moussa, Rap. - SCP Roger et Sevaux, SCP Vincent et Ohl, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Procédures, n° 10, octobre 2009, commentaire n° 310, p. 16-17, note Roger Perrot (« Réponse tardive du tiers saisi »). Voir également la Revue de droit bancaire et financier, n° 5, septembre-octobre 2009, commentaire n° 168, p. 38-39, note Stéphane Piedelièvre (« Obligation d'information et réponse tardive »), et la revue Droit et procédures, n° 6, novembre-décembre 2009, Jurisprudence commentée, p. 356 à 358, note Loïc Lauvergnat.

N° I 29

Protection des consommateurs

Cautionnement. - Mention prescrite par l'article L. 341-2 du code de la consommation. - Domaine d'application. - Créancier professionnel. - Définition. - Personne dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles.

Au sens des articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation, le créancier professionnel s'entend de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale.

1^{re} Civ. - 9 juillet 2009.

REJET

N° 08-15.910. - CA Orléans, 27 mars 2008.

M. Lamanda, P. Pt. - M. Charruault, Rap. - M. Mellottée, P. Av. Gén. - M^e Spinosi, M^e Foussard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 37, 10 septembre 2009, Jurisprudence, n° 1840, p. 13-14, note Dominique Legeais (« Notion de créancier professionnel au regard de la validité d'un cautionnement consenti par un particulier avec un professionnel de crédit »), également paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 40, 28 septembre 2009, Jurisprudence, n° 286, p. 25-26. Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 48, 23 novembre 2009, Chronique de droit des sûretés, n° 492, spéc. p. 44-45, note Philippe Delebecque (« Notion de "créancier professionnel" au sens des articles L. 341-1 du code de la consommation »), la revue Contrats, concurrence, consommation, n° 10, octobre 2009, commentaire n° 255, p. 33, note Guy Raymond (« Définition du créancier professionnel »), la revue Droit des sociétés, n° 10, octobre 2009, fiche pratique n° 9, p. 43, note Alain Cerles (« La notion de créancier professionnel »), le Recueil Dalloz, n° 30, 10 septembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 2032-2033, note Xavier Delpech (« Protection de la caution : notion de créancier professionnel »), et Chronique de la Cour de cassation - première chambre civile, p. 2067-2068, note Claude Creton (« Cautionnement : qualité de créancier professionnel au sens des articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation »), et n° 32, 24 septembre 2009, Etudes et commentaires, p. 2198 à 2200, note Stéphane Piedelièvre (« La notion de créancier professionnel en matière de cautionnement »), et la revue Droit et procédures, n° 6, novembre-décembre 2009, Jurisprudence commentée, p. 362 à 365, note Yves Picod.

N° 130

Protection des consommateurs

Crédit à la consommation. - Défaillance de l'emprunteur. - Action. - Délai de forclusion. - Interruption ou suspension. - Saisine d'un tribunal incompétent. - Portée.

Les dispositions générales de l'article 2246 du code civil, selon lesquelles la citation donnée même devant un juge incompétent interrompt la prescription, sont applicables à tous les délais pour agir et à tous les cas d'incompétence.

Dès lors, viole le texte susvisé, ensemble les dispositions de l'article L. 311-37 du code de la consommation, l'arrêt qui retient que le délai biennal de forclusion présente un caractère préfix et ne peut être interrompu par l'assignation délivrée devant une juridiction incompétente.

1^{re} Civ. - 9 juillet 2009.

CASSATION

N° 08-16.847. - CA Chambéry, 27 mai 2008.

M. Bargue, Pt. - Mme Richard, Rap. - M. Mellottée, P. Av. Gén. - SCP Bouzidi et Bouhanna, M^e Blondel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition générale, n° 31-35, 27 juillet 2009, Jurisprudence, n° 156, p. 12. Voir également le Recueil Dalloz, n° 29, 3 septembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1962-1963, note Xavier Delpéch (« Délai de forclusion : interruption par la saisine d'un juge compétent »).

N° 131

Protection des droits de la personne

Respect de la vie privée. - Droit à l'image. - Atteinte. - Caractérisation. - Applications diverses. - Utilisation sans autorisation de l'image d'une personne pour en promouvoir les œuvres.

L'utilisation de l'image d'une personne pour en promouvoir les œuvres doit avoir été autorisée par celle-ci, et la reproduction de la première, au soutien de la vente des secondes, n'est pas une « information » à laquelle le public aurait nécessairement droit en conséquence de la liberté d'expression de l'éditeur.

1^{re} Civ. - 9 juillet 2009.

CASSATION

N° 07-19.758. - CA Paris, 6 juin 2007.

M. Bargue, Pt. - M. Gridel, Rap. - M. Mellottée, P. Av. Gén. - M^e Hémy, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Communication, commerce électronique, n° 10, octobre 2009, commentaire n° 91, p. 33-34, note Agathe Lepage (« Le droit sur l'image ragillard »). Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 46, Chronique de droit de la presse et des médias, n° 441, spéc. n° 11, p. 57, note Emmanuel Dreyer, et la Revue juridique Personnes et famille, n° 11, novembre 2009, p. 13, note Emmanuel Putman (« Le droit à l'image d'un artiste ne saurait tomber dans le domaine public »).

N° 132

Prud'hommes

Compétence. - Compétence matérielle. - Exclusion. - Etablissement public à caractère administratif. - Exercice du droit syndical.

Le litige relatif à l'exercice du droit syndical au sein d'un établissement public à caractère administratif de la Polynésie française relève de la compétence de la juridiction administrative,

eu égard à la nature administrative de cet établissement et malgré la circonstance que certains agents soient liés à cet établissement par des contrats de droit privé.

Soc. - 8 juillet 2009.

CASSATION SANS RENVOI

N° 08-40.102. - Tribunal de première instance de Papeete, 19 octobre 2007.

Mme Collomp, Pt. - Mme Perony, Rap. - M. Carré-Pierrat, Av. Gén.

N° 133

Référé

Compétence. - Applications diverses. - Marché par une entité adjudicatrice non soumise au code des marchés publics. - Recours précontractuel.

Les pouvoirs conférés au juge des référés par l'article 33 1^o de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ne peuvent être exercés qu'avant la signature du contrat.

Com. - 10 juillet 2009.

CASSATION SANS RENVOI

N° 09-13.871. - Tribunal de commerce de Paris, 9 avril 2009.

Mme Favre, Pt. - Mme Michel-Amsellem, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - SCP Defrenois et Levis, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

N° 134

1^o Régimes matrimoniaux

Communauté entre époux. - Propres. - Propres par nature. - Action en réparation d'un dommage corporel ou moral. - Réparation d'un dommages corporel. - Définition. - Indemnité allouée en réparation d'un préjudice résultant d'une atteinte à l'intégrité physique d'une personne. - Règlement. - Modalités. - Arrérages d'une pension de guerre.

2^o Régimes matrimoniaux

Communauté entre époux. - Actif. - Composition. - Biens acquis au cours du mariage. - Biens provenant de l'industrie personnelle des époux. - Substitut de salaire. - Définition. - Arrérages d'une pension militaire de retraite.

1^o L'allocation d'une pension de guerre n'est pas destinée à compenser une perte de revenus mais à réparer un préjudice résultant d'une atteinte à l'intégrité physique d'une personne, de sorte que cette pension présente un caractère exclusivement personnel et constitue un bien propre par nature ; les arrérages d'une telle pension, qui ne sont qu'une modalité de règlement de la réparation d'un préjudice résultant d'une atteinte à l'intégrité physique, constituent des biens propres par nature.

2^o Si le titre d'une pension militaire de retraite, versée avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 ayant modifié l'article L. 56 du code des pensions civiles et militaires de retraite, exclusivement personnel, constitue un bien propre par nature, les arrérages de cette pension, qui sont des substituts de salaires, entrent en communauté.

1^{re} Civ. - 8 juillet 2009.

CASSATION PARTIELLE

N° 08-16.364. - CA Nîmes, 30 janvier 2007.

M. Bargue, Pt. - Mme Bignon, Rap. - M. Chevalier, Av. Gén. - SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, M^e Blondel, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 10, octobre 2009, Jurisprudence,

p. 405-406, note Patrice Hilt (« Les arrrages d'une pension militaire de retraite entrent en communauté »). Voir également La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 48, 27 novembre 2009, Jurisprudence, n° 1322, p. 32 à 35, note Joëlle Vassaux-Barège (« Pensions de retraite et pensions d'invalidité : biens propres ou biens communs ? »).

N° I 35

1^o Réserve

Quotité disponible. - Masse de calcul. - Evaluation. - Donation. - Donation entre vifs. - État à l'époque de la donation. - Modification. - Applications diverses. - Modification de la situation juridique et économique d'une société après la donation de droits sociaux. - Portée.

2^o Réserve

Quotité disponible. - Masse de calcul. - Evaluation. - Donation. - Donation entre vifs. - Evaluation au jour de l'ouverture de la succession. - Applications diverses. - Plus-value ayant augmenté la valeur des droits sociaux donnés. - Activité des donataires au sein de la société. - Portée.

1^o La transformation d'une société anonyme en société en nom collectif est sans incidence sur l'état des droits sociaux ayant fait l'objet d'une donation, et ceux-ci doivent être évalués au jour de l'ouverture de la succession, pour le cas où le passif grevant la société à l'époque des donations a disparu pour une cause étrangère aux gratifiés.

2^o L'essentiel des actifs d'une société, dont les actions ayant fait l'objet d'une donation, étant constituées par des actions d'une autre société et dont elle est l'actionnaire majoritaire, ne donne pas de base légale à sa décision une cour d'appel qui décide que la valeur des biens donnés excède la quotité disponible, sans rechercher, comme il lui était demandé, si les donataires n'avaient pas exercé une activité au sein de l'autre société seulement parce que, devenus actionnaires majoritaires de cette société en raison de la donation, ils représentaient la société dont les actions avaient été données au sein des organes sociaux de l'autre société, dans le but d'accroître la valeur des droits sociaux donnés, de sorte que la disparition du passif grevant la société et la plus-value prise par les biens donnés résultaient indirectement du travail qu'ils avaient fourni au sein de l'autre société.

1^{re} Civ. - 8 juillet 2009.

CASSATION PARTIELLE

N° 07-18.041. - CA Nîmes, 5 juin 2007.

M. Bague, Pt. - Mme Bignon, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 10, octobre 2009, Jurisprudence, p. 407-408, note Frédéric Bicheron (« La prise en compte du travail des associés dans l'évaluation de parts sociales, objet d'une donation antérieure, pour le calcul de la réserve héréditaire »). Voir également le Répertoire du notariat Défrénois, n° 20, 30 novembre 2009, Jurisprudence, décisions commentées, n° 39032, p. 2173 à 2183, note Mathieu Stoclet (« Plus-value imputable au gratifié et calcul de l'indemnité de réduction »).

N° I 36

Représentation des salariés

Délégué syndical. - Désignation. - Conditions. - Travail dans l'entreprise. - Salarié ayant reçu délégation. - Délégation particulière d'autorité établie par écrit. - Définition. - Exclusion. - Portée.

Le jugement qui, pour valider la désignation d'un salarié comme délégué syndical, constate que le contrat de travail se borne à déterminer les attributions qu'un salarié tient de sa position hiérarchique et exerce sous l'autorité étroite de l'employeur et à opérer un transfert de responsabilité pénale dans un domaine limité décide exactement que ce contrat n'emporte pas délégation écrite particulière d'autorité permettant d'assimiler le salarié au chef d'entreprise.

Soc. - 8 juillet 2009.

REJET

N° 08-60.595. - TI Bayonne, 17 décembre 2008.

Mme Morin, Pt (f.f.) et Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Delaporte, Briard et Trichet, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 38, 15 septembre 2009, Jurisprudence, n° 1407, p. 31 à 33, note Catherine Puigelier (« Conditions d'assimilation d'un salarié au chef d'entreprise »).

N° I 37

Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle

Faute. - Vente. - Vente d'un véhicule économiquement irréparable. - Conditions. - Respect. - Défaut.

Il résulte de l'article L. 327-2 du code de la route que le professionnel qui acquiert d'un assureur un véhicule gravement accidenté et déclaré économiquement irréparable ne peut le revendre à un particulier sans l'avoir au préalable réparé, et ne peut le remettre en circulation sans avoir fait procéder à une expertise certifiant que le véhicule a fait l'objet des réparations touchant à la sécurité préconisées par le rapport d'expertise ayant conduit à son classement en véhicule économiquement irréparable et qu'il est en état de circuler dans des conditions normales de sécurité.

Viole ce texte et les dispositions de l'article 1382 du code civil l'arrêt qui décide que la responsabilité d'une société exploitant un garage n'est pas engagée envers un des acquéreurs successifs du véhicule gravement accidenté, alors que cette société avait vendu le véhicule, acquis auprès d'une société d'assurance, à un particulier sans avoir réalisé les réparations et fait procéder à l'expertise qui lui incombent de par la loi.

2^e Civ. - 9 juillet 2009.

CASSATION PARTIELLE

N° 08-16.453. - CA Versailles, 11 avril 2008.

