

# Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

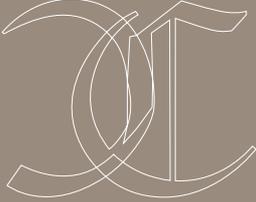
N°673



*Publication  
bimensuelle*

*15 décembre  
2007*

*Les éditions des*  
**JOURNAUX OFFICIELS**



COUR DE CASSATION

internet

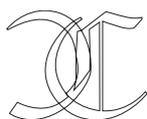
# Consultez sur www.courdecassation.fr

*le site de la Cour de cassation*



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

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



COUR DE CASSATION

# Bulletin

*d'information*

---

*Communications*

*Jurisprudence*

*Doctrine*

# En quelques mots...

## Communications



Par arrêt du 11 septembre 2007 (cf. *infra*, rubrique « Arrêts des chambres », n° 2419), la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé « recevable l'opposition à un arrêt de défaut formée par le prévenu par l'intermédiaire d'un mandataire muni d'un pouvoir spécial », cassant un arrêt déclarant « irrecevable l'opposition formée par un avocat, alors que celui-ci était muni d'un pouvoir spécial pour former ce recours et qu'au surplus la date de l'audience avait été notifiée à cet avocat également mandaté pour représenter l'opposante [en fuite] devant le tribunal ». Dans ses conclusions (*Recueil Dalloz*, 22 novembre 2007, p. 2912 à 2915), l'avocat général faisait valoir que si la loi permet à un avocat muni d'un pouvoir spécial d'interjeter appel pour son client ou de former un pourvoi en cassation, elle ne prévoit pas cette possibilité concernant l'opposition. Se basant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il estimait que la solution retenue par l'arrêt attaqué risquerait d'être considérée par celle-ci « comme rendant le droit à l'assistance d'un défenseur tributaire de l'accomplissement de conditions excessivement formalistes ».

## Jurisprudence



Toujours en matière de procédure pénale, le lecteur trouvera également un arrêt du 12 septembre (même rubrique, n° 2406) rappelant le rôle authenticateur du greffier d'audience - « La seule mention par le président de ce que le greffier n'a pu signer les arrêts incidents, l'arrêt pénal et le procès-verbal des débats "en raison d'un congé maladie et de son état invalidant ne permettant pas sa signature" est insuffisante, en l'absence de toute précision notamment sur la date à laquelle le greffier est devenu indisponible pour permettre à la Cour de cassation de s'assurer de l'existence d'un événement de force majeure seul susceptible de conférer, faute de signature du greffier, authenticité aux actes en cause » - et, en rubrique « Communication », une nouvelle fiche méthodologique consacrée à l'appel correctionnel (« Quelques règles spécifiques à l'appel correctionnel » *infra*, p. 18 à 20).

## Doctrine



Par ailleurs, par avis rendu le 17 septembre dernier, la Cour de cassation a décidé qu'« à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006 une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire peut être ouverte, sur le fondement de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, à la demande d'un professionnel ayant cessé son activité et qui n'est pas déjà soumis à une procédure collective, dès lors qu'il se trouve en état de cessation des paiements et que tout ou partie de son passif provient de son activité professionnelle, peu important la date à laquelle il a cessé son activité » (voir également, en matière de procédure collective et d'incidence de la loi du 26 juillet 2005, les arrêts rendus par la chambre commerciale le 18 septembre, *infra*, n<sup>os</sup> 2409 à 2411).

Enfin, le lecteur trouvera une communication relative au « droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation », texte d'une conférence prononcée par le professeur Gobert dans le cadre du séminaire « Droit et technique de cassation », tenu à la Cour de cassation. Il est rappelé à ce sujet que le texte des interventions, conférences, colloques tenus à la Cour peut être également consulté sur son site internet ([www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)) et que les *Bulletins mensuels* des arrêts des chambres civiles et de la chambre criminelle de la Cour de cassation paraîtront, à compter de leur édition 2008, uniquement sous forme numérique, accessible gratuitement à la même adresse et progressivement enrichis de liens hypertextes afin d'en faciliter la lecture. Le *Bicc*, pour sa part, reste édité et distribué dans sa forme actuelle.

# Table des matières

## Communications

*Le droit de la famille dans la jurisprudence  
de la Cour de cassation par Michelle Gobert,  
professeur émérite de l'université  
Panthéon-Assas (Paris-II)* Page 6

Fiche méthodologique  
pénale :

Quelques règles spécifiques  
à l'appel correctionnel 18

## Jurisprudence

Cour de cassation (\*)

4 I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION  
• *Séance du 17 septembre 2007*

Entreprise en difficulté  
(loi du 26 juillet 2005) Page 21

II. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS -  
ARRÊTS DES CHAMBRES Numéros

Abus de confiance	2378
Animaux	2379
Assurance de personnes	2380
Assurance responsabilité	2381
Avocat	2382
Bail d'habitation	2383
Bail rural	2387
Banque	2384-2385
Bourse de valeurs	2386
Cassation	2387
Cession de créance	2388 à 2390
Chambre de l'instruction	2391-2392

Chose jugée	2393
Communauté entre époux	2394
Conflit de juridictions	2395
Conflit de lois	2396
Construction immobilière	2397 à 2399
Contrat d'entreprise	2400
Contrat de travail, rupture	2401-2402
Contrôle judiciaire	2403
Copropropriété	2404
Cour d'assises	2405-2406
Elections professionnelles	2407-2408
Entreprise en difficulté	2409-2410
Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)	2411
Expropriation pour cause d'utilité publique	2412
Fichier national automatisé des empreintes génétiques	2413
Fonds de garantie	2414-2415
Incendie involontaire	2416
Juge de l'exécution	2417
Jugements et arrêts par défaut	2418-2419
Juridictions correctionnelles	2420
Lotissement	2421-2422
Nationalité	2423
Officiers publics ou ministériels	2424
Païement	2425

\* 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.

Postes-télécommunications	2426
Presse	2427
Prêt	2428
Preuve	2429
Professions médicales et paramédicales	2430
Propriété	2431
Protection des consommateurs	2425-2432
Prud'hommes	2433
Représentation des salariés	2434
Responsabilité contractuelle	2435-2436
Responsabilité pénale	2437
Simulation	2438
Séparation des pouvoirs	2439
Société civile	2440
Statut collectif du travail	2441 à 2443
Succession	2444
Testament	2445
Travail	2446
Tribunal d'instance	2447
Vente	2448

Autre jurisprudence des cours d'appel	
Donation	2455
Procédure civile	2456
Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle	2457

## Doctrines

Pages 58 à 60

## Cours et tribunaux

Numéros

Jurisprudence des cours d'appel relative au bail commercial	
Bail commercial	2449 à 2451
Jurisprudence de la cour d'appel de Lyon relative à la faute lourde	
Contrat de travail, rupture	2452 à 2454

# Communications

## *Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation*

*Par Michelle Gobert,  
professeur émérite de l'université Panthéon-Assas (Paris II)*

Permettez-moi, tout d'abord, M. le premier président, de vous remercier d'avoir bien voulu accéder à ma demande de repousser de deux mois, pour des raisons totalement indépendantes de ma volonté, cette conférence initialement prévue pour le 9 octobre dernier.

Le cadeau m'avait paru royal ; il m'est apparu, et plus encore depuis le retard pris, de plus en plus empoisonné.

La conjonction :

- des interventions incessantes du législateur ;
- du gouvernement sur habilitation ;
- de votre propre travail, que vous ne manquez pas de faire connaître par voie de communiqué chaque fois que vous l'estimez indispensable, les médias jouant leur rôle attendu de caisse de résonance ;
- de l'élection présidentielle, alors que les problèmes de la famille paraissent intéresser subitement tous les candidats ;
- enfin, des états généraux, colloques, rapports, chroniques de toutes sortes sur le sujet,

a pour résultat que tout le monde est au fait de ce remue-ménage que connaît la famille aujourd'hui. J'ajoute que c'est un sujet sur lequel - de toute façon - chaque Français a son idée, pour ne pas dire sa conviction. Il sait ce qu'est ou devrait être la famille, s'il ne sait pas nécessairement ce qu'est, en droit, une promesse de vente et quel sort doit lui être réservé.

Ceci explique d'abord mon inquiétude, certaine que je suis de ne pouvoir apprendre quoi que ce soit à qui que ce soit ; mais aussi parce que, devant parler de la jurisprudence de cette Cour, je ne pourrai donner que mon opinion, les décisions rendues ayant été souvent diversement interprétées ; simple opinion encore puisque, évidemment, c'est moi qui ai choisi, dans la jurisprudence récente très riche de la première chambre civile, ce qui va nous retenir sur le sujet que vous m'avez proposé :

*Le droit de la famille dans la jurisprudence de la Cour de cassation.*

La ville, pourtant, ne bruisse que *des familles* ; les candidats évoqués ne parlent que *des familles*. Il y a, paraît-il, les squelettiques, les pléthoriques, les biologiques, les fondées sur la volonté et, puisqu'il y a deux sexes, les bisexuelles et les monosexuelles... dira-t-on en boutade ; enfin, pour justifier une telle richesse, les décomposées et les recomposées, raison pour laquelle on nous a fait entrevoir récemment la perspective de familles au carré.

