

CIV.3

JT

COUR DE CASSATION

Audience publique du 23 novembre 2017

Irrecevabilité et Rejet

M. CHAUVIN, président

Arrêt n° 1189 F-D

Pourvois n° Y 16-21.889
et B 16-23.479 JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

I - Statuant sur le pourvoi n° Y 16-21.889 formé par :

1°/ la société Mahabharat, société à responsabilité limitée, dont le siège est [...]

2°/ M. A... Y... ,

3°/ Mme Yasmine X... épouse Y...,

domiciliés [...]

contre un arrêt rendu le 7 juin 2016 par la cour d'appel de Reims (chambre civile, 1^{re} section), dans le litige les opposant :

1°/ à M. Thierry Z..., domicilié [...],

2°/ à M. Moïse B..., domicilié [...],

défendeurs à la cassation ;

Il - Statuant sur le pourvoi n° B 16-23.479 formé par M. Thierry Z..., contre le même arrêt rendu, dans le litige l'opposant :

1°/ à M. Moïse B...,

2°/ à M. A... Y...,

3°/ à Mme Yasmine X... épouse Y...,

4°/ à la société Mahabharat, société à responsabilité limitée,

défendeurs à la cassation ;

Sur le pourvoi n° B 16-23.479 :

M. B... a formé, par un mémoire déposé au greffe, un pourvoi incident éventuel contre le même arrêt ;

M. Z..., demandeur au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Le demandeur au pourvoi incident éventuel invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation également annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 17 octobre 2017, où étaient présents : M. Chauvin, président, Mme C..., conseiller rapporteur, Mme Masson-Daum, conseiller doyen, Mme Berdeaux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme C..., conseiller, les observations de la SCP Boulloche, avocat de M. Z..., de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de la société Mahabharat et de M. et Mme Y..., de la SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, avocat de M. B..., et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Reims, 7 juin 2016), que, le 13 avril 2001, M. Z... a donné à bail à M. et Mme Y..., auxquels s'est substituée la société Mahabharat, des locaux commerciaux à usage de "vente au public de produits alimentaires, dont épices, thés, vins, bières et articles de souvenirs en provenance des Indes" ; que, le 5 juin 2001, M. B... s'est porté caution des engagements des preneurs ; que, le 3 septembre 2009, la société locataire a assigné le bailleur en suspension du paiement des loyers depuis l'origine du bail et en restitution de ceux versés ; que, le 8 janvier 2010, M. Z... a assigné M. et Mme Y... en paiement des loyers et des charges et, le 17 mars 2010, M. B... ;

Sur la recevabilité du pourvoi n° Y 16-21.889, contestée par la défense :

Attendu, d'une part, que M. et Mme Y... sont sans intérêt à la cassation d'un arrêt qui n'a prononcé aucune condamnation à leur encontre ;

Attendu, d'autre part, qu'il résulte des procès-verbaux d'huissier de justice des 18, 20 juillet 2017 et 19, 22 août 2017 et

d'un jugement rendu le 2 novembre 2016 par le juge de l'exécution que, le 5 août 2016, date de sa déclaration de pourvoi, la société Mahabharat n'occupait plus les lieux qu'elle a pourtant désignés comme constituant son siège et que cette irrégularité, qui nuit à l'exécution de l'arrêt, cause un grief à M. Z... ;

D'où il suit que le pourvoi est irrecevable ;

Sur le pourvoi n° B 16-23.479 :

Sur le deuxième moyen, ci-après annexé :

Attendu que M. Z... fait grief à l'arrêt de limiter la condamnation de la société Mahabharat à son profit à la somme de 172 560,80 euros au titre des loyers arrêtés au 15 avril 2015 avec intérêts au taux de 1 % par trimestre dû ;

Mais attendu qu'ayant relevé que, le 14 mars 2005, M. Z... avait délivré à la société locataire un commandement de payer des loyers et n'avait demandé que cinq ans plus tard sa condamnation à lui payer une provision sur les loyers qu'elle avait obtenue le 28 juin 2010, la cour d'appel a pu en déduire que l'application d'un taux d'intérêt de 3 % par trimestre était excessif et a souverainement fixé le montant de la réduction de la clause pénale ;

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

Sur le troisième moyen, pris en ses trois premières branches, ci-après annexé :

Attendu que M. Z... fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande tendant à la condamnation de M. et Mme Y... à garantir la société Mahabharat ;