M. Mazars, Pt (f.f.). - Mme Nicolétis, Rap. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Ortscheidt, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 30, 10 septembre 2009, Chronique de la Cour de cassation - deuxième chambre civile, p. 2077-2078, note Jean-Michel Sommer (« Responsabilité civile : vente à un particulier d'un véhicule économiquement irréparable acquis auprès d'un assureur »).

N° I 38

1^o Responsabilité du fait des produits défectueux

Produit. - Défectuosité. - Définition. - Produit n'offrant pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. - Caractérisation. - Applications diverses.

2^o Responsabilité du fait des produits défectueux

Produit. - Défectuosité. - Lien de causalité avec le dommage. - Caractérisation. - Cas.

1^o Aux termes de l'article 1386-4 du code civil, un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. Dans l'appréciation de cette exigence, il doit être tenu compte, notamment, de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation.

Dès lors, la cour d'appel qui a constaté que le dictionnaire médical Vidal, comme la notice actuelle de présentation du vaccin, fait figurer au nombre des effets secondaires indésirables possibles du produit la poussée de sclérose en plaques, quand la notice de présentation du produit litigieux ne contenait pas cette information, en a exactement déduit que le vaccin présentait le caractère d'un produit défectueux au sens de ce texte.

2^o Ayant relevé, d'abord, que les études scientifiques versées aux débats n'excluaient pas un lien possible entre cette vaccination et la survenance d'une démyélinisation de type sclérose en plaques ; ensuite, que les premières manifestations de la maladie avaient eu lieu moins de deux mois après la dernière injection du produit ; qu'enfin, ni la victime du dommage ni aucun membre de sa famille n'avaient souffert d'antécédents neurologiques et qu'ainsi aucune autre cause ne pouvait expliquer cette maladie, la cour d'appel, qui a souverainement estimé que ces faits constituaient des présomptions graves, précises et concordantes, a pu en déduire un lien causal entre la vaccination et le préjudice subi.

1^{er} Civ. - 9 juillet 2009.

REJET

N° 08-11.073. - CA Lyon, 22 novembre 2007.

M. Bargue, Pt. - M. Lafargue, Rap. - M. Legoux, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, M^e Hémerly, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition générale, n° 41, 5 octobre 2009, Jurisprudence, n° 308, p. 13 à 18, note Pierre Sargos (« Les effets indésirables du droit des produits défectueux en matière de dommages causés par des médicaments, et notamment des vaccins »). Voir également la revue Droit de la famille, n° 10, octobre 2009, commentaire n° 135, p. 35-36, note Jérôme Julien (« Vaccination contre l'hépatite B et sclérose en plaques : lien de causalité établi »), la revue Responsabilité civile et assurances, n° 10, octobre 2009, étude n° 13, p. 7 à 10, note Christophe Radé (« Vaccination anti-hépatite B et sclérose en plaques : première condamnation d'un laboratoire »), le Recueil Dalloz, n° 29, 3 septembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1968-1969, note I. Gallmeister (« Vaccination contre l'hépatite B : responsabilité du laboratoire »), et la revue Contrats, concurrence, consommation, n° 11, novembre 2009, commentaire n° 262, p. 22-23, note Laurent Leveneur (« Responsabilité du fait des produits défectueux : la notice de présentation actuelle d'un vaccin suffit-elle à démontrer l'insuffisance de la notice antérieure ? »).

N° I39

Sécurité sociale

Cotisations. - Assiette. - Rémunérations. - Définition. - Rémunération forfaitaire versée à un mannequin.

Les rémunérations perçues par un mannequin à l'occasion de l'exploitation des enregistrements qui ont été faits de son interprétation sont des redevances si, notamment, leur montant est fonction du seul produit aléatoire de la vente ou de l'exploitation de l'enregistrement de la prestation de l'intéressé.

L'exigence de cet aléa économique comme une des conditions d'exclusion de l'assiette des cotisations a pour corollaire une

perception différée des rémunérations et s'oppose à tout mécanisme de fixation forfaitaire de celles-ci.

C'est à bon droit qu'une cour d'appel a déduit de ces énonciations que le montant de la rémunération forfaitaire versée à un mannequin devait être réintégré dans l'assiette des cotisations sociales de la société qui l'employait.

2^e Civ. - 9 juillet 2009.

REJET

N° 08-18.794. - CA Versailles, 20 mai 2008.

M. Mazars, Pt (f.f.). - M. Héderer, Rap. - M. Maynial, P. Av. Gén. - SCP Thomas-Raquin et Bénabent, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 45, 3 novembre 2009, Jurisprudence, n° 1512, p. 38 à 41, note Dominique Asquinazi-Bailleux (« Rémunération des mannequins : distinction entre salaire et redevance »).

N° I40

Sécurité sociale, accident du travail

Maladies professionnelles. - Dispositions générales. - Prestations. - Organisme en ayant la charge. - Détermination. - Portée.

Selon l'article D. 461-24 du code de la sécurité sociale, la charge des prestations, indemnités et rentes inhérentes à l'une des maladies professionnelles mentionnées à l'article D. 461-5 du même code incombe à la caisse d'assurance maladie ou à l'organisation spéciale de sécurité sociale à laquelle la victime était affiliée à la date de la première constatation médicale définie à l'article D. 461-7, ou, lorsque la victime n'est plus affiliée à cette date, à la caisse ou à l'organisation spéciale à laquelle elle a été affiliée en dernier lieu, quel que soit l'emploi occupé par elle.

Méconnaît ces dispositions la cour d'appel qui, saisie d'une action en reconnaissance de la faute inexcusable d'un précédent employeur de la victime relevant du régime général, retient, pour mettre à la charge de l'organisme du régime général l'avance des sommes allouées à la victime d'une faute inexcusable de l'employeur, que seul l'organisme dont relève l'employeur déclaré responsable de la faute inexcusable peut être amené à faire l'avance des sommes en cause, alors que la victime était affiliée, lors de la première constatation de la maladie professionnelle, au régime spécial des personnels des industries électriques et gazières.

2^e Civ. - 9 juillet 2009.

CASSATION PARTIELLE

N° 08-19.553. - CA Aix-en-Provence, 24 juin 2008.

M. Mazars, Pt (f.f.). - M. Prétot, Rap. - M. Maynial, P. Av. Gén. - SCP Boutet, SCP Le Bret-Desaché, SCP Tiffreau, Av.

Le rapport du conseiller rapporteur est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 37, 8 septembre 2009, Jurisprudence, n° 1397, p. 37 à 41 (« À propos du régime spécial du personnel des entreprises électriques et gazières »).

N° I41

Sécurité sociale, accident du travail

Procédure. - Procédure préliminaire. - Appréciation du caractère professionnel de l'accident ou de la maladie. - Décision de la caisse. - Délai. - Prolongation. - Conditions. - Examen ou enquête complémentaire. - Nécessité.

Selon l'article R. 441-14 du code de la sécurité sociale, le délai imparti à la caisse pour statuer sur le caractère professionnel d'un accident ou d'une maladie ne peut être prolongé que lorsqu'il y a nécessité d'examen ou d'enquête complémentaire.

Il s'ensuit que lorsque la caisse décide de prolonger le délai pour prendre sa décision, elle est tenue de respecter les dispositions de l'article R. 441-11 du même code.

2^e Civ. - 9 juillet 2009.

REJET

N° 08-13.473. - CA Lyon, 5 février 2008.

M. Mazars, Pt (f.f.). - Mme Fouchard-Tessier, Rap. - M. Maynial, P. Av. Gén. - SCP Boutet, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 45, 3 novembre 2009, Jurisprudence, n° 1513, p. 42-43, note Dominique Asquinazi-Bailleux (« Inopposabilité de la décision de la caisse et prolongation du délai pour statuer sur le caractère professionnel »).

N° **I42**

Sécurité sociale, régimes complémentaires

Cotisations. - Paiement. - Allocation de formation-reclassement. - Précompte. - Affectation au financement des retraites complémentaires.

Il résulte des articles L. 962-3 (devenu l'article L. 6342-3) du code du travail, L. 351-3, R. 351-12 du code de la sécurité sociale, ensemble les articles 25 et 26 du règlement annexé à la convention du 1^{er} janvier 1990 relative à l'assurance-chômage agréée par l'arrêté ministériel du 14 mai 1990 et l'article 51 du règlement annexé à la convention du 1^{er} janvier 1993 relative à l'assurance-chômage agréée par l'arrêté ministériel du 4 janvier 1993, d'une part, que les précomptes opérés sur les allocations de formation-reclassement versées par l'ASSEDIC sont affectés au financement des retraites complémentaires et non de la retraite de base du régime général, d'autre part, que les périodes pendant lesquelles un assuré perçoit des allocations de formation-reclassement, qui sont des revenus de remplacement, sont des périodes assimilées à des périodes d'assurance prises en considération en vue de l'ouverture du droit à pension, mais ne pouvant donner lieu à report de salaires au compte de l'assuré.

Viole ces textes une cour d'appel qui ordonne un report de salaires au compte d'un assuré qui, effectuant un stage pendant une période de chômage, avait perçu de l'ASSEDIC des allocations de formation-reclassement.

2^e Civ. - 9 juillet 2009.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 08-15.076. - CA Paris, 20 mars 2008.

M. Mazars, Pt (f.f.). - M. Héderer, Rap. - M. Maynial, P. Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Delvolvé, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 42, 13 octobre 2009, Jurisprudence, n° 1471, p. 43 à 45, note Thierry Tauran (« Versement d'une allocation de formation-reclassement et ouverture du droit à pension »).

N° **I43**

Servitude

Servitude conventionnelle. - Passage. - Assiette. - Déplacement. - Conditions. - Détermination.

Le propriétaire d'un fonds servant qui, sans l'accord du propriétaire du fonds dominant, modifie les lieux et rend ainsi

impossible l'exercice d'une servitude conventionnelle ne peut invoquer les dispositions de l'article 701, alinéa 3, du code civil, relatives à la modification de l'assiette de la servitude.

3^e Civ. - 8 juillet 2009.

CASSATION

N° 08-15.763. - CA Aix-en-Provence, 22 janvier 2008.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Feydeau, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Le Bret-Desaché, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 45, 6 novembre 2009, Chronique de droit des biens, n° 1305, spec. p. 32, note Hugues Périnet-Marquet (« Servitude de passage en cas d'enclave »).

N° **I44**

Servitude

Servitudes légales. - Passage. - Enclave. - Définition. - Accès insuffisant. - Aménagement d'un passage. - Travaux d'un coût non disproportionné par rapport à la valeur du fonds. - Recherche nécessaire.

Ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article 682 du code civil une cour d'appel qui ordonne le rétablissement d'un droit de passage pour état d'enclave sans rechercher, comme il le lui était demandé, si la réalisation, sur le fonds enclavé, de travaux dont le coût ne serait pas disproportionné par rapport à la valeur du fonds ne permettrait pas un accès sur la voie publique.

3^e Civ. - 8 juillet 2009.

CASSATION

N° 08-11.745. - CA Riom, 27 septembre 2007.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Feydeau, Rap. - M. Cuinat, Av. Gén. - SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 45, 6 novembre 2009, Chronique de droit des biens, n° 1305, spec. p. 32, note Hugues Périnet-Marquet (« Servitude de passage en cas d'enclave »).

N° **I45**

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Dispositions générales. - Négociation. - Organisations syndicales habilitées. - Convocation. - Nécessité.

Un accord collectif ne peut être conclu ou révisé sans que l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou, le cas échéant, dans l'établissement aient été invitées à la négociation.

Doit donc être cassé l'arrêt qui valide un accord d'entreprise négocié sans qu'ait été incité à la négociation un syndicat représentatif au niveau concerné au motif qu'il ne disposait pas de délégué syndical dans l'établissement au sein duquel cette négociation était engagée.

Soc. - 8 juillet 2009.

CASSATION PARTIELLE

N° 08-41.507. - CA Paris, 30 janvier 2008.

Mme Collomp, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Ancel et Couturier-Heller, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 42, 13 octobre 2009,

Jurisprudence, n° 1468, p. 34 à 36, note Jean-Yves Kerbourc'h (« Défaut d'invitation d'un syndicat représentatif à la négociation d'un accord collectif = trouble manifestement illicite »). Voir également la Revue de droit du travail, n° 11, novembre 2009, *Chroniques*, p. 664-665, note Hélène Tissandier (« Représentativité syndicale et principe de concordance »).

N° 146

Succession

Salaire différé. - Conditions. - Descendant d'un exploitant agricole. - Participation directe et effective à l'exploitation. - Définition. - Participation partielle. - Possibilité. - Portée.

Le descendant d'un exploitant agricole qui a participé partiellement à l'exploitation ne peut bénéficier que d'une créance de salaire différé partielle.

Viole l'article L. 321-13 du code rural la cour d'appel qui décide que le montant d'une créance de salaire différé sera calculé par le notaire liquidateur de la succession sur la base du SMIC en vigueur à la date du partage, après avoir relevé que la bénéficiaire de la créance n'avait exercé qu'une activité partielle sur l'exploitation de son père.