Certes, la Cour de cassation est protégée des rumeurs de la ville, assourdies qu'elles sont par les deux bras de la Seine entre lesquels elle se blottit, encore que je vous ai entendu dire, M. le premier président, il n'y a pas si longtemps, que vous souhaitiez en ouvrir largement portes et fenêtres sans craindre que des vents violents y tourbillonnent et mettent quelque désordre dans sa tenue austère.

Aujourd'hui, je retiendrai plutôt les propos que vous teniez dans votre discours de rentrée solennelle, en 2001, devant les plus hautes autorités de l'Etat et dans lequel, après avoir défini un programme de réforme pour en améliorer le rendement, vous avez parfaitement défini le rôle que devrait tenir cette Cour. Ce rôle n'est pas mineur. Que l'on en juge !

*« Alors, enfin, les chambres de la Cour pourraient concentrer leur activité sur la fonction normative qui est l'essentiel de leur mission : donner une interprétation de la loi qui comble ses lacunes, lève ses ambiguïtés, en précise le sens et la portée ou l'adapte à l'évolution des mœurs, des techniques, de la vie sociale, de l'économie, des mentalités et des cultures. »* Vous vous proclamiez source de droit, et ce n'est pas moi qui vous contredirai, puisque c'est le titre de ma contribution, parmi celles qu'a consacrées la *Revue trimestrielle*

de droit civil en 1992 à la jurisprudence. Mais, ce que l'on sait peut-être moins, c'est que vous n'aurez même pas choqué - s'il vous a écouté ou lu - le doyen Carbonnier, un des derniers résistants pourtant. « La jurisprudence, cette autre source de droit », l'ai-je entendu dire, comme tous ceux qui ont suivi son interview par M. Garapon le 2 décembre 2002, non sans étonnement de ma part.

Vaste programme donc ! On aura cependant remarqué qu'il s'effectue quand même à partir de la loi et autour d'elle, pour l'interpréter en convoquant tout ce qui peut l'être pour vous y aider. Or chacun sait qu'interpréter c'est créer.

Puis-je saisir l'occasion qui m'est donnée pour dire que vous souhaitez, aussi, faire de la Cour de cassation la première université de droit en attirant et en accueillant dans votre prestigieuse enceinte pratiquement tous les colloques, réunions, interventions, conférences et qu'il s'y trouve ainsi évoqué, développé, contesté - par l'intermédiaire de nombreux universitaires - tout ce qui est important ou bouge en droit ?

Mais partons de la loi. La loi, pour nous ce soir, c'est essentiellement le code civil. Aucune définition n'y est donnée de la famille ; le terme n'en est pour autant pas absent. Il y est disséminé et recouvre des réalités diverses qui, dès 1804, renvoient à des images différentes. Quel rapport entre un homme, le bon père de famille, la réunion de plusieurs personnes, le conseil de famille, ou la famille plus largement comprise, retenue comme élément de la possession d'état, ou encore la « famille naturelle » de l'adopté (art. 348 du code civil) ?

Au xx<sup>e</sup> siècle, depuis 1970, la famille est mieux cernée. Elle prend racine dans le mariage, les époux devant en assurer ensemble la direction morale et matérielle, de même que pourvoir à l'éducation des enfants et à leur avenir. Ils doivent aussi en choisir en commun la résidence et ne pas disposer l'un sans l'autre des droits par lesquels est assuré son logement. On parlera, encore, de la maison familiale que l'enfant ne doit pas quitter sans autorisation de ses père et mère ni en être retiré, inconsidérément dira-t-on. On aura remarqué le glissement sémantique des époux aux père et mère et du logement de la famille à la maison familiale, puisque le dernier texte (art. 371-3 du code civil) ressortit à l'autorité parentale.

Si l'on met bout à bout tous ces textes, on aura l'image d'une cellule longtemps restreinte autour des époux, plus récemment autour des père et mère, vivant dans un endroit déterminé et clos, ce que l'on a appelé, à un moment donné, la famille nucléaire. Il faut aussi au moins noter, depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005, la famille élargie de l'article 310 qui, égalisant les droits et les devoirs de tous les enfants - dès l'instant que leur lien de filiation est établi dans leurs rapports avec leurs père et mère - les fait entrer dans la famille de chacun d'eux, celle même qui continue d'être prise en compte pour constituer la possession d'état. Quant au conseil de famille, on sait que, depuis 1964, sa composition peut déborder celle-ci, puisqu'elle peut éventuellement comprendre amis et voisins et même toute personne susceptible de s'intéresser à l'enfant.

On constatera, enfin, que le mot peut être utilisé en trompe-l'œil. C'est au moment où, pour la première fois, en 2002, la loi traite du nom de famille - et alors que l'on a pu déjà constater l'influence réductrice de l'informatique sur les noms et prénoms - que ses dispositions, à moyen et long terme, lui retirent son rôle de pavillon de reconnaissance, d'étendard d'appartenance à telle famille. L'ordonnance du 4 juillet 2005 en a d'ailleurs immédiatement tiré les conséquences en rétrogradant le nom de la première à la dernière place dans les éléments qui constituent, précisément, la possession d'état.

Sur quelle société les textes évoqués - à l'exclusion des trop récents qui n'ont pas encore eu l'honneur d'être appréciés par votre Cour - ont-ils eu à être appliqués et dans quelle mesure lui ont-ils été adaptés pour, peut-être, la refaçonner ?

Les constatations qui suivent, pour être banales, n'en sont pas moins utiles à être rappelées.

La première à faire est la libération sexuelle de la femme depuis cinquante ans grâce à la pilule, contraceptif oral destiné à mettre, en principe, les femmes à égalité avec les hommes dans ce domaine. Cette libération sexuelle, doublée d'une autonomie financière et de circulation (grâce à la voiture) d'un nombre de plus en plus grand de femmes, a été confortée par ce que, ailleurs et dans d'autres circonstances, j'ai appelé - et c'est la deuxième constatation - la révolution surréaliste, issue en droite ligne du mouvement du même nom qu'ont constitué les événements de mai 1968, mouvement dont les thèmes ont été traduits par autant de slogans :

- la conquête de la liberté individuelle ;
- le refus de l'autorité bête et méchante, celle qui ne s'impose pas naturellement. En particulier, le pouvoir, à lui seul, n'incarne plus l'autorité, depuis cette date ;
- surtout, le refus de tout ce qui précède, à commencer par les contraintes religieuses (Dieu ayant été assigné à résidence dans les cieux).

La difficulté vient de ce que la liberté conquise a été conçue comme devant être totale, sans son indispensable corollaire qu'est la responsabilité, conception dont on ne s'est pas encore débarrassé.

La poursuite forcenée, en troisième lieu, de l'égalité mais, malheureusement, celle qu'avait fustigée Tocqueville et que Braudel a dénommée notre gène national : l'égalité perverse des conditions et non l'égalité, salvatrice, parce que porteuse d'espoir, de la valorisation de la personne, l'égalité des chances. On touche là aux faiblesses de la démocratie lorsqu'elle est mal comprise, pour ne pas dire dévoyée.

Enfin, pour ficeler le tout, l'installation d'une valeur en passe de devenir la valeur suprême : la transparence, facilitée, il est vrai, par les moyens modernes d'investigation, à l'émergence desquels nous ne faisons qu'assister en espérant qu'ils ne seront pas utilisés à des fins de falsification.

Tout ceci a mis à mal le modèle familial que l'on qualifiera de classique, qui se diversifie et se réinvente continuellement et, surtout, peut être remis en cause de plus en plus aisément.

\*  
\* \*

Commençons donc bêtement par le commencement d'après le code civil, c'est-à-dire le mariage et, sur une si belle lancée, dans celui-ci par un mort-né, le mariage posthume.

Le 28 février 2006<sup>1</sup>, la première chambre civile a cassé un arrêt qui avait eu le tort... de se conformer à sa jurisprudence, établie depuis 1989, confirmée en 1999, selon laquelle « au juge appartient la vérification de l'existence des formalités officielles » et au chef de l'Etat d'« apprécie(r) souverainement si elles sont de nature à marquer sans équivoque le consentement au mariage de l'époux prédécédé ». L'article 171 du code civil, au visa duquel l'arrêt d'appel a été cassé, ne dit pas autre chose. En 1989, il avait été estimé que l'existence, comme la gravité, des motifs justifiant le mariage posthume relevait du pouvoir discrétionnaire du Président de la République.

En décidant en 2006 que c'est au juge à vérifier l'existence de ce consentement, la première chambre civile n'a convaincu ni juridiquement, l'article 171 étant un texte qui déroge au texte général qu'est l'article 146, ni, même, dans son application à l'espèce, les faits attestant que le consentement avait existé, sans être retiré, jusqu'au décès, intervenu quatre jours avant la date du mariage projeté. Puisque, de toute façon, ainsi que l'a relevé M. Massip<sup>2</sup>, l'origine même de l'article 171 devrait conduire à sa suppression, après celle de la légitimation en 2005, l'arrêt n'a été signalé ici qu'à seule fin de montrer que la Cour de cassation n'hésite parfois pas à disputer le pouvoir au Président de la République lui-même !