Mais attendu qu'ayant retenu, par motifs propres et adoptés, que la faute détachable des fonctions de gérant, au sens de l'article L. 223-22 du code de commerce, est une faute d'une particulière gravité et incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales, que M. Z... ne démontrait pas que M. Y... ait commis des fautes de gestion détachables de ses fonctions de gérant, qu'une exploitation déficitaire de la société Mahabharat ne caractérisait pas une faute détachable permettant de retenir la responsabilité de M. Y... et que la qualité de gérant de fait de Mme Y... n'était pas établie, la cour d'appel, qui n'avait pas à suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a légalement justifié sa décision ;

Sur le quatrième moyen, ci-après annexé :

Attendu que M. Z... fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes dirigées contre la caution ;

Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que le fait de laisser courir la dette au-delà de la date d'effet du commandement de payer du 14 mars 2005 jusqu'à la fin du bail au 14 avril 2010 et de la laisser augmenter au prétexte de la présence d'une caution valable et solvable, sans ignorer l'état d'impécuniosité de la société locataire, constituait un défaut de diligence dans le recouvrement de la dette locative, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre le bailleur dans le détail de son argumentation ni de répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes, a pu en déduire que M. Z... avait commis une faute justifiant le rejet de ses demandes ;

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

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les autres griefs du pourvoi n° B 16-21.889 qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y a lieu de statuer sur le pourvoi incident éventuel :

DÉCLARE le pourvoi n° Y 16-21.889 irrecevable ;

REJETTE le pourvoi n° B 16-23.479 ;

Laisse à chacun des demandeurs la charge des dépens afférents à son pourvoi ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-trois novembre deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Boulloche, avocat aux Conseils, pour M. Z..., demandeur au pourvoi principal n° B 16-23.479

Le premier moyen de cassation fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté M. Thierry Z... de ses demandes en dommages-intérêts dirigées contre la société Mahabharat,

Aux motifs que « sur les demandes de dommages et intérêts de Monsieur Z...

· pour procédure abusive

Monsieur Z... ne démontre pas qu'en concluant en défense alors qu'au surplus, le premier juge avait accueilli la société Mahabharat en la majeure partie de ses demandes, cette dernière ait fait dégénérer son droit de se défendre en abus ;
(
)

· Pour le temps perdu

Monsieur Z... sollicite l'indemnisation du temps perdu. En l'absence de justificatifs du préjudice allégué, Monsieur Z... sera débouté de sa demande ;

· Pour la perte de valeur des lieux

Monsieur Z... ne justifie pas de la perte de la valeur des lieux loués. Il sera débouté de cette demande.

· Pour le préjudice moral

Monsieur Z... ne justifie pas de l'existence d'un préjudice moral et sera débouté de cette demande » (arrêt p. 14) ;

Alors que, d'une part, le juge doit se prononcer sur tout ce qui lui est demandé ; que M. Z... a soutenu, dans ses conclusions d'appel (p.25 in fine et s.), que c'était l'ensemble de la procédure initiée par la société Mahabharat qui témoignait d'une procédure abusive ; qu'en se bornant, pour écarter ce moyen, à considérer qu'il n'était pas démontré qu'en concluant en défense - alors qu'au surplus, le premier juge avait accueilli la société Mahabharat en la majeure partie de ses demandes - cette dernière ait fait dégénérer son droit de se défendre en abus, limitant ainsi le moyen tiré de la procédure abusive à la procédure d'appel, la cour d'appel a dénaturé les termes du litige et violé les articles 4 et 5 du code de procédure civile ;

Alors que, d'autre part, la cour d'appel a constaté que la société Mahabharat, qui avait initié la procédure en arguant d'une non-conformité des locaux loués à l'activité prévue au bail, soit la vente de produits alimentaires périssables, n'avait jamais exercé cette activité ; qu'elle a retenu d'autre part que les locaux loués étaient parfaitement conformes à l'activité prévue au bail et que celui-ci ne permettait pas la vente de produits alimentaires périssables ; qu'en considérant cependant que la société Mahabharat n'avait pas fait dégénérer son droit d'agir en justice en abus, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé l'article 1382 du code civil (dans sa version applicable à l'espèce) ;