1^{re} Civ. - 8 juillet 2009.
CASSATION PARTIELLE

N° 08-13.972. - CA Pau, 7 janvier 2008.

M. Bargue, Pt. - M. Chauvin, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 147

1^o Syndicat professionnel

Délégué syndical. - Désignation. - Validité. - Appréciation. - Cadre défini par lettre de désignation. - Limites du litige.

2^o Syndicat professionnel

Section syndicale. - Représentant. - Désignation. - Conditions. - Exclusion. - Preuve de l'implantation du syndicat dans l'ensemble des sites composant l'établissement. - Portée.

1^o La lettre de désignation d'un délégué syndical ou d'un représentant de la section syndicale fixe les limites du litige.

Par suite, le juge ne peut apprécier la validité de cette désignation en dehors du cadre défini par cette lettre.

2^o Pour pouvoir désigner un représentant de la section syndicale dans un établissement, un syndicat n'a pas à rapporter la preuve de son implantation dans l'ensemble des sites composant cet établissement.

Soc. - 8 juillet 2009.
REJET

N° 09-60.048. - TI Lille, 21 janvier 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Morin, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén. - SCP Defrenois et Levis, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 39, 22 septembre 2009, doctrine, n° 1416, p. 11 à 18, note Bernard Gauriau (« Premières interprétations de la loi "démocratie sociale" par la Cour de cassation - à propos des arrêts du 8 juillet 2009 »). Voir également la revue Droit social, n° 9/10, septembre-octobre 2009, p. 950 à 960, note Marie-Laure Morin (« La loi 2009-789 du 20 août 2008 : premières décisions de la Cour de cassation sur le droit syndical »).

N° 148

Syndicat professionnel

Droits syndicaux. - Exercice. - Domaine d'application. - Représentant syndical au comité d'entreprise. - Désignation. - Conditions. - Détermination. - Portée.

L'article L. 2324-2 du code du travail, issu de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 et dont les dispositions s'appliquent à compter du 22 août 2008, ouvre le droit à chaque organisation syndicale ayant des élus, sans autre condition, de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise ou d'établissement.

Viole dès lors ce texte le tribunal d'instance qui, pour annuler une telle désignation par un syndicat, retient que ce dernier n'était pas représentatif au sein de l'établissement concerné.

Soc. - 8 juillet 2009.
CASSATION

N° 09-60.015. - TI Lille, 3 décembre 2008.

Mme Collomp, Pt. - Mme Darret-Courgeon, Rap. - M. Duplat, P. Av. gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

Note sous Soc., 8 juillet 2009, n° 148 ci-dessus

Se posait en l'espèce la question de la date d'entrée en vigueur de l'article L. 2324-2 du code du travail, issu de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, et de l'abandon ou non par le législateur de l'exigence de représentativité du syndicat auteur de la désignation au profit de la seule existence d'élus au comité d'entreprise ou d'établissement.

Sur le premier point, la chambre sociale retient qu'en l'absence de dispositions contraires, le nouvel article L. 2324-2 du code du travail est entré en vigueur, en vertu de l'article premier du code civil, à compter du 22 août 2008, lendemain de la publication de la loi au *Journal officiel de la République française*. Cette analyse est également celle de la direction générale du travail, qui précise, dans sa circulaire n° 20 du 13 novembre 2008, que « les nouvelles conditions de désignation du RSCE sont applicables depuis la publication de la loi. Il doit être désigné par un syndicat ayant des élus au comité d'entreprise (un titulaire et un suppléant par exemple)... »

Sur le second point, l'exigence de représentativité du syndicat apparaît dans le projet de loi modifié en première lecture par le Sénat, pour disparaître ensuite dans celui adopté par la commission mixte paritaire puis dans la loi du 20 août 2008.

Oubli du législateur ? Volonté délibérée de ce dernier ? Condition nécessairement sous-entendue ?

Ni la consultation des débats parlementaires, ni les travaux de la commission mixte paritaire, ni les rapports déposés le 23 juillet 2008 par MM. Poisson et Gournac (n° 1092 et 486) au nom de cette commission ne permettent de trancher clairement la question de savoir si le législateur a entendu privilégier l'existence d'élus au comité d'entreprise dans l'hypothèse où la représentativité du syndicat n'est pas nécessairement acquise.

Une organisation syndicale peut en effet avoir des élus sans pour autant être représentative au regard des critères cumulatifs fixés par le nouvel article L. 2121-1 du code du travail, qui impose, entre autres conditions, qu'elle ait obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés.

Il convient néanmoins d'observer que, dans son rapport au nom de la commission des affaires culturelles (rapport n° 992), M. Poisson avait proposé un amendement « ...ouvrant le droit de désigner des représentants syndicaux au comité d'entreprise à tous les syndicats ayant des élus du personnel dans l'entreprise et non aux seuls syndicats reconnus représentatifs », cet amendement n'ayant pas été retenu par cette commission.

Quoi qu'il en soit, la chambre sociale décide de s'en tenir à une lecture littérale du nouvel article L. 2324-2 du code du travail qui impose, comme seule condition, l'existence d'élus au comité d'entreprise.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 39, 22 septembre 2009, doctrine, n° 1416, p. 11 à 18, note Bernard Gauriau (« Premières interprétations de la loi "démocratie sociale" par la Cour de cassation - à propos des arrêts du 8 juillet 2009 »). Voir également la revue Droit social, n° 9/10, septembre-octobre 2009, p. 950 à 960, note Marie-Laure Morin (« La loi 2009-789 du 20 août 2008 : premières décisions de la Cour de cassation sur le droit syndical »), et le Recueil Dalloz, n° 29, 3 septembre 2009, Actualité jurisprudentielle, p. 1978-1979 (« Loi du 20 août 2008 : application immédiate »).

N° I49

1^o Syndicat professionnel

Représentativité. - Présomption légale et transitoire de représentativité. - Preuve contraire. - Possibilité (non).

2^o Syndicat professionnel

Délégué syndical. - Désignation. - Conditions. - Existence d'une section syndicale. - Pluralité d'adhérents - Nécessité. - Portée.

3^o Syndicat professionnel

Délégué syndical. - Désignation. - Conditions. - Existence d'une section syndicale. - Pluralité d'adhérents. - Preuve. - Moyens de preuve. - Eléments de preuve susceptibles de permettre l'identification personnelle des adhérents. - Eléments dont seul le juge peut prendre connaissance. - Portée.

1^o L'article 11-IV de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, qui dispose que, jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles dans l'entreprise ou l'établissement, est présumé représentatif à ce niveau tout syndicat affilié à l'une des organisations syndicales de salariés présumées représentatives au niveau national et interprofessionnel à la date de publication de la présente loi, n'a pas prévu qu'il puisse être rapporté une preuve contraire.

Il s'ensuit que ne peut être contestée, pendant la période transitoire prévue par la loi, la représentativité d'un syndicat affilié à l'une des confédérations reconnues représentatives au plan national antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi.

2^o L'article L. 2142-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi du 20 août 2008 et applicable immédiatement, conditionne désormais la création d'une section syndicale à la présence de plusieurs adhérents dans l'entreprise ou l'établissement.

Doit donc être approuvé le tribunal qui décide que le syndicat qui désigne un délégué syndical doit, pour établir la preuve de l'existence ou de la constitution d'une section syndicale, démontrer la présence de plusieurs adhérents dans l'entreprise.

3^o L'adhésion d'un salarié à un syndicat relève de sa vie personnelle et ne peut être divulguée sans son accord ; à défaut d'un tel accord, le syndicat qui entend créer ou démontrer l'existence d'une section syndicale dans une entreprise, alors que sa présence y est contestée, ne peut produire ou être contraint de produire une liste nominative de ses adhérents.

L'article L. 2142-1 du code du travail exigeant, pour la constitution d'une section syndicale, la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, il appartient au syndicat d'apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux

adhérents dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification personnelle des adhérents, dont seul le juge peut prendre connaissance.

Il s'ensuit que doit être censurée la décision qui annule la désignation d'un délégué syndical au motif que le syndicat, pour refuser de communiquer contradictoirement la liste de ses adhérents afin d'établir l'existence d'une section syndicale, n'apporte pas la preuve d'un risque de représailles.

Soc. - 8 juillet 2009.

REJET ET CASSATION PARTIELLE

N° 09-60.011, 09-60.031 et 09-60.032. - TI Roubaix, 2 janvier 2009.

Mme Collomp, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Duplat, P. Av. gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 39, 22 septembre 2009, doctrine, n° 1416, p. 11 à 18, note Bernard Gauriau (« Premières interprétations de la loi "démocratie sociale" par la Cour de cassation - à propos des arrêts du 8 juillet 2009 »). Voir également la revue Droit social, n° 9/10, septembre-octobre 2009, p. 950 à 960, note Marie-Laure Morin (« La loi 2009-789 du 20 août 2008 : premières décisions de la Cour de cassation sur le droit syndical »), avec publication du rapport du conseiller rapporteur, p. 961 à 965, la Revue de droit du travail, n° 9, septembre 2009, Etudes, p. 490 à 498, note Laurence Pécaut-Rivolier et Yves Struillou (« La représentation du personnel dans l'entreprise après la loi du 20 août 2008 »), et le Recueil Dalloz, n° 35, 15 octobre 2009, Etudes et commentaires, p. 2393 à 2396, note Grégoire Loiseau (« Focus sur la vie personnelle du salarié »).

N° I50

Syndicat professionnel

Section syndicale. - Représentant. - Désignation. - Conditions. - Détermination - Portée.

Sauf stipulation contraire de ses statuts, une union de syndicats, à laquelle la loi reconnaît la même capacité civile qu'aux syndicats eux-mêmes, peut exercer les droits conférés à ceux-ci.

En application des articles L. 2142-1 et L. 2142-1-1 du code du travail, une telle union, dont la compétence statutaire nationale et interprofessionnelle couvre l'entreprise et dont les statuts ne lui interdisent pas d'intervenir directement dans une entreprise, qui a constitué une section syndicale dans cette entreprise peut, si elle n'est pas représentative, y désigner un représentant de la section syndicale.

Soc. - 8 juillet 2009

REJET

N° 09-60.012. - TI Poissy, 5 janvier 2009

Mme Collomp, Pt. - Mme Morin, Rap. - M. Duplat, P. Av. gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 39, 22 septembre 2009, doctrine, n° 1416, p. 11 à 18, note Bernard Gauriau (« Premières interprétations de la loi "démocratie sociale" par la Cour de cassation - à propos des arrêts du 8 juillet 2009 »). Voir également la revue Droit social, n° 9/10, septembre-octobre 2009, p. 950 à 960, note Marie-Laure Morin (« La loi 2009-789 du 20 août 2008 : premières décisions de la Cour de cassation sur le droit syndical »).

N° 151

Syndicat professionnel

Section syndicale. - Représentant. - Désignation. - Conditions. - Détermination. - Portée.

La régularité de la désignation d'un représentant de section syndicale ne nécessite pas que le syndicat à l'origine de la désignation remplisse les critères fixés par l'article L. 2121-1 et L. 2122-1 pour la représentativité, il suffit qu'il réunisse, à la date de la désignation, les conditions posées par les articles L. 2142-1 et L. 2142-1-1 du code du travail.

Doit être approuvé le jugement qui valide la désignation d'un représentant de section syndicale, dès lors que le syndicat justifiait de la présence dans l'entreprise, à la date de la désignation, d'au moins deux adhérents et que le champ géographique et professionnel du syndicat couvrait l'entreprise, et que l'employeur, qui a la charge de la preuve, ne contestait pas que le syndicat respectait les valeurs républicaines.

Soc. - 8 juillet 2009.

REJET

N° 08-60.599. - TI Bordeaux, 23 décembre 2008.

Mme Collomp, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 31-35, 28 juillet 2009, Jurisprudence, n° 1364, p. 31 à 33, note Yannick Pagnerre (« Sur les conditions de désignation d'un représentant de section syndicale »). Voir également La Semaine juridique, édition générale, n° 40, 28 septembre 2009, Jurisprudence,

n° 290, p. 28 à 31, note François Duquesne (« Deux adhésions fondent la représentation de la section syndicale »).

N° 152

Travail, réglementation, santé et sécurité

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. - Recours à un expert. - Choix de l'expert. - Abus. - Exclusion. - Cas. - Expert disposant d'un agrément ministériel.

Viola les dispositions des articles L. 4614-12 et R. 4614-6 du code du travail la cour d'appel qui, pour annuler la désignation d'un expert par un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), retient que l'expert choisi ne justifiait d'aucune compétence technique en matière de bâtiment, alors que l'intéressé disposait d'un agrément ministériel dans les domaines de la santé, de la sécurité au travail, de l'organisation du travail et de la production, ce qui excluait tout abus.

Soc. - 8 juillet 2009.

CASSATION SANS RENVOI

N° 08-16.676. - CA Montpellier, 27 mars 2008.

Mme Morin, Pt (f.f.). - Mme Darret-Courgeon, Rap. - M. Allix, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, M^e Odent, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue La Semaine juridique, édition social, n° 41, 6 octobre 2009, Jurisprudence, n° 1456, p. 31-32, note Jean-Benoît Cottin (« L'agrément de l'expert désigné par le CHSCT fait obstacle à une contestation de sa compétence »).