En revanche, un des arrêts de la même chambre en date du 14 mars 2006<sup>3</sup> retiendra sans doute davantage l'attention, car beaucoup plus nombreux sont ceux qui se sentiront concernés. Tout le monde connaît aujourd'hui le parcours, sinon obligé, du moins le plus fréquent, des couples qui se constituent. Il commence par une période d'essai, c'est-à-dire de vie commune plus ou moins longue, suivie éventuellement d'un mariage de durée aussi incertaine et, assez curieusement, à laquelle il est mis fin, quelquefois très rapidement, par un divorce avec, à la clé, une prestation compensatoire.

La Cour de cassation a toujours estimé, à juste titre, que la liste des éléments à prendre en considération, dans l'article 272 (devenu 271) du code civil, pour fixer le montant de la prestation, étant introduite par « notamment », n'était pas limitative. Dans l'arrêt précité, la première chambre civile a rejeté le pourvoi contre une décision qui avait tenu compte, pour la fixation de la prestation compensatoire, non seulement de la durée du mariage, mais aussi de celle de la vie commune des anciens époux qui avait précédé celui-ci. Avis donc aux prudents : s'ils ont l'intention de se mettre en ménage, les modalités de la période d'essai seront peut-être à repenser !

Cette description incite-t-elle à convoquer les pleureuses pour chanter les vertus des temps anciens et les pleurer ? Certainement pas. M. Bruno Latour a montré depuis longtemps que la vie de couple - dont le mariage était la seule version officielle jusqu'à il y a peu - n'est plus organisée par les familles, mais dictée par les sentiments des protagonistes. La vie juridique des couples évolue donc au gré de leurs sentiments qui, par nature, sont changeants. En réalité, cela n'est pas nouveau. Si, de nos jours, le changement peut, publiquement et officiellement, s'exprimer, pendant longtemps il a fallu sauver les apparences, sans pour autant que l'idylle continue. On dira surtout que, les femmes ayant été longtemps dépendantes - ce qui n'est plus le cas, puisque ce sont elles qui demandent le plus souvent le divorce - il y avait la surface des choses et la réalité sous-jacente.

Cette dualité créait quelquefois une situation bien connue des tribunaux, lorsqu'ils avaient à décider du sort de la libéralité consentie par un homme marié - pour l'instant du moins, il ne s'agit que des hommes - à sa concubine. La jurisprudence était parfaitement établie. Elle considérait qu'elle ne pouvait se contenter de faire de l'intention libérale, parfaitement neutre, la cause de la libéralité et qu'elle en rechercherait les motifs ou mobiles. La libéralité était annulée pour cause immorale et illicite si elle avait été faite pour favoriser, poursuivre, maintenir ou reprendre la relation adultère, toutes dispositions d'esprit étant analysées comme en étant la cause impulsive et déterminante ; validée en revanche si elle était l'expression seulement d'une reconnaissance pour la vie commune passée, avant d'y mettre fin.

Bien que la doctrine ait parfois douté de la pertinence de la distinction, que, personnellement, je trouvais assez satisfaisante, l'arrêt de la première chambre civile du 3 janvier 1999<sup>4</sup> fit plus l'effet d'un coup de tonnerre que d'une solution idéale enfin trouvée, solution qui, à la vérité, n'existe pas. Au visa des articles 1131 et 1133 du code civil, dans un attendu de principe, cette chambre a estimé que « la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire n'est pas contraire aux bonnes mœurs ». C'est, en effet, en invoquant une atteinte à celles-ci que le fils adoptif avait attaqué la libéralité, son père ayant révoqué, quelques mois avant sa mort, toute donation entre époux et exhérité sa femme, d'une part, et, d'autre part, gratifié sa concubine d'une somme importante. Il faut dire qu'il n'était pas très habile d'évoquer les bonnes mœurs, en l'occurrence, tout simplement parce que la notion, jadis parlante dans notre domaine, n'est plus signifiante de nos jours, son contenu n'étant plus suffisamment partagé et même si les doubles vies ont de tout temps existé. En outre, la banalisation du divorce a tout modifié car il est vrai, comme on l'a souligné, que la sanction de la violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage - et la fidélité est un devoir - existe, qui est inscrite dans l'article 242 du code civil.

<sup>1</sup> Bull. 2006, I, n° 123, p. 113.

<sup>2</sup> LPA, 2006, n° 188.

<sup>3</sup> Bull. 2006, I, n° 155, p. 140.

<sup>4</sup> Bull. 1994, I, n° 43, p. 29 ; D. 1999, 267, rapp. X. Savatier, note Langlade-O'Sughrue ; Code 1133, note 9.

La décision n'emporta cependant pas une adhésion unanimement enthousiaste, alors pourtant que les mânes du doyen Savatier avaient été invoquées pour en justifier la solution.

En réalité, cette affaire a un épilogue. Les faits étaient un peu plus compliqués que la rédaction de l'arrêt ne pouvait le laisser supposer. La libéralité à la concubine se révélait être une charge qui grevait le legs universel fait en faveur des neveux et nièces. Or, ces derniers y ayant renoncé, le legs était devenu caduc, si bien, a constaté la première chambre civile, dans son arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2003<sup>5</sup>, que le fils adoptif, recueillant la succession en vertu de la dévolution légale, ne pouvait être tenu d'exécuter la charge qui le grevait.

L'épilogue aurait pu être considéré comme un signe négatif, concernant le revirement de 1999, et une incitation à revenir à la jurisprudence antérieure puisque neveux et nièces, en renonçant au legs, avaient manifesté, à leur manière, que la Cour de cassation avait fait fausse route. On aurait pu penser que l'arrêt allait faire long feu. Ce n'est pas ce qui s'est passé.

Cette fois, c'est l'assemblée plénière qui, le 29 octobre 2004<sup>6</sup>, a simplement repris l'arrêt de 1999. Ou'on se le répète « *n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le<sup>7</sup> bénéficiaire* ». Les bonnes mœurs, dans ce domaine, ont longtemps consisté à sauver les apparences : la notion a explosé sous le souffle de la liberté individuelle.

Sur cette affaire misérable, pour ne pas dire sordide, où une très jeune fille s'est littéralement vendue (apparemment avec l'accord de ses parents) à un homme marié de soixante-quatre ans son aîné, sous prétexte de l'assister dans son métier de VRP et les déplacements qu'il implique, il n'y a plus à discuter. La liaison ayant duré plusieurs années et le monsieur étant mort à 95 ans, on peut au moins créditer la demoiselle d'un certain savoir-faire, ou d'un savoir-faire certain. L'encouragement par la plus haute juridiction française est de poids.

Même si les faits en sont beaucoup moins de nature à heurter, l'arrêt du 25 janvier 2005<sup>8</sup> atteste que la jurisprudence est maintenant établie et la formule neutralisée, si l'on peut dire, puisque « *n'est pas nulle comme contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère* », alors que, là encore, il s'agissait d'une bénéficiaire.

La Cour de cassation a-t-elle, ce faisant, ridiculisé le mariage ? La réponse dépend de savoir si l'on juge le résultat en fonction d'un idéal à atteindre ou d'une réalité à seulement prendre en compte. Il reste que même en l'état actuel des mœurs, la formule peut heurter par son excessive brutalité.

Mais, contrairement à ce que j'avais pu souhaiter en 1967<sup>9</sup> - que le mariage soit préféré par ceux qui ont choisi de vivre ensemble, parce qu'il serait le meilleur cadre juridique pour eux - on doit constater qu'il est délaissé par ceux qui en remplissent les conditions, tandis qu'il devient un désir obsessionnel pour ceux qui n'y ont pas accès. La Cour de cassation suit donc seulement le mouvement en se refusant de continuer à consacrer les hypocrisies passées.

D'ailleurs la science, en rendant aujourd'hui les familles transparentes, va permettre de mesurer assez vite et à sa juste valeur ce que leur confère la connaissance généralisée de la vérité.

Cette plongée dans l'intimité vécue des familles va nous mettre en présence de l'enfant, déjà en embuscade dans le mariage posthume, enfant dont le statut juridique a été progressivement, puis complètement, détaché de celui de ses parents, à l'exception de l'établissement en principe de la filiation paternelle et du tabou maintenu de l'inceste.

C'est donc le sort réservé à l'enfant, tel qu'il se dégage des décisions choisies, qui retiendra désormais l'attention. Evidemment, lorsqu'on parle d'enfant, on exclut l'adulte. Celui-ci reste pourtant toujours l'enfant de ses parents et c'est à ce titre que la justice a été saisie par des adultes dans les trois affaires qui vont maintenant être évoquées.

Deux d'entre elles sont apparemment contradictoires. Réduit à l'essentiel, le problème était identique : le succès d'une action déclaratoire de nationalité française introduite, la première par un Gabonais, la seconde par une Algérienne, passait par l'établissement d'une filiation maternelle naturelle. Le 14 juin 2005<sup>10</sup>, la première chambre civile rejetait le pourvoi contre l'arrêt qui avait décidé que la mention du nom de sa mère dans son acte de naissance, sans qu'une reconnaissance s'en soit suivie et en l'absence de possession d'état, était insuffisante à établir la filiation maternelle de l'enfant au regard des articles 334-8 et 335 (encore qu'il soit permis de se demander pourquoi ce n'est pas l'article 337 et non 335 qui a été visé), textes alors en vigueur. En revanche, le 14 février 2006<sup>11</sup>, elle cassait l'arrêt qui, dans les mêmes circonstances, n'avait fait qu'appliquer sa jurisprudence de quelques mois antérieure.