Alors qu'en troisième lieu, l'abus du droit d'agir en justice peut être caractérisé même si les prétentions de la partie demanderesse à l'action ont été accueillies en première instance ; que comme l'a fait valoir M. Z... dans ses conclusions d'appel (p. 23 et suiv.), l'instance a en l'espèce été engagée par la société Mahabharat pour empêcher sa mise en liquidation judiciaire et le contraindre à conclure un accord déloyal tendant à l'abandon des loyers dus en arguant, à tort, d'une impossibilité d'exploiter les lieux loués conformément à leur destination ; que la cour d'appel a reconnu le

caractère infondé des prétentions de la société Mahabharat qui a attendu 2008 avant d'invoquer, à tort, une impossibilité d'exploiter les lieux loués conformément à leur destination ; qu'en déboutant M. Z... de sa demande tendant à sanctionner l'abus du droit d'agir en justice de la société Mahabharat aux seuls motifs qu'il ne démontrait pas qu'en concluant en défense - alors qu'au surplus, le premier juge avait accueilli la société Mahabharat en la majeure partie de ses demandes -, cette dernière ait fait dégénérer son droit de se défendre en abus, la cour d'appel a entaché sa décision d'une insuffisance de motifs et violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Alors que, en outre, le juge ne peut refuser de réparer un préjudice dont il constate l'existence ; qu'au regard du comportement dilatoire et abusif de la société Mahabharat, M. Z... a sollicité des dommages-intérêts pour réparer le préjudice résultant du temps passé à contrecarrer ses prétentions ; qu'en écartant cette demande aux motifs que M. Z... ne fournissait pas de justificatifs pour le préjudice allégué, quand celui-ci résultait nécessairement du temps consacré à défendre aux actions de la société Mahabharat, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations au regard de l'article 1382 du code civil ;

Alors qu'enfin, M. Z... a, dans ses conclusions d'appel (p.27 § 6.2, & p.33, § 6.3.4), soutenu qu'il était la cible depuis près de huit ans des attaques mensongères et diffamatoires de la société Mahabharat, ce qui lui causait un préjudice moral indéniable ; qu'en se bornant à affirmer que M. Z... ne justifiait pas de l'existence d'un préjudice moral sans répondre à ses conclusions d'appel sur ce point, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

Le deuxième moyen de cassation fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir limité la condamnation de la société Mahabharat au profit de M. Thierry Z... à la somme de 172 560,80 € au titre des loyers arrêtés au 15 avril 2015, outre intérêts au taux de 1 % par trimestre dû,

Aux motifs que « Monsieur Z... sollicite la condamnation de la société Mahabharat à lui payer les sommes suivantes :

- loyers du 15 octobre 2007 au 15 avril 2015 180 717,31 euros,
- provision sur charges 6 859,91 euros,
- à déduire somme versée par la caution - 31 479,00 euros,

Outre intérêts de 3 % à partir de la date d'exigibilité contractuelle de chaque échéance du bail ;

qu'il demande à la cour, dans l'hypothèse où il serait condamné à rembourser la caution des sommes payées, de condamner la société Mahabharat à lui verser le montant du remboursement ;

que la société Mahabharat sera condamnée à payer à M. Z..., au titre des loyers et charges arrêtés au 15 avril 2015, la somme de 180 717,31 euros par ailleurs non contestée par la locataire à l'exception des charges qui ne sont pas justifiées et sous déduction de la somme versée par la caution à hauteur de 8 156,49 euros, soit la somme de 172 560,82 euros ;

qu'aux termes du contrat de bail il est mentionné au « titre XI clause pénale-clause résolutoire » qu'en cas de retard de paiement du loyer ou de toute autre somme, et à titre de clause pénale, les sommes impayées emporteront de plein droit intérêts au taux de 3 % par trimestre ;

qu'en application de l'article 1152 du code civil, le juge peut d'office modérer la clause pénale si elle est manifestement excessive ; il doit se placer au jour où il statue ;

qu'en l'espèce, ce n'est que cinq ans après avoir fait délivrer un commandement de payer visant la clause résolutoire insérée au bail, que M. Z... a obtenu par ordonnance du juge de la mise en état du 28 juin 2010 la condamnation de la société Mahabharat à lui verser une provision sur les loyers dus ;

qu'ainsi, il apparaît que l'application d'un taux d'intérêt de 3 % par trimestre dû apparaît excessif ; que la cour réduira dès lors le taux d'intérêt à 1 % par trimestre » (arrêt p. 14 & 15) ;

Alors que le juge qui décide de modérer une clause pénale doit justifier sa décision par des motifs pertinents de nature à établir le caractère exorbitant de la somme fixée par rapport au préjudice subi ; qu'en l'espèce, pour modérer la clause pénale tendant à assortir le défaut de paiement du loyer d'un intérêt au taux contractuel de 3 %, la cour d'appel s'est fondée sur le fait que ce n'est que cinq ans après avoir fait délivrer un commandement de payer visant la clause résolutoire insérée au bail que M. Z... a obtenu, par ordonnance du juge de la mise en état du 28 juin 2010, la condamnation de la société Mahabharat à lui verser une provision sur les loyers dus ; que la cour d'appel a ainsi statué par des motifs inopérants et erronés, privant sa décision de base légale au regard de l'article 1152 du code civil.