Cours et tribunaux

L'extension des procédures collectives aux « autres personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé » (loi du 26 juillet 2005)

Etude Jurica

Cour de cassation

Service de documentation et d'études

INTRODUCTION

La loi du 26 juillet 2005, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, a étendu l'application des procédures collectives aux « autres personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris celles exerçant une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé », « autres » signifiant la volonté du législateur de laisser à part les autres indépendants que sont les commerçants, artisans et agriculteurs, qui bénéficient d'un régime obligeant parfois au maintien de catégories professionnelles séparées. Si cette extension est le fruit d'une longue évolution de la législation du droit des faillites, elle n'en constitue pas moins une remarquable évolution historique.

En effet, c'est au gré des réformes que le champ d'application des procédures collectives s'est peu à peu élargi à des personnes physiques ou morales qui y échappaient auparavant⁽¹⁾. Ainsi, jusque dans les années 1960, les procédures collectives étaient réservées aux commerçants et aux sociétés commerciales. C'est la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes qui a permis d'appliquer les procédures collectives aux personnes morales de droit privé non commerçantes. Par la suite, la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises a soumis les artisans à ces mêmes procédures. Puis, par une loi du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social, le législateur a de nouveau étendu le champ d'application des procédures collectives aux agriculteurs. Enfin, la loi de sauvegarde des entreprises a permis l'ouverture de ces procédures collectives aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante autre que commerciale, artisanale ou agricole.

Cette dernière extension n'était pas la plus évidente.

Plusieurs raisons expliquent le fait qu'il ait fallu attendre la loi du 26 juillet 2005 pour que les personnes physiques exerçant une profession libérale bénéficient des procédures collectives, rejoignant ainsi les personnes morales de même exercice, telles que les sociétés civiles professionnelles et les sociétés d'exercice libéral⁽²⁾.

En premier lieu, la société reconnaissait à ces professions un certain prestige, qui pouvait expliquer, en partie, leur éloignement du droit des faillites. En outre, ces activités professionnelles indépendantes étaient souvent tenues de respecter des règles qui leurs étaient propres - des règles déontologiques - telles que le secret professionnel, l'indépendance d'exercice ou la confidentialité, ce qui contribuait à les éloigner un peu plus du champ des procédures collectives.

Economiquement non plus, il n'était pas imaginable que ces professions soient soumises à de telles procédures. Souvent, ces activités étaient bien rémunérées, grâce à une clientèle fidèle, régulière et nombreuse. Ceci était d'autant plus vrai que ces professionnels, médecins ou encore avocats, étaient moins nombreux qu'à l'heure actuelle et pouvaient dès lors se partager des parts de marché plus importantes.

Enfin, d'un point de vue juridique, les activités libérales se sont vu appliquer des règles spécifiques tenant à leurs caractères social et humain. Ainsi, pendant longtemps, la jurisprudence considérait la clientèle civile d'avocats ou de médecins comme incessible car hors du commerce juridique. Il n'était pas envisageable de monnayer une relation tissée au fil du temps entre le praticien et ses clients par le biais d'un contrat de cession, qui aurait alors eu pour effet de faire abstraction de ces liens privilégiés en ne leur octroyant qu'une simple dimension économique.

¹ Deen Gibirila, « Redressement et liquidation judiciaires », in *Répertoire du notariat Deffrénois*, n° 3, 15 février 2009, p. 359.

² Philippe Reigne, « L'application aux professions libérales des procédures de prévention et de traitement des difficultés des entreprises », in *Les Petites Affiches*, n° 116, 10 juin 2004, p. 10.

Cependant, toutes ces raisons se sont quelque peu diluées, obligeant le législateur à intervenir.

Par étapes successives, les professions libérales se sont rapprochées d'autres professions, notamment commerciales. C'est ainsi que, par un revirement de jurisprudence en date du 7 novembre 2000⁽³⁾, la Cour de cassation a considéré que la cession de clientèle d'un professionnel libéral était possible, à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient. Ce rapprochement entre deux professions *a priori* opposées révèle à la fois un amoindrissement de l'*intuitu personae*, qui était une caractéristique forte des professions libérales, et manifeste leur ancrage plus profond dans le monde des affaires.

De même, les conditions d'exercice des professions libérales se sont rapprochées de celles des commerçants. C'est ainsi qu'elles peuvent exercer leur activité en société, ou bien encore recourir au salariat. Avec tant de similitudes, il aurait été étonnant de permettre à un commerçant de céder son fond de commerce et d'interdire à un avocat ou à un médecin de céder son fonds libéral⁽⁴⁾.

Enfin et surtout, les professions indépendantes, depuis quelques années, ne sont pas à l'abri de difficultés économiques et financières. Sur un marché de plus en plus concurrentiel, certaines d'entre elles ne parviennent pas à maintenir leur activité. Or, en l'absence de procédures collectives concernant les personnes physiques exerçant ces professions, ces dernières se voyaient appliquer le droit commun des voies d'exécution. C'est pourquoi les professions concernées souhaitaient une modification de la loi leur permettant d'entrer dans le champ d'application et dans le déroulement des procédures collectives.

C'est la loi du 26 juillet 2005 qui répondit à leurs vœux. Le législateur n'a pas choisi de créer une procédure particulière pour ces professions. Au contraire, il semble qu'il ait eu la volonté de les assimiler aux autres professions déjà concernées par les textes, telles que les commerçants, les artisans ou les agriculteurs. Ainsi, les « *personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante* » sont concernées par la procédure amiable de conciliation⁽⁵⁾ et par les procédures de sauvegarde⁽⁶⁾, de redressement judiciaire⁽⁷⁾ ou encore de liquidation judiciaire⁽⁸⁾.

Néanmoins, le législateur n'a pas ignoré les spécificités de certaines activités professionnelles indépendantes. Il a ainsi précisé que la catégorie des personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante comprend « *les professions libérales qui sont soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé* ».

Pour autant, celui-ci n'est pas entré dans toutes les subtilités. C'est donc aux juges qu'incombe la délicate mission de préciser le régime juridique applicable à chaque personne physique visée par les textes, en prenant en considération leurs spécificités. Il est d'ailleurs intéressant de noter que le législateur s'est abstenu de donner une définition de ce qu'il entendait par « *personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante* » ou bien encore de ce qu'était « *une profession libérale* ». Pourtant, certains critères permettent de les distinguer des autres professions, commerciales, agricoles ou artisanales. Néanmoins, ils ne sont pas exclusifs à ces professions ; ils constituent davantage des indices permettant de caractériser une activité libérale. Il est ainsi possible d'avancer l'importance du caractère intellectuel de ces professions, mais aussi leur caractère désintéressé ou bien encore l'organisation en ordre pour certaines d'entre elles⁹. Allant au-delà de ces critères, qui se sont quelque peu effrités avec le temps, le législateur a eu recours à une conception large permettant d'intégrer l'ensemble des personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, et qui ne sont ni commerçants, ni artisans, ni agriculteurs.

Le contentieux concernant ces personnes physiques a donné lieu à quatre-vingts arrêts de cours d'appel mémorisés dans la base informatique Jurica gérée par la Cour de cassation et rendus avant le 1^{er} avril 2009, dont quarante seront retenus pour cette étude, eux-mêmes à l'origine de neuf arrêts de la Cour de cassation et de quatre pourvois en cours d'examen.

Malgré quelques divergences de jurisprudence, l'analyse de ces arrêts permet de préciser les contours de ces procédures collectives appliquées aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante (première partie). La jurisprudence est néanmoins allée plus loin, en adaptant les procédures collectives à la profession exercée par le débiteur (deuxième partie).

I. - Une procédure aux contours précisés par la jurisprudence

Les contours des procédures collectives appliquées aux « *personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante* » ont été peu à peu précisés par la jurisprudence. Des précisions ont en effet été apportées, d'une part, sur les conditions d'ouverture des procédures collectives à leur égard (A) et, d'autre part, sur les modalités d'application de ces procédures aux professions libérales (B).

³ 1^{re} Civ., 7 novembre 2000, *JCP* 2001, II, 10452, note F. Vialla ; *JCP* 2001, éd. E., p. 419, note G. Loiseau ; Y. Mirtin-Guilhaudis et J.-G. Raffray, « La cession des clientèles libérales : une question réglée ? », *JCP* 2003, éd. N. p. 1241 ; *D.* 2001, p. 2400, note Y. Auguet ; *LPA* 2001, n° 118, p. 24, note S. Koleck-Desautel ; 19 novembre 2002 ; *D.* 2003, p. 1590, note S. Mirabail ; Y. Serra, « L'opération de cession de clientèle civile après l'arrêt du 7 novembre 2000 : dorénavant, on fera comme d'habitude », *D.* 2001, p. 2295 ; M.A. Houtmann, « La fin d'un tabou : la cessibilité de la clientèle civile », *LPA* 2002, n° 144, p. 15.

⁴ Sonia Koleck-Desautel, « Réflexion sur la cession des clientèles civiles » (1^{re} Civ., 7 novembre 2000), in *Les Petites Affiches*, n° 118, 14 juin 2001, p. 24.

⁵ Article L. 611-5 du code de commerce.

⁶ Article L. 620-2 du code de commerce.

⁷ Article L. 631-2 du code de commerce.

⁸ Article L. 640-2 du code de commerce.

⁹ Philippe Reigne, « L'application aux professions libérales des procédures de prévention et de traitement des difficultés des entreprises », in *Les Petites Affiches*, n° 116, 10 juin 2004, p. 10.

A. - LES CONDITIONS D'OUVERTURE DES PROCÉDURES COLLECTIVES

1. - La notion de « personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante »

La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a fait entrer dans le champ d'application des procédures collectives « les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ». Cette formulation est reprise aussi bien pour la procédure de sauvegarde que pour les procédures de redressement ou de liquidation judiciaires.

Avec des termes aussi généraux, il semble que le législateur ait eu la volonté de faire entrer dans le droit des entreprises en difficulté un maximum de personnes physiques qui en étaient jusque-là écartées.

Ainsi, il ne fait aucun doute que bénéficient désormais du droit des entreprises en difficulté les médecins, les administrateurs ou mandataires judiciaires, les avocats, les architectes, dès lors qu'ils exercent à titre libéral et individuel, ainsi que les officiers ministériels, c'est-à-dire les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les avoués près les cours d'appel, les notaires, les huissiers de justice⁽¹⁰⁾. Il en va de même des détectives privés ou bien encore des brocanteurs ambulants.

La chambre commerciale de la Cour de cassation, par un arrêt du 27 mai 2008⁽¹¹⁾, a décidé qu'« il résulte des dispositions des articles L. 631-2, L. 640-2 du code de commerce et 190 de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises qu'à compter du 1^{er} janvier 2006, une procédure collective de redressement ou de liquidation judiciaire peut être ouverte à l'encontre d'une personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante dès lors qu'elle est en état de cessation des paiements à la date à laquelle le juge statue, peu important que son passif ait été exigible avant le 1^{er} janvier 2006. Ayant relevé qu'un agent de recherches privées ne contestait pas se trouver dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, c'est à bon droit qu'une cour d'appel ouvre à son égard une procédure de redressement judiciaire ». Le détective privé est donc considéré comme une personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante et, à ce titre, bénéficie du droit des entreprises en difficulté.

De même, dans son arrêt en date du 16 décembre 2008⁽¹²⁾, la chambre commerciale de la Cour de cassation a appliqué le droit des procédures collectives à un brocanteur en état de cessation des paiements.

En revanche, la jurisprudence a exclu certaines personnes du bénéfice des procédures collectives.

Ainsi, le gérant de société à responsabilité limitée ne peut se voir appliquer une procédure collective. En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation, par arrêt du 12 novembre 2008⁽¹³⁾, a décidé que « le gérant majoritaire d'une SARL, qui agit au nom de la société qu'il représente et non en son nom personnel, n'exerce pas une activité professionnelle indépendante au sens de l'article L. 631-2 du code de commerce ». Dans cette même affaire, la cour d'appel de Chambéry⁽¹⁴⁾, dans un arrêt du 18 septembre 2007, avait écarté les arguments de l'URSSAF, créancière et demanderesse, arguments tirés du droit fiscal et du droit social. Sa position, conforme à la théorie de la personnalité morale et de la représentation des sociétés, est entérinée par la Cour de cassation.

Le gérant de SARL ne peut donc être soumis aux procédures du livre VI du code de commerce, et ce, bien que ce gérant relève du régime social des travailleurs indépendants⁽¹⁵⁾. Ainsi, comme le souligne le professeur Le Corre, « le régime social et fiscal de la rémunération du gérant majoritaire n'a aucune incidence sur le champ d'application des procédures du livre VI du code de commerce ». Selon cet auteur, cette solution doit être approuvée. L'URSSAF n'est d'ailleurs pas sans recours, puisqu'elle dispose des voies d'exécution de droit commun pour obtenir le paiements des cotisations sociales dues par le gérant majoritaire⁽¹⁶⁾.