La législation avait-elle changé entre-temps ? Non, puisque l'ordonnance du 4 juillet 2005, égalisant les conditions d'établissement de la filiation maternelle, n'était pas encore applicable. C'est pourquoi on a interprété<sup>12</sup> cette seconde décision comme une anticipation de la législation à venir. Si c'est bien dans un tel état d'esprit que l'arrêt a été rendu, il serait énorme que la Cour de cassation ait fait un tel faux pas. Elle s'en est en réalité bien gardée car si, en 2006, référence au droit français il y avait eu, la solution aurait été la même qu'en 2005. La cassation, en réalité, est intervenue au visa des articles 8 et 14 de la Convention

<sup>5</sup> Bull. 2003, I, n° 156, p. 122.

<sup>6</sup> Bull. 2004, Ass. plén., n° 12, p. 27.

<sup>7</sup> On notera ce masculin, alors que, chaque fois, il s'agit d'une bénéficiaire. Comme il ne serait pas correct d'imputer une telle faute de genre à la Cour de cassation, il faut supposer qu'elle a voulu frapper la formule à l'image d'un article du code.

<sup>8</sup> Bull. 2005, I, n° 35, p. 27.

<sup>9</sup> *Le mariage après les réformes récentes du droit de la famille*, JCP 1967, I, 2122.

<sup>10</sup> Bull. 2005, I, n° 256, p. 215.

<sup>11</sup> Bull. 2006, I, n° 73, p. 72.

<sup>12</sup> G. Kessler, D. 2006, p. 1029.

européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, directement applicable en droit interne, textes qui consacrent le droit au respect de la vie privée familiale (celle-ci intégrant les différentes familles, et donc la famille naturelle, apport essentiel de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, comme l'a relevé M. Marguénaud<sup>13</sup>) d'une part et, d'autre part, l'absence de discrimination. Or, parmi les discriminations prohibées, figure la naissance. Donc le seul acte de naissance qui établit la filiation maternelle légitime doit avoir le même effet pour la filiation naturelle.

En d'autres termes, officiellement, la Cour de cassation n'anticipait pas sur le droit interne à venir ; elle appliquait le droit européen. L'explication pourrait suffire... si l'on ne devait remarquer que ce droit était déjà applicable en 2005 et que la Cour de cassation avait pu s'apercevoir, avec l'arrêt *Mazurek*, de ce qu'il en coûtait d'ignorer non seulement la Convention elle-même, mais aussi l'interprétation qu'en donne la Cour de Strasbourg<sup>14</sup>.

Et si anticipation il y a eu en février 2006, sous couvert de la Convention européenne, pourquoi n'a-t-elle pas eu lieu dans les mêmes conditions le 14 juin 2005 ? Qu'on ne dise pas que le droit interne à venir n'était alors pas connu, l'ordonnance du 4 juillet n'étant pas encore publiée. On en connaissait en effet la teneur, puisque la loi d'habilitation avait été très précise quant au contenu des pouvoirs délégués au gouvernement. Dès lors, justifier en 2005 la solution par l'application des articles 8 et 14 de la Convention, comme on l'a fait en 2006, était tout aussi possible. Anticipation pour anticipation, celle-ci pouvait, puisque la couverture juridique existait, avoir lieu aussi bien quelques jours avant la publication de l'ordonnance que quelques mois avant son entrée en vigueur. Tant pis pour le Gabonais qui avait le droit de devenir français en 2005 ; tant mieux pour l'Algérienne et ses enfants qui ont eu droit de le devenir en 2006 ! Il faut reconnaître que la différence de traitement peut générer l'amertume.

Pour en finir avec les adultes à traiter comme des enfants, on signalera l'arrêt de la première chambre civile du 22 février 2005<sup>15</sup>, cassant partiellement l'arrêt qui avait prononcé l'adoption par un mari des deux fils de son épouse, âgés de plus de 35 ans, en faisant droit au souhait, exprimé par les adoptés, de conserver leur seul nom d'origine, condition même de leur consentement à l'adoption, ce qui avait été précisé dans la requête de l'adoptant.

La cassation est intervenue au visa de l'article 363 du code civil prescrivant le double nom au cas d'adoption simple. Mais c'est négliger l'alinéa 2 de l'article 61-3 du code civil, selon lequel la « *modification du lien de filiation n'emporte cependant le changement du "nom de famille" des enfants majeurs que sous réserve de leur consentement* ». Certes, le législateur aurait été inspiré de s'apercevoir de la contradiction entre les deux textes. A défaut, la Cour de cassation n'aurait-elle pu prendre sur elle, comme l'a suggéré M. Massip<sup>16</sup>, de faire prévaloir le second sur le premier, pour respecter le consentement qui n'avait été donné qu'à la condition, parfaitement légitime, de conserver le nom d'origine ? Mais la Cour a clos toute discussion, puisque la cassation a été prononcée sans renvoi.

On a vu, à propos du mariage posthume, que la Cour de cassation, en 2005, avait décidé de contrôler l'existence du consentement des morts ; on constate en 2006 qu'elle ne se préoccupe pas de celui, formellement exprimé, des vivants. C'est précisément parce que des adultes, non seulement étaient enfants adoptifs, mais traités littéralement comme des enfants mineurs, que l'arrêt valait d'être signalé. Il l'a été plus encore parce qu'une réforme de l'article 363 s'impose.

On peut espérer qu'il restera isolé dans son genre et que le traumatisme d'avoir à porter, officiellement, un double nom contre sa volonté pourra être surmonté, puisque, les différentes parties étant d'accord, personne n'a perdu du fait de la justice.

Les conséquences des décisions, lorsqu'il s'agit de jeunes enfants ou d'adolescents, risquent d'être d'un tout autre ordre. On entre, en effet, dans une zone à fortes turbulences, comme on dit dans les avions lorsque l'appareil va être secoué par de violents vents contraires. Au moment de l'annonce, on est seulement prévenu du changement de temps qui va intervenir. C'est donc de changement que je voudrais, rapidement, parler d'abord.

On rappellera, même si les nouveaux textes modifieront, parfois, l'approche des problèmes, le revirement de jurisprudence intervenu le 28 mars 2000<sup>17</sup>. La première chambre civile, après avoir affirmé en 1985<sup>18</sup> que l'analyse des sangs n'était pas obligatoire pour le juge, a décidé, dans un attendu de principe, toujours repris depuis, que « *l'expertise biologique est de droit en matière de filiation sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* ».

Puisque l'expertise est de droit, l'essentiel réside dans la détermination du motif légitime qui, seul, autorisera qu'on n'y procède pas. De la salve d'arrêts rendus le 14 juin 2005 et de ceux qui ont été rendus le 31 janvier et le 14 février 2006, on retiendra que l'absence de présomptions ou d'indices graves ne peut, à juste titre, constituer ce motif légitime. L'expertise biologique peut suppléer l'absence de preuve en matière de filiation naturelle, d'action à fins de subsides ou de rétablissement de la présomption de paternité. En revanche, les textes alors applicables excluaient que quiconque (pas même le tiers, auteur d'une reconnaissance anténatale<sup>19</sup>) pût contester, fût-ce grâce à une expertise biologique, la filiation légitime, lorsque la possession d'état était conforme à l'acte de naissance. Or le mari, au courant de la relation passionnelle que sa femme

<sup>13</sup> *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz (Connaissance du droit), 3<sup>e</sup> éd., p. 69.

<sup>14</sup> Comme cela ressort de l'arrêt de la première chambre civile en date du 29 janvier 2000, *Bull.* 2000, I, n° 32, p. 24.

<sup>15</sup> *Bull.* 2005, I, n° 92, p. 80.

<sup>16</sup> *LPA* 2005, n° 176.

<sup>17</sup> *Bull.* 2000, I, n° 103, p. 69.

<sup>18</sup> 2 fév. 1985, *Bull.* 1985, I, n° 57, p. 56.

<sup>19</sup> Cf. 1<sup>re</sup> Civ. 14 février 2006, *Bull.* 2006, I, n° 78, p. 75.

avait entretenue, l'était aussi de la grossesse ; la possession d'état était, de ce fait, également anténatale. La situation juridique ainsi cadencée ne pouvait être remise en cause. La vérité apparaîtra, peut-être, plus tard, si l'enfant à l'extrême indécatesse de ressembler à l'amant, pour employer un terme désuet. Question de fait qui ne nous concerne plus !

Question de droit, au contraire, que celle de la justification juridique du refus, pour cause d'inceste, de la demande d'adoption simple formulée par le père, qui se trouve être la demi-frère de la mère. L'affaire est l'une de celles, très connues, que nous allons aborder maintenant.