Le troisième moyen de cassation fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté M. Z... de ses demandes tendant à la condamnation des époux Y... à garantir la société Mahabharat du montant des condamnations prononcées à son encontre,

Aux motifs que « ainsi que l'a justement considéré le premier juge, la demande en garantie présentée par M. Z... à l'encontre des époux Y... au titre des condamnations prononcées à l'encontre de la société Mahabharat constitue une action en responsabilité fondée sur l'article L 223-22 du code civil ;
Qu'or, M. Z... ne justifie pas plus en cause d'appel qu'en première instance que M. Y..., gérant ait commis des fautes de gestion détachables de ses fonctions de gérant et que Mme Y... pourrait être qualifiée de gérante de fait ;
que le jugement entrepris sera dès lors confirmé en ce qu'il a débouté M. Z... de ses demandes de condamnation au paiement » (arrêt p. 13 & 14) ;

Et aux motifs, adoptés du jugement, que « Monsieur Z... exerce un appel en garantie contre les époux Y... au titre des condamnations prononcées contre la Sarl Mahabharat ; qu'outre le fait que cette action est improprement qualifiée d'appel en garantie car c'est une condamnation solidaire qui est recherchée, et que cette action ne peut être exercée contre Mme Y... à défaut de démontrer sa gérance de fait, Monsieur Z... est intégralement défaillant dans sa démonstration d'une faute détachable imputable au gérant envers les tiers ;
qu'en effet, l'article L.223-22 du Code civil et sa jurisprudence soumettent la recherche de la responsabilité personnelle des dirigeants à la preuve qu'ils ont commis une faute détachable de leur fonction qui doit être entendue au sens strict, c'est-à-dire d'une gravité particulière et incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales ;
qu'une exploitation déficitaire de la Sarl Mahabharat ne constitue pas nécessairement un état de cessation des paiements qui n'a d'ailleurs pas été constaté par le jugement du tribunal de commerce de Paris du 18 avril 2010 et l'arrêt confirmatif du 10 février 2011 ; et caractérise encore moins la faute détachable qui permettait de retenir la responsabilité de Monsieur Y... » (jug. p. 16) ;

Alors que, d'une part, le gérant qui commet une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales engage sa responsabilité personnelle vis-à-vis des tiers ; que dans ses conclusions d'appel (p. 42 & 43), M. Z... a soutenu que constituait notamment une telle faute le fait pour un gérant de droit de cesser volontairement toute exploitation de la société tout en se maintenant dans les lieux loués, en refusant de restituer les locaux et en s'abstenant de payer les loyers ; qu'en déboutant M. Z... de son action en responsabilité dirigée contre M. Y... aux motifs qu'il ne démontrait pas que ce dernier, gérant, ait commis des fautes de gestion détachables de ses fonctions de gérant, sans rechercher si le fait pour un gérant de cesser toute exploitation de la société, sans raison valable imputable à l'état des locaux loués, en s'y maintenant, en refusant de libérer les locaux et de payer les loyers, ne constituait pas une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions de gérant, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 223-22 du code de commerce ;

Alors que, d'autre part, le gérant qui commet une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales engage sa responsabilité personnelle vis-à-vis des tiers ; que tel est le cas de faits susceptibles de constituer une infraction pénale ; qu'en s'abstenant de rechercher en l'espèce, ainsi qu'elle y était invitée (concl. p. 43), si le fait d'intenter une action aux seules fins de paralyser l'ouverture d'une procédure collective et de contraindre le bailleur à accepter une transaction pour organiser son départ des lieux loués, ne constituait pas de la part du gérant de la société locataire des manoeuvres constitutives d'une escroquerie, faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales et engageant la responsabilité personnelle du gérant, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 223-22 du code de commerce ;