Concernant le gérant d'une EURL, la cour d'appel de Versailles⁽¹⁷⁾, dans un arrêt du 11 septembre 2008, a adopté une motivation semblable à celle utilisée à l'égard du gérant de SARL. Elle estime que « la Caisse RSI Centre ne peut donc prétendre qu'elle agit à l'égard du [débiteur] en sa qualité de personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante ; qu'en effet, l'activité professionnelle est exercée par l'EURL (...); que seule cette dernière est susceptible de faire l'objet d'une procédure collective, en sa qualité de personne morale de droit privé ». Par conséquent, il convient d'infirmier le jugement qui avait ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'encontre du débiteur. Ainsi, les fonctions de gérant semblent être incompatibles avec l'application du droit des faillites.

Toutefois, dans cette jurisprudence à l'unisson, une voix discordante s'est faite entendre. Elle émane de la cour d'appel de Rennes, dans un arrêt en date du 17 décembre 2008⁽¹⁸⁾, qui a considéré que « le gérant majoritaire entre incontestablement dans le champ d'application de [l'article L. 631-2 du code de commerce] (...). En élargissant

¹⁰ Philippe Roussel Galle, « Réforme du droit des entreprises en difficulté. De la théorie à la pratique », Litec professionnels, 2^e édition, p. 20.

¹¹ Com., 27 mai 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 107 (2) (rejet) ; *JPC*, 2008, éd. E, 1870, concl. R. Bonhomme ; *D.* 2008, p. 1616, note A. Lienhard ; *JCP* 2008, éd. E, 2062, n° 1, chron. Ph. Pétel ; *Defrénois* 2009, p. 359, note Gibrilla.

¹² Com., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-18.044, (arrêt n° 1348 F-D).

¹³ Com., 12 novembre 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 191 ; *D.* 2008, p. 2929, obs. Lienhard ; *JCP* 2009, éd. E, 1023, concl. Bonhomme, note Lebel ; *RLDA* 2009, n° 34, note Vallens.

¹⁴ CA Chambéry, 18 septembre 2007, RG n° 07/00135.

¹⁵ De nombreuses cours d'appel ont statué dans le même sens. Il en est ainsi de la cour d'appel de Reims, dans un arrêt du 10 mars 2008, RG n° 07/00648, de la cour d'appel de Bourges, dans un arrêt du 20 mars 2008, RG n° 07/00969, de la cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 10 avril 2008, RG n° 07/08785, de la cour d'appel de Bourges, dans un arrêt en date du 12 juin 2008, RG n° 07/01541, de la cour d'appel d'Orléans, dans un arrêt du 25 septembre 2008, RG n° 08/01338, ou bien encore de la cour d'appel de Besançon, dans un arrêt en date du 22 octobre 2008, RG n° 08/01385.

¹⁶ Pierre-Michel Le Corre, « Le gérant majoritaire de SARL à l'aune de la notion de professionnel indépendant du droit des entreprises en difficulté », in *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} mars 2009, n° 3, p. 278.

¹⁷ CA Versailles, 13^e ch., 11 septembre 2008, RG n° 08/00602.

¹⁸ CA Rennes, 17 décembre 2008, RG n° 07/05767.

le champ des procédures collectives à toutes personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, le législateur a clairement voulu n'exclure que les personnes pouvant se trouver dans un lien de subordination ».

2. - La notion de cessation des paiements

L'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires ne peut s'effectuer que si le débiteur est en état de cessation des paiements.

Ainsi, l'article L. 631-1, alinéa premier, du code de commerce a maintenu la définition de l'article L. 621-1 du code de commerce ancien : « *tout débiteur (...), dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en état de cessation des paiements* ».

La jurisprudence a précisé que le passif exigible pouvait être constitué pour une seule dette. Ainsi, dans un arrêt du 16 décembre 2008, la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que le passif exigible pouvait être constitué par la seule dette de cotisations due à une caisse de régime social des travailleurs indépendants par une personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante⁽¹⁹⁾.

En outre, si le passif exigible est supérieur au montant de l'actif disponible, ne serait-ce qu'en raison d'un « manque de liquidités », l'état de cessation des paiements est caractérisé⁽²⁰⁾.

Une autre question sur la consistance du passif exigible s'est posée, concernant la possibilité, pour une personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, de bénéficier de remises liées aux majorations de retard accordées par les organismes de sécurité sociale.

En effet, l'article L. 243-5 du code de la sécurité sociale prévoit que les créances privilégiées dues par un commerçant, un artisan ou une personne morale de droit privé même non commerçante doivent faire l'objet d'une remise. Il précise qu'« *en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement ou de liquidation judiciaires, les pénalités, majorations de retard et frais de poursuites dus par le redevable à la date du jugement d'ouverture sont remis* ».

Si le texte vise bien les commerçants, artisans ou personnes morales de droit privé même non commerçantes, il ne mentionne pas les « *personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante* », qui peuvent désormais faire l'objet d'une procédure collective.

Aussi, quel sort leur est réservé ?

Il existe une divergence de jurisprudence sur cette question, qui a d'ailleurs fait l'objet d'une question écrite au gouvernement⁽²¹⁾.

La chambre commerciale de la cour d'appel de Chambéry, dans un arrêt du 8 juillet 2008⁽²²⁾, relève qu'une « *contrainte délivrée après le redressement judiciaire pour une créance antérieure au redressement judiciaire du débiteur [en l'espèce, une infirmière] ne pouvait avoir autorité de chose jugée* » à l'égard de la procédure collective, car émise en contravention aux dispositions de l'article L. 622-1 du code de commerce sur l'arrêt des poursuites individuelles. Elle ajoute que « *la remise automatique des majorations de retard et frais de poursuite en cas d'ouverture d'une procédure collective prévue par le dernier alinéa de l'article L. 243-5 du code de la sécurité sociale était générale et bénéficiait au débiteur exerçant une profession libérale* ». La CARPIMKO a formé, contre cet arrêt, un pourvoi⁽²³⁾.

En revanche, dans deux arrêts en date du 12 février 2009⁽²⁴⁾, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, statuant sur un pourvoi formé contre un arrêt rendu par la cour d'appel de Bordeaux en date du 8 février 2008, a relevé que l'arrêt attaqué a justement admis à la liquidation judiciaire d'un médecin libéral les créances de la caisse autonome de retraite des médecins de France, majorations de retard incluses. Elle considère qu'« *après avoir exactement relevé que le premier alinéa de l'article L. 243-5 du code de la sécurité sociale, qui fixe le champ d'application du texte, ne visait que les créances dues par un commerçant, un artisan ou une personne morale de droit privé même non commerçante, la cour d'appel en a déduit à bon droit que les remises prévues par le sixième alinéa du même article ne s'appliquent pas aux créances dues par une personne physique exerçant à titre libéral, le fait que l'article L. 243-5 figure dans la liste des textes du régime général que l'article L. 623-1 du code de la sécurité sociale rend applicable au régime des non-salariés non agricoles n'étant pas de nature à en modifier la portée* ».

Ainsi, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation écarte du bénéfice des remises les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, parce qu'elles ne sont pas mentionnées par le texte. Afin de les en faire bénéficier, une modification de la loi s'avère nécessaire. Une telle modification paraît opportune, parce qu'il existe une différence de traitement entre les professionnels libéraux exerçant en société, bénéficiant de ces dispositions, et les professionnels exerçant de manière indépendante, sans structure sociale, ne pouvant se voir appliquer ces mêmes dispositions.

Par ailleurs, d'un point de vue procédural, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 11 octobre 2007⁽²⁵⁾, a décidé que « *le refus du débiteur [en l'espèce, une avocate] de se soumettre à l'enquête avant dire droit* » ordonnée en application de l'article L. 621-3 du code de commerce et de l'article 52 du décret du 28 décembre 2005,

¹⁹ Com. 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-18.044, arrêt n° 1348 F-D, appliqué à un brocanteur ambulancier.

²⁰ Com. 28 avril 2009, pourvoi n° 08-13.210, arrêt n° 400 F-D, appliqué à un chirurgien-dentiste.

²¹ JO Assemblée nationale du 11 août 2009, 13^e législature, Assemblée nationale, question écrite n° 57301 de M. Prétel Jean-Luc.

²² CA Chambéry, ch. commerciale, 8 juillet 2008, RG n° 08/00471.

²³ Pourvoi enregistré sous le n° 08-70.173, cons. rapp. Mme Bévalat.

²⁴ 2^e Civ., 12 février 2009, pourvoi n° 08-13.459, arrêt n° 257 FS-D, et 2^e Civ., 12 février 2009, pourvoi n° 08-10.470, arrêt n° 256 FS-D, JCP, 2009, éd. social n° 20, 12 mai 2009, 1218, note Tauran.

²⁵ CA Paris, 3^e ch., section B, 11 octobre 2007, RG n° 07/03014.

devenu R. 621-3 du code de commerce, importait peu. En effet, « *en toute hypothèse, il est démontré, eu égard à l'importance du passif exigible et exigé, que l'appelante est en état de cessation des paiements, qu'elle ne démontre pas (...) une possibilité de redressement (...) et a, de surcroît, arrêté son activité libérale* ». Par conséquent, une procédure de liquidation est ouverte à l'encontre du débiteur.

Enfin, selon la Cour de cassation, il importe peu que « *le passif ait été exigible avant le 1^{er} janvier 2006* » en application du droit transitoire régi par l'article 190 de la loi du 26 juillet 2005, dès lors que le débiteur se trouve « *en état de cessation des paiements à la date à laquelle le juge statue* »⁽²⁶⁾.

3. - Un passif provenant d'une activité professionnelle

Afin de se voir appliquer le droit des procédures collectives, il est nécessaire que le passif de la personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante provienne de cette dernière. Or, la cour d'appel de Poitiers, dans un arrêt du 18 novembre 2008⁽²⁷⁾, saisie d'une demande d'ouverture émanant d'un débiteur, agent commercial, a constaté que le passif de ce débiteur était constitué par une dette en sa « *qualité de caution* » ne provenant pas de son activité d'agent commercial, d'une « *dette de nature délictuelle* », conséquence de faits délictueux commis en dehors de son activité d'agent commercial, d'une « *dette d'origine indéterminée* », la date et la nature des factures impayées étant inconnues. Elle en déduit que le débiteur ne justifiait pas que ses dettes proviennent de son activité d'agent commercial sur la période considérée et le déboute donc de sa demande d'ouverture de liquidation judiciaire.

Dès lors que l'ensemble de ces conditions sont satisfaites, une procédure collective peut être ouverte à l'encontre d'une personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante. Pour autant, il existe certaines subtilités dont il faut impérativement tenir compte. En effet, l'application des procédures collectives aux professions libérales se fait selon certaines modalités (B).

B. - LES MODALITÉS D'APPLICATION DES PROCÉDURES COLLECTIVES AUX PROFESSIONS LIBÉRALES

1. - Les modes d'exercice d'une activité professionnelle indépendante

Les conditions d'exercice des professions libérales ont bien évolué depuis quelques années. S'il est vrai que de nombreux professionnels exercent encore à titre individuel, il n'est plus rare que des avocats, des médecins, des notaires se regroupent et constituent une société. Ainsi, l'exercice sociétal est de plus en plus répandu.

Ces conditions d'exercice posent néanmoins quelques difficultés. En effet, au regard de la loi de sauvegarde des entreprises, les cours d'appel ont été confrontés à deux questions.

La première consiste à savoir si les dispositions de la loi du 26 juillet 2005 sont applicables au professionnel libéral qui exerce régulièrement et exclusivement son activité en société. Une réponse positive signifierait qu'il importe peu que le professionnel libéral exerce son activité à titre individuel ou bien sous la forme sociétale. Dès lors, le champ d'application des procédures collectives serait très étendu, et les juges devraient seulement constater que la personne physique « *exerce une activité professionnelle indépendante* », bien qu'appartenant à une société.

Par ailleurs, une seconde question a été débattue en jurisprudence. Il arrive que des professionnels libéraux exercent leurs activités à titre individuel pendant quelques années, puis intègrent une société. Or, aux termes des articles L. 631-5 et L. 640-5 du code de commerce, « *lorsque le débiteur a cessé son activité professionnelle, [l'assignation d'un créancier en ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire] doit intervenir dans le délai d'un an à compter de : (...) 2^o la cessation de l'activité, s'il s'agit d'une personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante* ».