La première chambre civile a, le 6 janvier 2004<sup>20</sup>, cassé un arrêt pourtant remarquablement motivé, en ce que ses auteurs avaient essayé de contourner tous les obstacles. En tout cas, avec d'autres<sup>21</sup>, il convient de remarquer que la cassation ne pouvait intervenir au vu, à l'époque, de l'article 334-10 du code civil, devenu 310-2. Celui-ci, on le sait, interdit que le lien de filiation qui aurait été établi à l'égard de l'un des parents puisse être établi à l'égard de l'autre, s'il existe entre eux un des empêchements à mariage prévus pour cause de parenté par les articles 161 et 162 du code civil.

Or l'adoption plénière elle-même n'établit pas la filiation qui se substitue à la filiation d'origine ; elle la confère. *A fortiori*, s'il s'agit d'adoption simple, puisque l'adopté demeure dans sa famille d'origine, où il conserve tous ses droits. C'est toute la distinction, la différence, entre établir, qui est prouver la réalité, la démontrer, dit Littré, révéler la vérité, d'une part, et, d'autre part, conférer, qui est accorder l'autorisation de cette filiation, en l'occurrence par le juge, autorité investie du pouvoir de le faire.

A lire l'arrêt, on pourrait croire - grande nouveauté dans notre droit - que l'adoption prouve la réalité biologique de la filiation entre adoptant et adopté, car c'est de réalité biologique qu'il était question dans l'article 334-10 du code civil. D'ailleurs, on rappellera que, même après 2005, deux titres différents sont consacrés dans le code, l'un à la filiation, l'autre à la filiation adoptive. Dans la filiation (en 2004 encore, légitime et naturelle ; aujourd'hui, sans qualification), établir est révéler ce qui préexiste, c'est-à-dire le lien du sang ; dans la filiation adoptive, on confère l'autorisation que soit créé et officialisé un lien affectif. Dans la première, on révèle le passé en le consacrant juridiquement ; dans la seconde, on doit faire le détour par le droit pour qu'existe un certain avenir.

En définitive, on avancera que l'adoption était tout à fait possible, sans que la Cour de cassation ait l'impression de perdre son âme, en violant un texte, totalement inapplicable en l'espèce.

En revanche, elle est parfaitement dans son rôle lorsqu'elle sanctionne les juges du fond qui, de façon assez incompréhensible, avaient ignoré des articles on ne peut plus clairs et connus du code civil. Dans une affaire qui a, elle aussi, défrayé la chronique en opposant un père naturel à une famille adoptive, la première chambre civile, le 7 avril 2006<sup>22</sup>, a cassé une décision dans laquelle le droit paraissait avoir été négligé. Il faut reconnaître immédiatement que le gâchis, dont les auteurs étaient au demeurant parfaitement identifiables, ne pouvait, de toute manière, qu'être épouvantable.

En l'occurrence, il a suffi à la Cour de cassation de rappeler, au visa d'un certain nombre d'articles du code civil :

- que la reconnaissance d'un enfant naturel prend effet à la date de sa naissance, dès lors que celui-ci a été identifié ;
- que la filiation est divisible ;
- et que le consentement à l'adoption est donné par le parent à l'égard duquel la filiation est établie.

Il s'en déduisait que le conseil de famille des pupilles de l'Etat, qui était informé de la reconnaissance de l'enfant naturel par le père deux mois avant l'accouchement sous X de la mère et de l'insistance de celui-ci, pour ne pas dire son acharnement, officiellement manifesté, à retrouver l'enfant pour qu'il lui soit restitué, ne pouvait valablement consentir à l'adoption dudit enfant. Pourtant, la première chambre civile, avant même les articles du code civil, a estimé nécessaire de viser l'article 7 § 1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 pour indiquer que l'enfant a, dès sa naissance et dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents, et reproché à la cour d'appel de Nancy d'avoir négligé le droit de l'enfant de connaître son père. On déduirait volontiers de ce premier visa qu'un lien de filiation, établi de manière incontestable et incontestée selon le droit français, ne suffit plus, si on ne le renforce pas par la référence au droit de l'enfant de connaître ses parents. Cela surprend, mais s'explique peut-être par le souci d'humaniser une situation en réalité inhumaine dans laquelle se débattent un père irréprochable et des parents adoptifs, avec pour enjeu un enfant de cinq ans et demi.

On va pouvoir constater que le sort des enfants légitimes, sans être aussi catastrophique, peut, cependant, être douloureux, comme cela ressort d'un arrêt, lui aussi très remarqué, au moins des juristes, de la première chambre civile, en date du 28 février 2006<sup>23</sup> et dont l'intérêt demeure intact, lui aussi.

Parce que la preuve est libre en matière de divorce pour faute, comme cela ressort de l'article 242 du code civil, un mari a obtenu le divorce parce qu'il avait découvert, grâce à des examens sanguins, que les deux derniers des cinq enfants communs ne pouvaient être de lui, ce qui attestait l'infidélité de sa femme. Le divorce fut accordé avec d'autant plus de bonne conscience que la filiation des enfants restait protégée par la présomption *pater is est*.

<sup>20</sup> Bull. 2004, I, n° 2, p. 2.

<sup>21</sup> Hauser, *Rev. trim. dr. civ.* 2004, p. 76.

<sup>22</sup> Bull. 2006, I, n° 195, p. 172.

<sup>23</sup> Bull. 2006, I, n° 113, p. 105.

Si l'arrêt valait d'être évoqué, c'est pour montrer comment cette présomption, dont le rôle était d'assurer la paix des familles, peut de nos jours se retourner et ruiner, en l'occurrence plus de quinze ans après le mariage, la paix d'une famille, en continuant à rattacher juridiquement des enfants à un mari non disposé à pardonner à sa femme. On peut d'ailleurs supposer que la présomption sera facilement mise à mal, si la pratique des kits envoyés à l'étranger se répand, qui permet au mari soupçonneux de savoir très vite si l'enfant que sa femme vient de mettre au monde est ou non de lui.

Mais on va prendre la mesure de l'enfant traité comme un objet en abordant, enfin, les problèmes d'autorité parentale à assumer conjointement entre des parents séparés ou à déléguer à un tiers.

L'intervention du juge implique le degré de mécontentement des parents pour régler ce genre de problèmes. C'est à lui que revient - comment faire autrement ? - de déterminer l'intérêt de l'enfant. Dans les articles 371-1 et suivants du code civil, depuis la loi du 4 mars 2002, l'autorité parentale est définie comme « *un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant* ». Elle doit être exercée en commun, étant entendu que la séparation des parents ne doit avoir aucune incidence sur cet exercice, à moins que l'intérêt de l'enfant ne permette au juge d'en disposer autrement sans qu'un parent, toutefois, puisse se voir priver du droit de visite et d'hébergement sans motif grave.

Une certitude : c'est au juge qu'il appartient de déterminer les modalités d'exercice de l'autorité parentale, l'article 373-2-11 lui indiquant, dans une liste non limitative, les éléments à prendre en considération. Il est important de noter, comme la première chambre civile l'a rappelé le 6 décembre 2005<sup>24</sup>, à propos de l'exercice de cette autorité par un détenu, que « *lorsqu'ils fixent les modalités du droit de visite d'un parent à l'égard de ses enfants, les juges ne peuvent déléguer les pouvoirs que la loi leur confère* ». Mais, au-delà de cette certitude, les solutions sont moins évidentes dans la mesure où il va falloir, chaque fois, déterminer où est l'intérêt de l'enfant.

En 1971<sup>25</sup>, j'avais écrit que l'on devait se référer à l'intérêt de l'enfant avec prudence, tant cette notion, parfaitement fuyante, est propre à favoriser l'arbitraire judiciaire<sup>26</sup>. Aujourd'hui, il s'agit d'une réflexion sur la notion elle-même et c'est sans doute parce que celle-ci est difficile à cerner que la première chambre civile est revenue sur sa jurisprudence antérieure en décidant, par un arrêt de rejet et un arrêt de cassation en date du 18 mai 2005<sup>27</sup>, l'application directe en droit interne de la Convention internationale des droits de l'enfant précédemment évoquée. Dans le second, sont visés les articles 3-1 et 12-2 de ladite Convention. Effectivement, l'article 3-1 en question paraît plus opérationnel pour un juge, puisqu'il dispose que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants prises, je résume, par toutes sortes d'institutions, parmi lesquelles, bien entendu, les tribunaux, « *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

Mon propos n'est évidemment pas de discuter de la nécessité du changement de jurisprudence en mai 2005, de son opportunité ou de son bien-fondé, mais, plutôt, d'en appréhender la portée. On a l'impression que les juges français ont trouvé une sorte de potion magique. Mais qui trompent-ils ? En effet, qu'est-ce que « l'intérêt supérieur » de l'enfant ? On sait que l'enseignement supérieur succède aux enseignements primaire et secondaire, que les étages supérieurs sont au dessus des inférieurs. Quant à l'intérêt supérieur de l'enfant, on est en droit de se demander : supérieur à quoi ? Faut-il en déduire qu'il y aurait un intérêt inférieur, puis moyen, de l'enfant, avant le supérieur ? L'intérêt tout court du droit français ne suffirait donc plus ; encore faudrait-il être capable de faire percevoir la différence pour être convaincant.