Alors que, par ailleurs, le gérant qui commet une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales engage sa responsabilité personnelle vis-à-vis des tiers ; qu'en s'abstenant de rechercher en l'espèce, ainsi qu'elle y était invitée, si le fait pour le gérant d'engager une action tendant à la mise en conformité des locaux loués avec une activité qui n'avait jamais été exercée et qui n'avait pas été prévue au bail, ce qu'il n'ignorait pas, ne constituait pas une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales et engageant sa responsabilité personnelle, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 223-22 du code de commerce ;

Alors qu'en outre, M. Z... a rappelé dans ses conclusions d'appel (p. 41) les nombreux éléments de nature à démontrer que Mme Y... avait exercé une activité de gérante de fait qui justifiait l'engagement personnel de sa responsabilité aux côtés de son époux, gérant de droit ; qu'en déboutant M. Z... de ses demandes dirigées contre Mme Y... en qualité de gérante de fait, au motif qu'il ne justifiait pas plus en cause d'appel qu'en première instance qu'elle puisse être qualifiée de gérante de fait, sans répondre aux conclusions d'appel de M. Z... sur ce point, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Alors qu'en toute hypothèse, M. Z... a soutenu que la condamnation personnelle de M. Y... était en outre justifiée dès lors que celui-ci s'était engagé personnellement à régler les dettes de la société (concl. p. 46) ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen déterminant des conclusions d'appel, la cour a violé l'article 455 du code de procédure civile.

Le quatrième moyen de cassation fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté M. Z... de ses demandes dirigées contre la caution M. B... ,

Aux motifs que « l'acte de cautionnement dont la validité n'est plus remise en cause à hauteur d'appel n'a pas cessé le 15 avril 2005 par l'effet de la clause résolutoire mentionnée dans le commandement de payer du 14 mars 2005 puisque M. Z... n'a jamais sollicité en justice le jeu de cette clause ; que s'il est incontestable que M. Z... disposait du choix de ses procédures et n'avait pas à privilégier les intérêts de la caution au détriment de son propre intérêt et disposait du choix de ne pas faire jouer la clause résolutoire, il est établi qu'en laissant courir la dette au-delà de la date d'effet du commandement du 14 mars 2005 pendant plusieurs années jusqu'à la fin du bail en 2010 en laissant grandir la dette de manière déloyale au prétexte de l'existence d'une caution valable et solvable alors qu'il n'ignorait pas l'impécuniosité de sa locataire, constitue un défaut de diligence dans le recouvrement de la dette locative et un abus de droit au détriment de la caution M. B... ; que cet abus de droit n'a pas vocation à entraîner la décharge de la caution de toutes ses obligations contrairement à ce que soutient M. B... mais a entraîné un préjudice dont ce dernier est bien fondé à solliciter la réparation à hauteur des versements effectués depuis 2006, soit la somme de 71 550,72 euros de laquelle il convient de déduire la somme de 8 156,49 euros visée dans le commandement de payer du 14 mars 2014 soit la somme de 63 394,23 euros » (arrêt p. 15) ;

Alors que, d'une part, M. Z... a fait valoir, dans ses conclusions d'appel, qu'il avait, le 14 mars 2005, fait délivrer à son locataire un commandement de payer visant la clause résolutoire et que, le 27 avril 2006, il avait assigné la caution en paiement, action dont il s'était désisté au regard d'un règlement spontané effectué par la caution et de l'engagement de la société Mahabharat de restituer les clés et de quitter les lieux ; que , par ailleurs, il avait démontré que la société Mahabharat, en dépit de son engagement, n'avait pas restitué les clés au 31 mai 2006 et avait poursuivi une exploitation commerciale ; qu'il avait encore souligné que par acte du 16 octobre 2007, il avait à nouveau assigné la caution en paiement des arriérés de loyers et que par acte du 28 octobre 2008, la société Mahabharat avait assigné son bailleur en référé expertise, se plaignant de désordres dans les lieux loués, puis en suspension du paiement des loyers et charges en raison de ces désordres ; que, par ailleurs, la cour a jugé que le bailleur n'avait commis aucune faute dans l'exécution du contrat de bail dont elle a prononcé la résolution aux torts exclusifs de la société preneuse pour absence de paiement des loyers depuis 2005 ; qu'en décidant cependant, après avoir admis que M. Z... n'avait commis aucune faute dans l'exécution du bail résolu aux torts exclusifs du preneur, qu'il avait engagé sa responsabilité vis-à-vis de la caution en s'abstenant de faire jouer la clause résolutoire et en laissant grandir la dette de loyers de manière déloyale, sans répondre aux conclusions d'appel de M. Z... sur ce point ni examiner les nombreux éléments de fait justifiant des diligences accomplies par le bailleur, la cour d'appel a entaché sa décision d'une insuffisance de motifs et violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Alors que, d'autre part, M. Z... a soutenu, dans ses conclusions d'appel (p. 54 & 55), qu'afin d'obtenir la cessation du bail et le départ de son locataire, il avait assigné la société Mahabharat en liquidation judiciaire afin d'obtenir la nomination d'un administrateur judiciaire, seul susceptible, aux lieu et place des dirigeants, de mettre un terme au contrat en raison de l'absence de toute possibilité de poursuite de l'activité ; que par arrêt du 10 février 2011, la cour d'appel de Paris a débouté M. Z... de sa demande aux motifs qu'il n'établissait pas l'état de cessation de paiements de la société Mahabharat ; qu'en estimant cependant que M. Z... avait engagé sa responsabilité vis-à-vis de la caution en laissant grandir la dette de loyers de manière déloyale dès lors qu'il n'ignorait pas l'impécuniosité de sa locataire, ce qui constituait un défaut de diligence et un abus de droit au détriment de la caution, sans répondre à ses conclusions