La première difficulté à laquelle ont dû faire face les juges était de savoir si l'arrêt de l'exercice de la profession à titre individuel constituait une cessation d'activité. La seconde difficulté, dont les cours d'appel ont eu à connaître, peut être formulée de la manière suivante : l'avocat exerçant au sein d'une société d'exercice libéral ou d'une société civile professionnelle peut-il être placé personnellement en redressement ou en liquidation judiciaire au titre de dettes contractées lorsqu'il exerçait à titre individuel ?

a) L'exercice d'une activité professionnelle indépendante en société

La cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 20 novembre 2007⁽²⁸⁾, vient préciser que « *l'avocat associé exerçant au sein d'une SELARL n'agit pas en son nom propre mais exerce les fonctions d'avocat au nom de la société* », ainsi que le rappellent les dispositions de l'article 21 du décret n° 93-492 du 25 mars 1993 pris pour l'application à la profession d'avocat de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990. Par conséquent, la cour d'appel décide que « *faute d'exploiter pour son propre compte une entreprise libérale, cet avocat associé unique et gérant de la SELARL ne répond pas aux exigences de l'article L. 640-2 du code de commerce et ne peut, dès*

²⁶ Com 27 mai 2008, pourvoi n° 07-13.131. Un arrêt de la cour d'appel d'Angers, en date du 18 décembre 2007, RG n° 07/00836, affirme qu'« *un avocat ayant cessé son activité le 31 décembre 2005 doit être mis en liquidation judiciaire sur assignation de l'URSSAF délivrée moins d'un an après cette cessation, le 19 décembre 2006, dès lors qu'il est en état de cessation des paiements au jour du jugement. L'état de cessation des paiements est caractérisé par un passif provenant de son ancienne activité professionnelle de 419 000 euros, dont 374 000 euros échus composés de 135 000 euros de dettes bancaires, de 122 336 euros de dettes fiscales et de 64 540 euros de cotisations dues à l'URSSAF. Ce passif exigible est aussi exigé, la transaction conclue avec le fisc étant caduque du fait du non-respect des délais de paiement, le reste du passif étant également exigé. L'actif n'est composé que de l'indemnité de présentation de clientèle de 100 000 euros. Mais il ne reste que 43 027,38 euros à verser par son successeur, outre un complément éventuel de 50 000 euros. Cet actif est insuffisant pour faire face au passif exigible, d'autant qu'il est en partie conditionnel, et objet de difficultés de recouvrement.* »

²⁷ CA Poitiers, 2^e ch. civile, 18 novembre 2008, RG n° 07/03656.

²⁸ CA Paris, 3^e ch., section A, 20 novembre 2007, RG n° 07/03359.

lors, faire l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire ». Il importe peu qu'il soit personnellement obligé, en application de l'article R. 241-2 du code de la sécurité sociale, au paiement de la dette de cotisations réclamé par l'URSSAF.

Ainsi, le professionnel libéral exerçant en société ne peut se voir appliquer le droit des procédures collectives, et ce, quand bien même il s'agirait de dettes dues par ce dernier, et non par la société. Ce professionnel pourrait néanmoins solliciter « *le bénéfice de la procédure de surendettement* » applicable aux particuliers, « *sous réserve que sa situation soit due à des dettes non professionnelles exigibles et à échoir* »⁽²⁹⁾, ce qui ne sera pas le cas le plus fréquent. Il faut aussi noter que le professionnel exerçant en société et celui exerçant de manière indépendante ne sont pas à égalité de traitement. Alors que le premier ne pourra bénéficier ni du droit des entreprises en difficulté ni du droit du surendettement, et qu'il pourra ainsi faire l'objet de poursuites de la part de ses créanciers, le second pourra bénéficier des dispositions protectrices du droit des procédures collectives. Il apparaît ici un déséquilibre entre deux professionnels qui, bien qu'exerçant la même activité, ne sont pas soumis aux mêmes dispositions, en raison du mode d'exercice de leur profession. Il convient enfin de préciser que le droit des entreprises en difficulté continue de s'appliquer à l'organisation sociétale.

D'autres arrêts confirment cette position jurisprudentielle pour la profession d'architecte, ou bien encore de notaire.

C'est ainsi que la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 9 mai 2007⁽³⁰⁾, a décidé qu'« *est irrecevable la demande fondée sur l'article L. 631-2 du code de commerce tendant à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Inscrit au tableau de l'ordre des architectes en qualité d'associé d'une société d'architecture et non en tant que libéral, le statut de l'auteur de cette requête ne lui offre pas le bénéfice de l'ouverture d'une procédure collective* ».

La cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans son arrêt du 17 janvier 2008⁽³¹⁾, va dans le même sens, en estimant que « *l'architecte n'étant inscrit à l'ordre des architectes qu'en qualité d'associé d'une société à responsabilité limitée (...) et le créancier n'apportant pas la preuve de ce que, nonobstant la qualité de salarié, cet architecte aurait exercé sa profession à titre individuel* », ce créancier doit être débouté de sa demande d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre dudit architecte.

Concernant un notaire associé au sein d'une société civile professionnelle, la cour d'appel de Dijon, par un arrêt en date du 26 juin 2008⁽³²⁾, a décidé qu'il résultait du décret n° 67-868 du 2 octobre 1967, décret pris pour l'application à la profession de notaire de la loi du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, et de l'article L. 620-2 du code de commerce que « *le notaire associé au sein d'une SCP n'agit pas en son nom propre, mais exerce les fonctions de notaire au nom de la société* ». Par conséquent, la cour en déduit que cet associé ne peut faire l'objet d'une procédure de sauvegarde.

b) Les conséquences du changement de mode d'exercice d'une activité professionnelle indépendante

La seconde question mérite toute notre attention, parce qu'elle fait l'objet de davantage d'incertitudes. Pour l'instant, seules des cours d'appel ont rendu des arrêts sur la question de savoir si un professionnel libéral, exerçant en société, peut se voir appliquer le droit des procédures collectives au titre des dettes contractées lorsqu'il exerçait à titre individuel.

Les cours d'appel ont adopté des solutions divergentes.

Dans un arrêt en date du 11 mars 2008 de la cour d'appel de Paris⁽³³⁾, un avocat était débiteur de sommes d'argent au titre de son exercice professionnel individuel. Son créancier l'a assigné aux fins d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. La cour d'appel constate que cet avocat, exerçant désormais sa profession au sein d'une SELARL, n'agit pas en son nom propre, mais exerce les fonctions d'avocat au nom de la société, ainsi que le rappellent les dispositions de l'article 21 du décret n° 93-492 du 25 mars 1993, pris pour l'application à la profession d'avocat de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990. Par conséquent, il ne peut faire l'objet d'une procédure collective le visant personnellement, « *faute d'exploiter pour son propre compte une entreprise libérale* ». La cour d'appel précise que l'avocat qui exerçait à titre personnel avant de devenir associé d'une SELARL d'avocats demeure inscrit au tableau de l'ordre des avocats du barreau dont il est membre, de sorte que, cet avocat n'ayant pas cessé son activité professionnelle, « *on ne saurait opposer au créancier poursuivant l'expiration du délai d'un an visé à l'article L. 631-5 du code de commerce* »⁽³⁴⁾.

En revanche, la cour d'appel de Montpellier a adopté une toute autre logique. Par un arrêt en date du 20 mai 2008⁽³⁵⁾, elle a décidé que « *la profession d'avocat est une profession libérale et la personne qui l'exerce, fût-ce dans le cadre d'une SCP, relève des dispositions de l'article L. 620-2 du code de commerce* »⁽³⁶⁾.

Le même raisonnement a été adopté par la cour d'appel de Paris, dans deux arrêts en date du 26 juin 2008 et du 18 septembre 2008⁽³⁷⁾.

Dans le premier arrêt, elle a décidé que la profession d'avocat est une profession libérale et indépendante, dont « *l'exercice au sein d'une SEL n'est qu'une modalité* ». L'avocat « *n'a pas cessé son activité professionnelle*

²⁹ Deen Gibirila, « Sauvegarde des entreprises », in *Répertoire du notariat Defrénois*, 15 juin 2008, n° 11, p. 1229.

³⁰ CA Paris, 3^e ch., section A, 9 mai 2007, RG n° 06-10915.

³¹ CA Aix-en-Provence, 17 janvier 2008, RG n° 07/04778.

³² CA Dijon, ch. civile B, 26 juin 2008, RG n° 07/02012.

³³ CA Paris, 3^e ch., section A, 11 mars 2008, RG n° 07/18826.

³⁴ Cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi enregistré sous le n° 08-15.191, intervention de l'ordre des avocats de Paris, cons. rapp. Mme Vaissette, nommée le 2 mars 2009.

³⁵ CA Montpellier, 20 mai 2008, RG n° 07/05711.

³⁶ Cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi enregistré sous le n° 08-17.670, cons. rapp. Mme Vaissette, nommée le 4 mai 2009.

³⁷ CA Paris, 3^e ch., section B, arrêts en date du 26 juin 2008, RG n° 07/18805, et du 18 septembre 2008, RG n° 07/17034.

lorsqu'il est devenu associé et gérant de la SELARL ». Aussi, il ne peut pas opposer la cessation d'activité depuis plus d'un an régie par les articles L. 631-5 et L. 640-5 du code de commerce. Par conséquent, cet avocat peut faire l'objet d'une procédure collective⁽³⁸⁾.

Dans son second arrêt, la cour d'appel de Paris précise que « la personne physique membre d'une société d'exercice d'une profession libérale peut aussi faire l'objet d'une procédure collective pour ses dettes professionnelles propres », dès lors que la loi de 2005 « ne subordonne pas son application aux personnes physiques exerçant une profession indépendante à la condition qu'elles n'exercent pas en société ».

Selon le professeur Legros⁽³⁹⁾, la cour d'appel de Paris « ne fait plus de différence de traitement entre l'avocat exerçant à titre individuel et celui exerçant au sein d'une société ».

Ainsi, il convient de remarquer que les cours d'appel affirment toutes que le fait d'exercer à titre individuel puis sous forme sociétale ne constitue pas une cessation d'activité. La difficulté centrale qui demeure est la possibilité ou non, pour une personne physique, de pouvoir être placée personnellement en redressement ou en liquidation judiciaires, au titre de dettes contractées lorsqu'elle exerçait à titre individuel.

La même problématique se pose pour d'autres professions, notamment pour l'infirmier libéral⁽⁴⁰⁾, ou bien encore pour les médecins⁽⁴¹⁾. Une autre difficulté se pose concernant l'articulation du droit des entreprises en difficulté avec le droit du surendettement.

2. - L'articulation des procédures collectives avec le droit du surendettement

Le problème de l'articulation des procédures de surendettement des particuliers et des procédures collectives n'est pas nouveau mais se pose de manière renouvelée, compte tenu de l'extension du champ d'application des procédures collectives du code de commerce, par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, aux « personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante ».

Aux termes de l'article L. 333-3 du code de la consommation, « les dispositions du présent titre [intitulé "Traitement des situations de surendettement"] ne s'appliquent pas lorsque le débiteur relève des procédures instituées par les lois n° 84-148 du 1^{er} mars 1984, relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, n° 88-1202 du 30 décembre 1988, relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social, et n° 85-98 du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises ».

Ainsi, il ne peut y avoir à la fois ouverture d'une procédure collective et d'une procédure de surendettement.

La difficulté qui se pose est que les « personnes physiques » visées par la loi peuvent se voir appliquer les deux procédures, soit une procédure collective, soit de surendettement, et ce, en même temps. Or, un choix entre ces procédures s'impose.

Ainsi, dès lors que le droit des procédures collectives a vocation à s'appliquer, notamment à une personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, celle-ci ne peut plus bénéficier de la procédure de surendettement.

Mais *quid* du sort réservé aux dettes personnelles du débiteur ?

La chambre commerciale de la Cour de cassation, par un arrêt du 30 septembre 2008⁽⁴²⁾, a décidé que « toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, relève, à compter du 1^{er} janvier 2006, des procédures collectives de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises aux conditions prévues par cette loi ; il en résulte que cette personne se trouve dès lors exclue des dispositions relatives au traitement des situations de surendettement prévues aux articles L. 330-1 et suivants du code de la consommation ». Deux cours d'appel s'étaient déjà prononcées en ce sens : la cour d'appel de Bordeaux, dans son arrêt du 22 octobre 2007⁽⁴³⁾, et la cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans son arrêt du 10 janvier 2008.⁽⁴⁴⁾

Il se déduit de cette jurisprudence que la législation sur le surendettement ne s'applique pas lorsque le débiteur relève d'une des procédures collectives de la loi du 26 juillet 2005, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant la nature des dettes impayées. La situation du débiteur est appréciée au jour où le juge statue.

³⁸ Cet arrêt fait lui aussi l'objet d'un pourvoi enregistré sous le n° 08-17.144, Cons. rapp. Mme Vaissette, nommée le 2 mars 2009.

³⁹ J.-P. Legros, « Ouverture d'une procédure à l'encontre de l'associé de société exerçant une profession libérale », in revue *Droit des sociétés*, n° 12, décembre 2008, comm. 252.

⁴⁰ CA Aix-en-Provence, 29 mai 2008, RG n° 07-03755. La cour d'appel estime que « La demande du créancier, organisme social, tendant à l'ouverture du redressement judiciaire de la débitrice est recevable dans la mesure où les dispositions de l'article L. 631-5 2° du code de commerce (loi du 26 juillet 2005) ne sont pas en cause, puisque l'assignation en redressement judiciaire a été délivrée alors que la débitrice exerçait bien une activité professionnelle indépendante, la preuve étant rapportée par le créancier effectif de l'activité professionnelle indépendante d'infirmière libérale pendant quatre années consécutives. Dès lors que le créancier justifie d'une créance établie par des contraintes, de tentatives de saisie-attribution sur trois comptes bancaires demeurées vaines en l'absence de fonds disponibles, la débitrice se trouve en état de cessation des paiements. Il convient donc d'ouvrir le redressement judiciaire et une période d'observation de six mois ».