« *The best interests of the child shall be a primary consideration* », dit le texte anglais, c'est-à-dire « les meilleurs ». Lorsque les textes français font état de l'intérêt de l'enfant, ne serait-ce donc pas le meilleur ?<sup>28</sup> On ne peut pas ne pas reprendre ici ce qu'en disait le doyen Carbonnier<sup>29</sup> : « C'est une notion clé qui a fait l'objet d'utiles analyses doctrinales (citant plusieurs thèses) et d'une remarquable recherche de psychosociologie (faisant allusion à une étude de l. Théry, *in Du divorce et des enfants*). Conclusion (que j'ai depuis longtemps beaucoup appréciée) : la clé ouvre sur un terrain vague. La notion est insaisissable ». L'intérêt supérieur de l'enfant, s'il doit donc ajouter quelque chose, c'est de fournir une clé qui ouvre sur un terrain... encore plus vague. L'intérêt de l'enfant me fait irrésistiblement penser à cette géniale définition du chandail par un humoriste : le vêtement que l'enfant porte lorsque sa mère a froid.

L'intérêt de l'enfant est donc celui que détermine le juge, le plus objectivement possible, au vu des éléments qui lui sont soumis (quelquefois trompeurs par rapport à la psychologie de l'enfant), alors, en réalité, que c'est la personnalité du juge (et c'est totalement différent) qui est là dans ce genre de dossier, beaucoup plus que dans les autres, personnalité qui se détermine telle qu'elle s'est elle-même constituée depuis sa naissance, c'est-à-dire en rapport avec sa propre enfance. Il ne saurait en être autrement. C'est pourquoi la remarque est neutre, elle relève d'une constatation, assez élémentaire, dont il faut seulement prendre conscience.

D'ailleurs, l'illustration peut en être faite par les derniers arrêts de la première chambre civile à ce sujet. On va constater effectivement quelle couverture commode, mais prétexte peu convaincant, peut constituer la formule. Je ne dirai pas de l'intérêt de l'enfant qu'il est une expression à tout faire comme Nathalie Sarraute disait du bonheur « ce mot à tout faire », mais qu'il tient lieu d'auto-justification qui, à partir du moment où elle est avancée, s'impose à tous. En effet, chacun étant supposé, par hypothèse, avoir la même conception de cet intérêt-là, la discussion tombe d'elle-même.

<sup>24</sup> Bull. 2005, n° 464, p. 391.

<sup>25</sup> « L'enfant et les adultes (A propos de la loi du 4 juin 1970) », *JCP* 1971, I, 2421.

<sup>26</sup> Afin que les choses soient parfaitement claires, on précisera que ce n'est pas là une critique des hommes et des femmes qui ont la lourde charge de trancher ce genre de problème, car l'éventualité d'avoir à décider éventuellement de la vie d'un enfant, dont on ne connaît somme toute pas grand-chose, fait que je n'aurais pu être magistrat.

<sup>27</sup> Bull. 2005, I, n° 211 et 212, p. 179 et 180.

<sup>28</sup> Cf. *infra*, annexe I.

<sup>29</sup> *Droit civil*, t. 2, 18<sup>e</sup> éd. n° 192, p. 258.

Comment expliquer la cassation intervenue le 8 novembre 2005<sup>30</sup>, dans une affaire où un père, Français d'origine libanaise, réclamait seulement que ses deux enfants (que leur mère avait emmenés au Luxembourg pour s'y établir) fussent mis dans une école francophone, le français étant, on le rappelle, une des trois langues officielles du Luxembourg, avec le luxembourgeois et l'allemand ? Il souhaitait ainsi assurer une coparentalité effective, non contrariée par des difficultés linguistiques, puisque lui-même ne parlait pas l'allemand. Or la mère avait placé les enfants dans une école luxembourgeoise et il se trouve que l'allemand est la langue véhiculaire de l'enseignement primaire au Luxembourg.

La cour d'appel ayant accédé à la demande du père, son arrêt est cassé au vu de l'article 3 de la Convention de New York, détour obligé - expressément ou implicitement exprimé - depuis les arrêts de 2005 ci-dessus évoqués, et de l'article 371-1 du code civil. Ce dernier aurait suffi à régler le problème, comme l'avait fait la cour d'appel, mais il a été reproché à celle-ci d'« avoir pris en considération l'intérêt du père sans rechercher quel était l'intérêt supérieur des enfants qui ont la double nationalité française et luxembourgeoise ». Il est permis d'être surpris, et de la cassation elle-même, et de la justification qui en est donnée. Comme les enfants ont la double nationalité, ils n'auraient pas le droit d'apprendre le français... comme pour être bien certain qu'ils ne pourront pas dialoguer avec leur père. On peut penser, au contraire, que, baignant dans une société où les enfants qui fréquentent les écoles primaires apprennent l'allemand, ces enfants, par la fréquentation des autres, pourront assez facilement apprendre cette dernière langue. Nulle part n'est précisé que la demande du père était inutile, voire superfétatoire, parce que la mère, parlant français avec eux, le leur apprendrait déjà.

L'intérêt supérieur d'un enfant serait donc de ne pouvoir entretenir des relations avec son père. Certes, l'arrêt n'a été cassé que pour manque de base légale. Toutefois, la Cour de cassation, en ayant sorti la pancarte « intérêt supérieur de l'enfant », laisse-t-elle aux juges de renvoi la possibilité de dire que, dans cette affaire, ils ont une conception différente de cet intérêt, dès l'instant qu'on l'a dit supérieur ?

La première chambre civile est-elle cohérente lorsque, huit mois après, dans un arrêt du 4 juillet 2006<sup>31</sup>, elle déclare, à l'appui d'une cassation, parfaitement justifiée cette fois, au visa des articles 373-2 et 373-2-11 3° du code civil, « qu'il est de l'intérêt de l'enfant d'être élevé par ses deux parents et, lorsqu'ils sont séparés, d'entretenir des relations personnelles avec chacun d'eux » ? Sans doute, en l'espèce, les deux parents étaient-ils aux deux bouts de la planète et l'aménagement prévu par les juges du fond - qui n'avaient tenu compte que de la vie en Nouvelle-Calédonie où se trouvait la mère, territoire où les vacances sont en janvier - n'était-il pas satisfaisant pour le père, d'où la cassation, à nouveau pour manque de base légale.

Cependant, et indépendamment du cas d'espèce, ne peut-on prétendre - sans vouloir paraître paradoxale - que la séparation linguistique est au moins aussi importante, peut-être même plus, que la séparation spatiale, tant celle-ci aujourd'hui, sans être totalement abolie, est considérablement atténuée par les moyens modernes de communication, parmi lesquels la *Webcam* tient une place de choix ?

La première chambre civile peut-elle être comprise quand, le 14 mars 2006<sup>32</sup>, elle censure un arrêt qui avait « réservé » le droit de visite et d'hébergement du père, parce qu'il risquait de perturber gravement l'équilibre psychologique de l'enfant... et pour cause... puisque les violences subies par la mère étaient avérées, que l'enfant commun avait été soustrait par son père du domicile conjugal et que le même s'était, lui, soustrait au devoir de secours pendant toute la durée de l'instance en divorce ?

Cet arrêt a été cassé pour violation de divers articles du seul code civil au motif « que le parent qui exerce conjointement l'autorité parentale ne peut se voir refuser le droit de visite et d'hébergement que pour des motifs graves tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Il convient de noter, d'une part, que la référence à l'intérêt « supérieur » de l'enfant donne ainsi l'impression de faire partie intégrante du code civil, ce dont on ne s'était jusque-là pas encore aperçu ; d'autre part, que cet intérêt consiste à devoir se rendre régulièrement chez un père aussi peu recommandable.

La réalité semble bien ressortir, après démonstration, que l'on ne peut éviter, quelque habillage juridique lui soit donné, une totale liberté judiciaire, même pétrie de bonnes intentions, si je ne veux pas employer le même terme, arbitraire, utilisé autrefois, préoccupée que j'étais déjà par les rapports de l'enfant avec les adultes.

Mais on ne laissera pas croire plus longtemps que la première chambre civile avait attendu le 14 mars 2006 pour « découvrir » dans le code civil, c'est-à-dire sans référence à la Convention de New York, un article visant l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle l'avait fait pour ouvrir une porte inattendue, le 24 février 2006<sup>33</sup>, par un arrêt de rejet du pourvoi du procureur général d'Angers, dans un attendu qui est évidemment à citer : « Attendu que l'article 377, alinéa premier, du code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

L'affaire est suffisamment connue pour qu'il ne soit pas nécessaire d'en détailler les faits. Rappelons seulement qu'il s'agit de deux femmes, dont l'une était mère de deux enfants, vivant ensemble depuis 1989 et pacées dès 1999.

Ma première réaction dans ce genre d'hypothèses est de me demander pourquoi chacune des femmes n'avait pas - comme cela se fait aussi - son enfant par un des moyens, et il y en a plusieurs, qui ferait de

<sup>30</sup> Bull. 2005, I, n° 404, p. 338.

<sup>31</sup> Bull. 2006, I, JCP 2006, 10177, note Boulanger ; PA, 5 décembre 2006, p. 19, note Massip.

<sup>32</sup> Bull. 2006, I, n° 147, p. 134.

<sup>33</sup> Bull. 2006, I, n° 101, p. 95.

chacune d'elles une mère, conservant juridiquement ses droits sur son enfant, indépendamment de l'influence de fait que pourrait avoir l'autre comme conséquence de leur vie commune. L'adoption par la survivante serait, alors, la solution à mettre en œuvre en cas de prédécès de la mère, s'il en était encore besoin.