invoquant toutes les diligences accomplies, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Alors qu'enfin et en toute hypothèse, M. Z... a soutenu, dans ses conclusions d'appel (p. 48), qu'il ne pouvait, en tout état de cause, être condamné à restituer à M. B... , caution, la somme de 13 553 € versée librement par cette dernière le 31 mai 2006 en exécution d'un accord entre eux, parfaitement respecté par M. B... ; qu'en décidant que la caution était fondée à solliciter la réparation de son préjudice résultant du comportement fautif du créancier à hauteur des versements effectués depuis 2006 et en condamnant M. Z... à payer à M. B... la somme de 63 394,23 euros, comprenant la somme de 13 553 € librement versée le 31 mai 2006, sans répondre aux conclusions d'appel de M. Z... à ce titre, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

Moyen produit par la SCP Boré et Salve de Bruneton, avocat aux Conseils, pour M. B... , demandeur au pourvoi incident éventuel n° B 16-23.479

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la demande de M. B... formée contre la société Mahabharat, en garantie des condamnations qui pourraient être prononcées à son encontre était sans objet et d'AVOIR limité la condamnation de la société Mahabharat au profit de M. B... à la somme de 8 156,49 € ;

AUX MOTIF QUE M. B... qui a réglé, en sa qualité de caution, la somme totale de 71 550,72 € est bien fondé à solliciter la condamnation de la société débitrice à lui rembourser les sommes ainsi payées par ses soins sur le fondement de l'article 2306 du code civil ; que cependant, il demande à la cour, aux termes du dispositif de ses conclusions, de condamner in solidum M. Z... et la société Mahabharat ou l'une ou l'autre de ces parties à lui rembourser les sommes par lui payées en sa qualité de caution en précisant, dans le corps de ses écritures, qu'il ne sollicite la condamnation de la société Mahabharat à lui payer les montants qu'il a réglés en sa qualité de caution que dans l'hypothèse où la cour ne condamnerait pas M. Z... à lui restituer ces mêmes sommes ; que le jugement entrepris étant confirmé sur la condamnation de M. Z..., non pas à restituer les sommes payées par la caution, mais à indemniser cette dernière à hauteur d'une partie des sommes payées, la société Mahabharat sera condamnée à payer à M. B... la somme de 8 156,49 € ;

ALORS QUE la cassation s'étend à l'ensemble des dispositions du jugement cassé ayant un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire ; que M. B... demandait qu'en tout état de cause, la société Mahabharat soit condamnée à le relever et garantir indemne de toutes condamnations qui seraient prononcées à son encontre ; qu'une cassation sur le quatrième moyen du pourvoi formé par M. Z..., qui fait grief à l'arrêt d'avoir débouté M. Z... de ses demandes dirigées contre M. B... , atteindra nécessairement les dispositions par lesquelles la cour d'appel a dit que la demande de M. B... formée contre la société Mahabharat, en garantie des condamnations qui pourraient être prononcées à son encontre, était sans objet, et limité la condamnation de la société Mahabharat au profit de M. B... à la somme de 8 156,49 €, en application de l'article 624 du code de procédure civile.