⁴¹ CA Aix-en-Provence, 20 décembre 2007, RG n° 07/07026. Il a ainsi été jugé que « L'activité dont la cessation ouvre le délai d'un an édicté à l'article L. 631-5 du code de commerce est celle qui rendait la personne physique éligible à la procédure de redressement judiciaire. S'agissant d'une profession libérale (en l'espèce, d'un médecin), il s'agit de l'activité exercée à titre individuel, peu important qu'elle soit poursuivie sous la forme d'une société. La cessation de l'activité étant une notion de fait, la preuve peut être rapportée librement et n'est pas subordonnée à la radiation des inscriptions auprès des organismes administratifs et sociaux. Le médecin ayant cessé son activité à titre individuel après apport de sa clientèle, de son droit au bail et du bénéfice de son contrat d'exercice au sein d'une clinique à une société d'exercice libéral, c'est à bon droit que le tribunal a déclaré irrecevable la demande aux fins de redressement judiciaire formée par assignation du 18 juillet 2006, soit plus d'un an après la cessation de l'activité individuelle ».

⁴² Com., 30 septembre 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 163 ; *RD bancaire et financier* novembre 2008, comm. 180, note Piedelièvre ; *JCP* 2008, éd. E, n° 50, 11 déc. 2008, 2492, note Marmoz ; *D.* 2008, p. 2749, chron. Bélaval ; *JCP* 2009, éd. G, I, 114, chron. Pétel.

⁴³ CA Bordeaux, 22 octobre 2007, RG n° 07/01768.

⁴⁴ CA Aix-en-Provence, 10 janvier 2008, RG n° 07/10523.

En revanche, si les conditions d'ouverture d'une des procédures collectives ne sont pas remplies, les articles L. 330-1 et suivants du code de la consommation redeviennent de nouveau applicables.

Ainsi, la cour d'appel de Bordeaux, dans son arrêt en date du 23 mars 2009⁽⁴⁵⁾, considérant que le débiteur, organisateur de séminaires se déclarant travailleurs indépendant, qui demandait l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à son encontre, ne rapportait pas la preuve que les conditions d'ouverture visées à l'article L. 40-1 du code de commerce étaient remplies, et que la création de son entreprise individuelle avait, semble-t-il, pour unique but de profiter du régime des procédures collectives au lieu d'être admis au bénéfice de la procédure de surendettement, a jugé « *que ce procédé [c'est-à-dire l'inscription au registre des entreprises et la déclaration de cessation des paiements pour éluder la loi impérative du surendettement] constitue en réalité une fraude à la loi* ». L'arrêt confirme le jugement déboutant le débiteur de sa demande d'ouverture de liquidation judiciaire.

La jurisprudence a donc précisé peu à peu les contours des procédures collectives applicables aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante. Toutefois, compte tenu de la diversité des professionnels pouvant désormais bénéficier du droit des entreprises en difficulté, il n'était pas envisageable d'appliquer le droit des procédures collectives tel quel. Ainsi, tant le législateur que la jurisprudence ont dû tenir compte de la profession exercée par le débiteur, personne physique, afin d'adapter le mieux possible la procédure collective qui lui était applicable (II).

II. - UNE PROCÉDURE LIÉE À LA PROFESSION DU DÉBITEUR

Le législateur et la jurisprudence ont dû tenir compte de certaines particularités liées à la profession exercée par le débiteur, personne physique. Ainsi, les ordres professionnels, qui organisent certaines professions libérales, interviennent au cours de la procédure collective appliquée à l'un de leurs membres (A). Néanmoins, la jurisprudence applique des traitements différents à des débiteurs qui, certes, n'exercent pas la même profession, mais possèdent certaines similitudes, notamment en ce qui concerne l'appartenance à un ordre professionnel (B).

A. - L'INTERVENTION DES ORDRES PROFESSIONNELS

1. - La qualification d'ordre professionnel ou d'autorité compétente

L'une des difficultés à laquelle les juges ont dû faire face tient à la qualification en ordre professionnel. En effet, la loi de sauvegarde ne contient aucune définition de ce terme. Néanmoins, une circulaire, en date du 16 novembre 2006⁽⁴⁶⁾, dresse une liste de dix-neuf professions réglementées susceptibles de faire l'objet d'une procédure collective et représentées par un ordre. Il s'agit notamment des notaires, ou bien encore des avocats. Toutefois, cette liste n'est pas limitative. Dès lors, il convient de définir ce qu'est un ordre professionnel.

Il est généralement admis que l'ordre professionnel doit être institué par la loi. Il doit s'agir d'une structure dotée de la personnalité juridique et qui regroupe obligatoirement tous les membres de la profession libérale concernée. De plus, l'ordre est investi d'une mission de service public consistant dans la réglementation de la profession et dans la juridiction disciplinaire de ses membres. L'ordre a aussi pour mission de représenter la profession.

Aussi, est-ce qu'un syndicat professionnel satisfait à l'ensemble de ces exigences ?

La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 27 mai 2008⁽⁴⁷⁾, a décidé que « *lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire, le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, après avoir entendu ou appelé l'ordre professionnel auquel ce texte confère la mission de représenter la profession. Ayant relevé que l'Observatoire des détectives de France et la Confédération nationale des enquêteurs et détectives professionnels s'apparentaient à des syndicats professionnels, une cour d'appel a retenu à juste titre que ceux-ci ne peuvent recevoir la qualification d'ordre professionnel et n'avaient donc pas à être appelés* ».

La qualification en ordre professionnel ou autorité compétente est une question fondamentale, compte tenu du rôle joué par ces derniers tout au long de la procédure.

2. - Le rôle de l'ordre ou de l'autorité dans le cadre d'une procédure collective

La loi du 26 juillet 2005 a accordé une place importante à « *l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont, le cas échéant, [le débiteur exerçant une profession libérale réglementée] relève* ».

a) Un rôle actif lors de l'ouverture de la procédure

D'une part, l'ordre ou l'autorité a un rôle actif lors de l'ouverture d'une procédure collective, et notamment lors de l'audition préalable à l'ouverture de celle-ci⁽⁴⁸⁾.

Ainsi, les articles L. 621-1, alinéa 2, du code de commerce, pour la sauvegarde, L. 631-7 du code de commerce, pour le redressement, et L. 641-1 du code de commerce, pour la liquidation judiciaire, prévoient que « *lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, le tribunal statue après avoir entendu ou dûment appelé, dans les mêmes conditions, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève* ».

⁴⁵ CA Bordeaux, 23 mars 2009, RG n° 08/07579.

⁴⁶ Circulaire du 16 novembre 2006, BO ministère de la justice, n° 104.

⁴⁷ Com., 27 mai 2008, Bull. 2008, IV, n° 107(1) ; JCP 2008, éd. E, 1870, concl. Bonhomme ; D. 2008, p. 1116, note Lienhard ; Defrenois 2009, p. 359, note Deen Gibirila ; JCP 2008, éd. G, I, 198, chron. Pétel.

⁴⁸ Sur le rôle actif de l'ordre ou de l'autorité dans la procédure, voir : Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, 4^e édition, 2008, n° 233.21, pour l'audition, n° 612.14, pour le contrôleur, n° 574.25, pour le dessaisissement, n° 471.31, pour la rémunération, n° 583.22, pour les archives ; Vallens, *Lamy Droit commercial* 2008, n° 3546.

Par ailleurs, la loi de sauvegarde octroie à l'ordre ou à l'autorité un rôle de contrôleur, et ce, de plein droit. En effet, les articles L. 621-10 du code de commerce, pour la sauvegarde, L. 631-9 du code de commerce, pour le redressement, L. 641-1 II, alinéa 4, du code de commerce, pour la liquidation judiciaire, prévoient que, parmi les cinq contrôleurs que peut désigner le juge-commissaire, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente est d'office contrôleur, lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé.

b) Un rôle essentiel au cours de la procédure

D'autre part, l'ordre professionnel et l'autorité compétente ont un rôle essentiel dans le déroulement d'une procédure collective.

L'ordre professionnel ou l'autorité compétente assiste « *le mandataire judiciaire dans ses fonctions et le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise. Ils peuvent prendre connaissance de tous les documents transmis à l'administrateur et au mandataire judiciaire (...)* »⁽⁴⁹⁾.

De plus, les propositions des créanciers pour le règlement des dettes lui sont communiquées⁽⁵⁰⁾, et « *elle est consultée sur le bilan économique et social et sur le projet de plan* »⁽⁵¹⁾. Enfin, l'article L. 642-2 IV du code de commerce prévoit que « *le liquidateur ou l'administrateur, lorsqu'il en a été désigné, informe (...) les contrôleurs du contenu des offres reçues. (...) Elles sont notifiées, le cas échéant, à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont le débiteur relève* ».

3. - Les sanctions du non-respect de ces dispositions

a) La sanction du défaut de convocation ou d'audition de l'ordre professionnel ou de l'autorité compétente

Comme le prévoient les articles L. 621-1, alinéa 2, du code de commerce, pour la sauvegarde, l'article L. 631-7 du code de commerce, pour le redressement, et L. 641-1 I du code de commerce, pour la liquidation, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente doit être convoqué ou auditionné préalablement à l'ouverture d'une procédure collective ; toutefois, ces textes ne prévoient aucune sanction en cas de défaut de convocation ou d'audition.

Aussi, la cour d'appel de Toulouse⁽⁵²⁾, dans un arrêt en date du 24 juin 2008, a décidé que « *les dispositions de l'article L. 621, alinéa 2, du code de commerce, concernant la convocation de l'ordre professionnel, ne sont pas prescrites à peine de nullité* ».

De même, la cour d'appel de Versailles⁽⁵³⁾, dans un arrêt du 5 février 2009, a décidé que la convocation ou l'audition de l'ordre professionnel « *n'est pas prévue à peine de nullité de l'assignation, ni du jugement, dès lors que le débiteur n'a pas demandé, avant la clôture des débats de première instance, l'intervention de l'ordre professionnel compétent* ».

b) La sanction du défaut de désignation d'un contrôleur représentant l'ordre

L'ordre professionnel ou l'autorité compétente est d'office désigné contrôleur. Pour autant, là non plus, le législateur n'a pas précisé la sanction qui en découlait en cas de défaut de désignation. La jurisprudence a pallié cette absence en annulant une décision prononçant la conversion de la procédure en liquidation judiciaire.

La cour d'appel de Bordeaux⁽⁵⁴⁾, par arrêt du 27 juin 2007, énonce que « *lors de la conversion en liquidation judiciaire, la désignation d'un représentant du même ordre professionnel s'impose pour des raisons évidentes, tenant à la spécificité de la profession réglementée* ». Aussi, le non-respect de cette obligation « *justifie l'annulation de la décision de liquidation judiciaire* ». Par conséquent, la cour d'appel, estimant que la situation du débiteur n'est pas définitivement compromise, décide d'ouvrir un redressement judiciaire et de renvoyer l'affaire devant le tribunal de commerce, avec notamment obligation de procéder à la désignation d'un contrôleur représentant l'ordre régional des architectes.

Ainsi, les règles applicables aux « *personnes physiques exerçant une profession professionnelle indépendante* » sont différentes selon qu'elles sont dotées d'un ordre professionnel ou d'une autorité compétente. Cependant, à l'intérieur même des professions réglementées et pourvues d'un ordre professionnel ou d'une autorité compétente, la jurisprudence applique des traitements adaptés à la spécificité de ces professions (B).

B. - UN TRAITEMENT ADAPTÉ À LA SPÉCIFICITÉ DE CERTAINES PROFESSIONS

1. - Le tribunal territorialement compétent

Concernant les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, les règles de compétence des tribunaux sont différentes de celles applicables aux commerçants ou aux artisans. En effet, pour ces derniers, c'est le tribunal de commerce qui est compétent, alors que le tribunal de grande instance est seul compétent pour les professionnels libéraux.

Plus précisément, les règles de compétence territoriale sont énoncées aux articles R. 600-1 et R. 662-1 du code de commerce.

⁴⁹ Article L. 621-11 du code de commerce.

⁵⁰ Article L. 626-5 du code de commerce.

⁵¹ Article L. 626-8 du code de commerce.

⁵² CA Toulouse, 2^e ch., section 2, 24 juin 2008, RG n° 07/06512.

⁵³ CA Versailles, 13^e ch., 5 février 2009, RG n° 08/07571.

⁵⁴ CA Bordeaux, 2^e ch., 27 juin 2007, RG n° 07/01485.

Le premier de ces textes prévoit que « (...) le tribunal territorialement compétent pour connaître des procédures prévues par le livre VI de la partie législative du présent code est celui dans le ressort duquel (...) le débiteur, personne physique, a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité (...) ».