Mais mon interrogation est feinte, car la raison de la préférence, dans ces affaires, peut aisément se subodorer : celle qui n'a pas d'enfant joue à l'homme dans le couple ou, en tout cas, y a pris un ascendant déterminant et entend, par pure convenance, avoir une part de l'autorité parentale. Je n'ai malheureusement pas le temps de citer le témoignage<sup>34</sup>, lu récemment, d'une adolescente de quatorze ans attestant, de manière exemplaire, que, dans la société moderne, les adultes privilégient leur propre plaisir sans se préoccuper outre mesure de ne pas faire le malheur de leurs enfants.

J'ai parlé de ma première réaction, mais mon malaise, lui, est juridique et c'est ce dont d'ailleurs j'aurais dû, peut-être, me contenter de parler en ce lieu.

Je sais que l'article 377, alinéa premier, du code civil, relatif à la délégation de l'autorité parentale, peut faire l'objet de deux interprétations totalement différentes. La Cour de cassation a choisi l'une des deux et a pu en être approuvée. Celle dont on dit habituellement qu'elle tue : la lettre. Avec M. Vigneau<sup>35</sup>, en particulier, je préfère l'autre interprétation, celle qui s'attache à l'esprit du texte. En effet, l'article 377, alinéa premier, commence ainsi : « *les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent...* ». Ce qui est visé, c'est le couple père-mère, qui peut agir ensemble ou séparément, c'est-à-dire « à part l'un de l'autre », si l'on veut bien ne pas négliger la définition du mot. Séparément implique donc l'autre, et l'autre, dans le texte, n'est pas du même sexe. Il a été assez dit que ce texte visait à faciliter la tâche des familles recomposées ou des grands-parents mais, à aucun moment, il n'a été question du couple homoparental.

On est loin d'être convaincu que les conditions posées dans l'article 377, alinéa premier, aient été remplies en l'espèce. Si les circonstances exigeaient réellement, comme il est dit dans l'arrêt, la délégation d'autorité parentale, il faudrait réviser le statut de toutes les mères isolées qui élèvent seules leurs enfants sans filiation paternelle établie, obligées par surcroît à de longs déplacements quotidiens, en voiture et/ou en train, sans parler - si l'on veut songer à tout - de la mort possible d'un piéton dans la rue d'une ville par la chute d'une enseigne un jour de grand vent<sup>36</sup>. Le pourvoi du procureur général a tout dit sur l'inexistence, en l'espèce, de ces circonstances particulières.

Il en ressort l'impression que la première chambre civile a fait dans le virtuel. De plus, on aurait voulu savoir pourquoi l'arrêt se réfère à « l'intérêt supérieur de l'enfant », alors que l'article 377, alinéa premier, ne fait pas même allusion à l'intérêt tout court de l'enfant, qui ne semble pas avoir été particulièrement pris ici en compte par le législateur.

La décision suscite d'ailleurs, de toute façon, plutôt le sentiment de l'absence de véritable intérêt de la délégation pour les deux enfants concernés et que, en opposition avec l'attendu de l'arrêt du 8 novembre 2005 critiqué précédemment pour la raison inverse, on a eu égard avant tout à l'intérêt d'un adulte.

Quant à la délégation partielle autorisée, sans aucune précision de ce qui était délégué, au procureur général qui n'avait évidemment pas manqué de le relever dans un second moyen, tout aussi bien argumenté que le premier et fondé sur le même texte, il fut sèchement répondu « *que le prononcé d'une délégation partielle de l'autorité parentale, sans précision des droits délégués, n'équivaut pas au prononcé d'une délégation totale* ». Certes, mais au-delà de ce qui pourrait être considéré comme une lapalissade, la réponse est un peu courte car qui va, dans le détail et le concret de la vie quotidienne, déterminer les attributs délégués, sinon l'accord entre les deux femmes ? De ce fait, la Cour vient ainsi de revenir sur une jurisprudence pourtant bien établie, à juste titre compte tenu des textes, rappelée par surcroît dans l'arrêt déjà évoqué du 6 décembre 2005, lequel, à propos du droit de visite d'un père alors qu'il était détenu, avait cassé la décision d'une cour d'appel qui, étant donné les circonstances, avait subordonné l'exercice du droit de visite à l'accord des parents et selon des modalités à définir avec l'autorité pénitentiaire. La première chambre civile a alors rappelé, on le sait, que dans ce domaine, les juges ne peuvent déléguer les pouvoirs que leur confère la loi. En irait-il différemment pour la délégation de l'autorité parentale ? Il ne le semble pas, d'après l'article 377-1, dont l'alinéa premier dispose que « *la délégation totale ou partielle de l'autorité parentale résultera du jugement rendu par le juge aux affaires familiales* ». Et le juge est saisi en vue, précisément, de voir déléguer tout ou partie de l'autorité parentale.

Il resterait à se poser une dernière question juridique : à quel titre la compagne homosexuelle s'est-elle vu déléguer partiellement l'autorité parentale de la mère sur les deux enfants, celui de proche digne de confiance, ou celui de membre de la famille ? En effet, un arrêt de la deuxième chambre civile, en date du 25 mars 2004<sup>37</sup>, a, par application et de l'article 515-1 du code civil définissant le PACS (article inchangé en 2006) et de l'article L. 30 1° du code électoral, décidé qu'un homme pacsé pouvait profiter de la dérogation accordée au fonctionnaire, ce qui était le cas de sa compagne, en cas de mutation après clôture des délais d'inscription pour se faire inscrire sur les listes électorales en dehors des périodes de révision desdites listes. Mais le texte a été amputé, car l'article 30 1° accorde une telle dérogation au fonctionnaire muté ainsi « *qu'aux membres de leur famille domiciliés avec eux à la date de mutation* ». Il ne suffit donc pas d'être domicilié avec le fonctionnaire, il faut l'être d'abord en tant que membre de la famille. Le pacsé a été considéré comme tel et c'est ce qui rend important cet arrêt de cassation.

On laissera à chacun la liberté d'interpréter l'arrêt du 25 mars 2004 comme la première pierre d'un édifice dont l'arrêt de rejet du 24 février 2006 serait, lui, la deuxième.

<sup>34</sup> Cf. *infra*, annexe II.

<sup>35</sup> D. 2006, J. p. 897.

<sup>36</sup> La remarque vaut évidemment aussi pour les pères qui se trouveraient dans une situation symétrique.

<sup>37</sup> Bull. 2004, II, n° 144, p. 121 ; *Rev. trim. dr. civ.*, p. 389, obs. Hauser.

Quel jugement porter précisément sur cette dernière décision ? Si la première chambre civile a voulu rééditer le précédent du président Derenne, à l'origine, le dernier jour de l'exercice de ses fonctions, d'un arrêt volontairement provocateur à l'intention du législateur, l'arrêt *Desmares*, l'effet est raté. Car si le pacs a été reconsidéré, en étant glissé dans la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, et même si le nouveau a pu être qualifié de quasi- mariage<sup>38</sup>, dans aucun article il n'a été traité de l'organisation de la vie du couple avec les enfants. C'est pourquoi - on l'a dit - le pacsé n'est pas *l'autre* qu'implique le terme « séparément » dans l'article 377-1 du code civil.

Mais si la Cour de cassation a interprété pour créer, si, en rendant un tel arrêt, elle a voulu avertir les juges qu'elle n'était pas hostile à l'homoparentalité, alors sa décision prend une toute autre dimension, dont les conséquences peuvent être plus importantes encore. Le problème de l'adoption de l'enfant de l'autre par le compagnon ou la compagne homosexuel est en effet déjà posé en justice. Les réponses sont divergentes. L'avenir dira si la Cour de cassation aura été comprise comme ayant entendu devancer le législateur en ce domaine<sup>39</sup>.

\*  
\* \*

Que conclure au terme de cette très longue, trop longue, promenade à travers la jurisprudence de cette Cour ? Faut-il en ressortir pessimiste ou optimiste sur le devenir de la famille ? Ni l'un ni l'autre. La société évolue à très grande vitesse, la famille aussi.

Faut-il regretter celle du code civil, dont on rappellera qu'elle était constituée d'un homme marié derrière lequel étaient dissimulés sa femme et ses enfants, tout le reste étant rejeté dans les ténèbres extérieures ? Certainement pas, même si les femmes ont toujours eu, en fait, beaucoup plus d'influence, voire de pouvoir, qu'on ne le croyait officiellement. L'adultère, l'inceste, la pédophilie ont toujours existé, et dans tous les milieux. La science a permis de découvrir que presque 10 % des enfants légitimes n'étaient pas du mari, à une époque où la liberté individuelle et la libération sexuelle n'avaient pas encore pris l'ampleur qu'on leur connaît depuis quelque temps. La différence avec aujourd'hui est qu'un couvercle était posé sur le tout : ainsi les apparences étaient-elles sauvées. Le couvercle a sauté. Il est cependant trop tôt pour savoir si une certaine dose d'hypocrisie n'est pas nécessaire à la vie en société, à condition toutefois qu'elle ne recouvre pas les outrances.