Le second texte indique qu'« à moins qu'il n'en soit disposé autrement par le présent livre : 1^o Les règles du code de procédure civile sont applicables dans les matières régies par le livre VI de la partie législative du présent code (...) ». En l'occurrence, l'article 47 du code de procédure civile, prévoyant que « lorsqu'un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie à un litige qui relève de la compétence d'une juridiction dans le ressort de laquelle celui-ci exerce ses fonctions, le demandeur peut saisir une juridiction située dans un ressort limitrophe (...) », serait alors applicable.

Dès lors, l'avocat, personne physique, peut-il demander l'application de l'article 47 du code de procédure civile, et ainsi bénéficier du privilège de juridiction, ou bien faut-il faire prévaloir les règles du code de commerce ?

Dans un arrêt en date du 1^{er} mars 2007, la cour d'appel avait déclaré inapplicable l'article 47, en considérant que « l'article premier du décret n^o 2005-1677 du 28 décembre 2005 [article R. 600-1 du code de commerce], fondant la compétence des tribunaux, primait et dérogeait au "privilège de juridiction" (sic) de l'article 47 du nouveau code de procédure civile ». Elle ajoutait que « ces règles avaient un fondement législatif, ce qui leur conférait une valeur supérieure à celles du nouveau code de procédure civile, qui n'a qu'un caractère réglementaire ».

Cette solution avait été critiquée par le professeur Vallens⁽⁵⁵⁾. Selon lui, « il s'agit de distinguer ce qui est la règle et ce qui est l'exception. (...) Or, l'article 47 du nouveau code de procédure civile, parfois qualifié comme l'a fait l'arrêt de "privilège de juridiction", constituait une telle disposition particulière et pouvait être invoquée contre ou par un avocat ou un auxiliaire de justice assigné devant une juridiction ». Autrement dit, la règle générale est contenue dans l'article R. 600-1 du code de commerce, alors que la règle spéciale est celle de l'article 47 du code de procédure civile, qu'il convient, dès lors, d'appliquer à l'avocat demandant l'application du privilège de juridiction. Cette approche témoigne, d'une part, de la prise en compte par le législateur des spécificités de certaines professions libérales telles que les avocats et, d'autre part, participe au respect du « principe d'équité et d'impartialité », qui a d'ailleurs « une valeur législative indiscutable par l'intégration de l'impartialité dans le code de l'organisation judiciaire ».⁽⁵⁶⁾

Concernant cette affaire, la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 octobre 2008⁽⁵⁷⁾, consacre le droit au renvoi dans un ressort limitrophe. En effet, elle considère que « les règles de compétences territoriale édictées par l'article R. 600-1 du code de commerce ne dérogent pas à l'application des dispositions de l'article 47 du code de procédure civile. Viole en conséquence les articles 47 du code de procédure civile, R. 600-1 et R. 662-1 du code de commerce la cour d'appel qui, saisie d'une assignation en liquidation judiciaire contre une avocate, refuse de faire droit à sa demande de renvoi de l'affaire devant une juridiction située dans un ressort limitrophe de celui dans lequel est située la juridiction où elle exerce ses fonctions ».

Cette solution, qui accorde le bénéfice du « privilège de juridiction » aux auxiliaires de justice, et notamment aux avocats, s'impose pour deux motifs.

Le premier est tiré de l'article R. 662-1 du code de commerce, qui prescrit l'application des règles du code de procédure civile dans les matières régies par le livre VI du présent code, « à moins qu'il en soit disposé autrement par le présent livre ». Or, l'article R. 600-1 du code de commerce, énonçant une règle de compétence territoriale générale, ne déroge pas aux dispositions de l'article 47 du code de procédure. Celui-ci constitue un texte spécifique, notamment applicable « aux auxiliaires de justice » que sont les avocats. Cette solution révèle aussi que les juges de la Cour suprême prennent en considération les spécificités de la profession exercée par le débiteur, personne physique, soumis à une procédure collective, en permettant à un avocat de bénéficier du privilège de juridiction de l'article 47 du code de procédure civile.

Le second argument à l'appui de cette décision est qu'elle permet de respecter le principe d'impartialité d'un tribunal, garantie prévue à l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ainsi, l'avocat, en raison des spécificités liées à sa profession, peut choisir un tribunal limitrophe comme le prévoit le code de procédure civile, qui vise notamment les auxiliaires de justice. En revanche, cette solution ne peut être étendue à d'autres professions libérales, même pourvu d'un ordre professionnel, puisqu'elles n'entrent pas dans le champ d'application du texte.

2. - Le relevé de forclusion en cas d'omission volontaire du débiteur

Selon l'article L. 622-6 du code de commerce, le débiteur est tenu de « remettre à l'administrateur et au mandataire judiciaire la liste de ses créanciers, le montant de ses dettes et des principaux contrats en cours (...) ».

Grâce à cette liste, les créanciers sont en principe prévenus d'avoir à déclarer leurs créances à la procédure. S'ils ne l'ont pas fait, ils ont la possibilité d'être relevés de leur forclusion par le juge-commissaire. Ils doivent alors établir que « leur défaillance n'est pas due à leur fait ou qu'elle est due à une omission volontaire du débiteur lors de l'établissement de la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-6 (...) ».

Il convient de s'interroger sur la notion d'« omission volontaire du débiteur ». Qu'en est-il lorsque le débiteur à la procédure est un avocat et que ce dernier ne transmet pas la liste de ses créanciers ?

⁵⁵ Jean-Luc Vallens, « Un avocat en redressement judiciaire doit pouvoir bénéficier de la délocalisation prévue par le nouveau code de procédure civile », in *Recueil Dalloz* 2007, p. 1702.

⁵⁶ Article L. 111-5 du code de l'organisation judiciaire.

⁵⁷ Com., 28 oct. 2008, *Bull.* 2008, IV, n^o 177 ; D. 2008, AJ, p. 2791, obs. A. Linehard ; *Procédures*, 2009, comm. 20, note Croze ; *JCP* 2009, éd. G, I, 114, chron. Pétel.

La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 23 septembre 2008⁽⁵⁸⁾, a relevé la Caisse nationale des barreaux français de la forclusion encourue à la suite de la tardiveté de sa déclaration de créance, après avoir énoncé dans ses motifs que ce créancier a, dans le délai légal, exercé une action en relevé de forclusion de sa créance et que le débiteur, « *exerçant la profession d'avocat, ne pouvait ignorer qu'il était tenu de transmettre la liste de ses créanciers à l'organe de la procédure collective dans les huit jours du jugement d'ouverture* », le caractère délibéré de son omission étant suffisamment attesté par une affirmation dans ses conclusions.

Là encore, la procédure collective appliquée au débiteur s'adapte à la profession qu'il exerce. En effet, cette solution paraît juste en ce qui concerne un avocat, dont la profession repose sur ses connaissances en droit. En revanche, une telle solution ne semble pas pouvoir s'étendre à d'autres professionnels libéraux tels que des médecins, qui ne possèdent pas de connaissances particulières dans le domaine juridique.

3. - Les sanctions encourues par le débiteur personne physique

Les sanctions du droit des procédures collectives sont prévues au titre V du livre VI du code de commerce, intitulé « *Des responsabilités et des sanctions* ». Elles relèvent de trois catégories : les sanctions patrimoniales, les sanctions professionnelles ou personnelles et, enfin, les sanctions pénales. Les sanctions personnelles seront développées de manière plus approfondie.

a) Les sanctions patrimoniales

Selon l'article L. 651-1 du code de commerce, les sanctions patrimoniales « *sont applicables aux dirigeants d'une personne morale de droit privé soumise à une procédure collective, ainsi qu'aux personnes physiques représentants permanents de ces dirigeants personnes morales* ».

À la lecture de ce texte, il apparaît que les débiteurs personnes physiques exerçant une activité libérale ne sont pas concernés par ces sanctions patrimoniales. De plus, l'ordonnance du 18 décembre 2008 supprime l'obligation aux dettes sociales et fait de la responsabilité pour insuffisance d'actifs l'unique sanction patrimoniale.

b) Les sanctions pénales

Contrairement aux sanctions patrimoniales, les sanctions pénales s'appliquent « *à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé* ».⁽⁵⁹⁾

c) Les sanctions personnelles

Selon l'article L. 653-1 I du code de commerce, les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, peuvent se voir appliquer des sanctions personnelles, dès lors qu'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte.

Néanmoins, l'article précise, en son dernier alinéa du I, que ces dispositions « *ne sont pas applicables aux personnes physiques ou dirigeants de personne morale, exerçant une activité professionnelle indépendante et, à ce titre, soumises à des règles disciplinaires* ».

A priori, il semble que le législateur ait voulu scinder la catégorie des personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante en distinguant, d'une part, celles qui disposent d'un ordre ou d'une autorité doté d'un pouvoir disciplinaire, d'autre part, celles qui sont dépourvues de tels organes. Ainsi, dans la première catégorie, l'existence d'un ordre ou d'une autorité empêcherait que soit prononcée une sanction personnelle à l'égard du débiteur ; toutefois, celui-ci ne resterait pas impuni, puisque des sanctions disciplinaires pourraient être prises à son encontre. Dans la seconde catégorie, les personnes physiques seraient soumises aux sanctions professionnelles prévues par le droit des procédures collectives.

Mais la jurisprudence ne semble pas avoir retenu ce découpage. Elle s'attache avant tout à la profession exercée par le débiteur.

Ainsi, la cour d'appel de Paris, en réponse au pharmacien débiteur qui prétendait que les dispositions des articles L. 653-1 à L. 653-11 du code de commerce, relatifs à la faillite personnelle et aux autres mesures d'interdiction, ne sont pas applicables aux pharmaciens, soumis à des règles disciplinaires, a décidé, par arrêt du 23 septembre 2008⁽⁶⁰⁾, que « *contrairement aux médecins ou aux avocats, qui exercent une activité libérale indépendante, les pharmaciens sont des commerçants inscrits au registre du commerce et passibles de sanctions personnelles* ». Puisque le pharmacien n'exerce pas une activité professionnelle indépendante, il ne peut pas se prévaloir de l'exception mentionnée à l'article L. 653-1 I, dernier alinéa, mentionné ci-dessus. La cour d'appel procède à une interprétation stricte des personnes non passibles de la faillite personnelle et des autres mesures d'interdiction.

Cette jurisprudence suscite une nouvelle interrogation, en raison de l'appartenance des pharmaciens à un ordre professionnel. Peuvent-ils être sanctionnés disciplinairement alors qu'ils ont déjà fait l'objet d'une sanction personnelle ? Le professeur Reigné estimait que « *la faute sanctionnée par la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer ne se confond pas, en effet, avec la faute disciplinaire ou déontologique. Il faut cependant reconnaître*

⁵⁸ CA Paris, 3^e ch., section A, 23 septembre 2008, RG n° 08/00645.

⁵⁹ Article L. 654-1 du code de commerce.

⁶⁰ CA Paris, 3^e ch., section A, 23 septembre 2008, RG n° 07/21713.

que la coexistence des sanctions disciplinaires, d'une part, et de la faillite personnelle et de l'interdiction de gérer, d'autre part, serait sans doute difficile »⁽⁶¹⁾. Il existe néanmoins une inégalité de traitement entre des professions qui sont pourtant pourvues d'ordre professionnel.

CONCLUSION

Au-delà des apports ponctuels ci-dessus énoncés, la catégorie « ouverte » des « autres personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé » étant en cours de délimitation par la Cour de cassation, et la participation des ordres professionnels ou des autorités compétentes aux divers stades de la procédure étant variable selon les professions et les cours d'appel, les années à venir, avec le concours de la base informatique *Jurica*, permettront de mieux apprécier la portée de l'extension des procédures collectives à cette nouvelle catégorie de personnes.

⁶¹ Philippe Reigne, « L'application aux professions libérales des procédures de prévention et de traitement des difficultés des entreprises », in *Les Petites Affiches*, n° 116, 10 juin 2004, p. 10.

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 librairie de la Documentation française, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **130,50 €²**
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an
(référence d'édition 97) : **24,40 €²**
- Abonnement annuel D.O.M.-T.O.M. : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon
la zone de destination, tarif sur demande

Société :

Civilité - Nom - Prénom :

Complément de nom :

Adresse :

Complément d'adresse :

Code postal :

Ville :

Téléphone : Télécopie :

Adresse électronique :

Numéro d'abonné (si déjà abonné à une autre édition) :

Numéro de payeur :

Date : Signature :

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

¹ Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

² Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2010, frais de port inclus.

191107150-000110



Imprimerie de la Direction de l'information
légale et administrative, 26, rue Desaix,
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de
chambre à la Cour de cassation, directeur du service
de documentation et d'études : Jacques Mouton

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

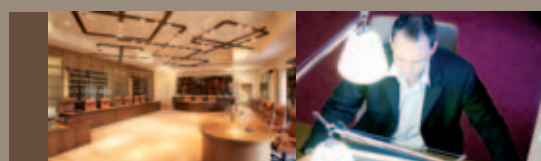
l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, 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.



Prix : 7,70 €
ISSN 0992-6623



**Direction de l'information
légale et administrative**
accueil commercial :
01 40 15 70 10
commande :
Administration des ventes
124, rue Henri-Barbusse
93308 Aubervilliers Cedex
télécopie : 01 40 15 68 00
ladocumentationfrancaise.fr