Et il y a outrage en cas de violence entre adultes, dont on a su récemment quel taux elle pouvait atteindre (ce que le professeur Henrion, chargé il y a quelques années d'un rapport sur la question, avait déjà dénoncé pour alerter) ; en cas de violences sur les enfants ou en cas d'inceste - quand on parle d'inceste, on vise les rapports contraints père-fille dans la quasi-totalité des affaires - ou encore en cas de pédophilie. Et si le droit permet aujourd'hui de révéler de telles situations ainsi que de sanctionner des comportements interfamiliaux indignes, qui s'en plaindrait ?

Ce n'est pas la famille qui change, elle ne fait que refléter une société en pleine mutation. Et d'ailleurs, personne n'empêche les familles de s'entendre ou de faire l'effort nécessaire pour s'entendre. Ce n'est pas l'évolution de la famille qui nous dérange, c'est la transparence de situations jusque-là occultées. La seule évolution préoccupante, mais elle ne l'est ni pour nous ni même pour les plus jeunes d'entre nous, serait que chacun passe un jour son temps, d'un œil à regarder tendrement croître l'embryon qu'il aura eu tout seul - vieux rêve, paraît-il, de l'humanité, que chaque sexe puisse se passer de l'autre - dans un utérus artificiel mis, d'ici là, définitivement au point, de l'autre, à consulter l'écran qui le reliera au monde entier, voire à d'autres mondes.

Mais abandonnons là cette vision cauchemardesque. La vérité est que la mutation que connaît le monde actuellement est si profonde que nous flottons pour en déterminer le sens, même s'il faut toujours relativiser ce genre d'impression par rapport aux autres mutations qu'a connues l'humanité.

Toutefois, si permissive et méconnaissable que soit la société à venir par rapport à celle que nous croyons connaître, tant que l'être humain ne sera pas changé, dans les proportions esquissées il y a un instant, il ne pourra se passer d'interdits, c'est-à-dire de droit, pendant un temps dont on peut se hasarder à prédire qu'il sera encore long. Puisse ce temps être mis à profit pour débattre et savoir quelles valeurs sont encore les nôtres et si nous souhaitons nous en débarrasser radicalement ou seulement les faire évoluer en les aménageant !

On peut au moins augurer que l'*homo juridicus* cher à Alain Supiot ne sera pas, dans un avenir prévisible, relégué au rayon des antiquités, tant le toujours plus de liberté génère le toujours plus d'interdits et la nécessité de juristes pour les faire respecter ou pour aider à les contourner.

C'est dire que la grande dame - comme j'ai coutume de l'appeler - qui nous reçoit ce soir peut être rassurée : elle a encore, à vue d'homme contemporain, de beaux jours devant elle. Et que mes collègues se rassurent aussi : ce n'est pas à eux que sera réservé l'épouvantable sort de ne plus pouvoir approuver, et surtout critiquer, ses décisions.

L'avenir reste donc radieux pour tous !

---

<sup>38</sup> Ph. Simler et P. Hilt, « Le nouveau visage du PACS : un quasi-mariage », *JCP* 2006, I, 161, p. 1495.

<sup>39</sup> Cf. *infra*, annexe III.

## Ont été mis en annexe les réflexions et développements qui ont été supprimés lors de la conférence... déjà suffisamment longue !

### Annexe I

On pourrait faire une réflexion identique à propos de l'article indéfini devant « considération primordiale », car si primordiale elle est, elle est parfaitement définie. Il eût donc été préférable de viser « la » considération primordiale. La différence avec la précédente observation (concernant l'intérêt supérieur) est que la traduction française du texte de la Convention est, ici, conforme au texte anglais.

### Annexe II

Il s'agit d'une adolescente dont les parents, au moment de leur divorce, avaient obtenu la garde alternée. Une semaine, elle devait « subir » la femme qui vivait avec son père et l'avait prise en grippe ; la suivante, elle devait « subir » la femme qui vivait avec sa mère et qui, ayant décidé de faire son éducation, dictait sa conduite de tous les instants et lui interdisait toute sortie. Quant à la mère, sans doute elle-même sous influence, elle avait tout simplement renoncé à son rôle.

### Annexe III

En réalité, la jurisprudence de la Cour de cassation, sur ce point, ne peut être appréciée à sa juste valeur qu'en élargissant les données du problème. Au-delà de ce dernier, en effet, se pose à l'esprit de chacun, parce que, à l'heure actuelle, ouvertement évoqué, celui de l'adoption d'un enfant par un couple homosexuel.

Or, à ce propos, il serait vraiment peu séant de ne pas constater la rapidité de l'unification mondiale des mœurs, tout particulièrement en Occident via la télévision et l'Internet, attestant que le problème n'est pas seulement hexagonal. Ce le serait moins encore de passer sous silence l'environnement juridique immédiat de la France, entourée de pays, hormis, pour l'instant, l'Allemagne et l'Italie, qui, malgré leurs cultures différentes, ont légalisé le mariage homosexuel et, dans la foulée, l'adoption dans ce cas.

Il était donc tentant de susciter des réactions sur ces deux points, ce que j'ai fait en interrogeant systématiquement à ce sujet, pendant plusieurs mois, toute personne rencontrée, quels qu'aient été sa condition, son milieu, sa profession, parmi lesquelles plusieurs médecins qui, soit dit en passant, avouaient souvent être pris de court par les questions. Sans doute ne s'agit-il que d'un minuscule indice ; il ne me semble cependant pas dénué d'intérêt.

A la première question posée - que pensez-vous du mariage homosexuel ? - les personnes interrogées, à de très rares exceptions près, n'y avaient aucune objection décisive, au nom de la liberté individuelle que doivent avoir les adultes en ce domaine.

Sur la seconde question, relative à la possibilité pour un couple homosexuel d'adopter, la proportion s'inversait ; c'était non, parce que l'enfant risquait trop de souffrir d'être élevé dans un cadre hors norme. A l'exception toutefois de deux personnalités connues du grand public et reconnues dans leur spécialité, dont la similitude des réponses, qui ont chaque fois fusé, était frappante : pose-t-on des conditions pour que les hétérosexuels puissent avoir des enfants ? Va-t-on interdire de concevoir aux alcooliques, aux pédophiles, aux violents, avec leur cortège d'enfants ainsi de différentes manières maltraités ?

Si l'on est sensible à l'objection - et comment ne pas l'être ? - en tout cas, tous ceux à qui elle a été présentée l'ont été. Car on ne saurait la balayer d'un revers de main en arguant qu'il ne servirait à rien d'opposer des cas particuliers à d'autres cas particuliers. En effet les différents groupes évoqués, y compris naturellement les homosexuels, ont cessé d'être des « cas particuliers », comme l'attestent les chiffres, ne seraient-ce que ceux qui révèlent les violences subies - il ne reste plus qu'un argument décisif à opposer à une telle adoption : elle constituerait une atteinte dangereuse à la représentation qu'un enfant doit avoir de la réalité.

Certes, on ne doit jamais oublier que l'homosexualité n'est pas une affaire de culture, puisqu'elle existe dans la nature, c'est-à-dire chez les animaux. Il n'empêche ! La nature connaît deux sexes et l'on a encore besoin des deux pour se reproduire. Mais à peine a-t-on rappelé cette évidence immémoriale que l'on doit s'interroger sur sa pérennité.

On ne s'attardera pas sur une thèse soutenue très récemment par Mme Laure Murat, intitulée « La loi du genre, une histoire culturelle du "troisième sexe" », suggérant le neutre entre le féminin et le masculin, ni homme, ni femme, ou plutôt homme et femme<sup>40</sup>, à la suite des travaux de Mme Ruth Butler<sup>41</sup>. Car il ne s'agit là que d'une autre façon, refusant l'identification du genre par le sexe, de représenter l'humanité.

C'est donc surtout la publication des travaux d'un colloque<sup>42</sup>, auquel ont participé médecins, psychiatres, psychologues, anthropologues, historiens... qui retient l'attention et secoue des certitudes que l'on croyait définitivement acquises.

En effet, il est d'abord affirmé dans cet ouvrage que la parentalité, c'est-à-dire l'interchangeabilité de l'homme et de la femme, dans leur rôle de père et de mère, serait déjà mauvaise quant à la représentation de la famille pour les enfants. Mais il s'agit là d'une constatation à la portée de chacun, qui marque une évolution, sans être pour autant traumatisante. Plus étonnante en revanche est la contribution d'Henri Atlan, intitulée « Désir d'enfants, de qui est-ce l'affaire ? », reprise de ce qu'il avait développé dans un ouvrage très remarqué, d'une année antérieure<sup>43</sup>. Tout en précisant que rien n'est définitivement joué, il n'en suggère pas moins « un avenir

<sup>40</sup> C'est ce double genre, paraît-il, qu'un Népalais vient de se voir reconnaître dans son pays sur ses papiers d'identité. Une grande première !

<sup>41</sup> *Troubles dans le genre*, paru aux Etats-Unis en 1990, dont la traduction française vient de sortir (La découverte, 2006), ouvrage très connu et considéré comme majeur.

<sup>42</sup> Frydman, Flis-Trèves (sous la dir.), *A quoi rêvent les hommes ?* (Odile Jacob, 2006).

<sup>43</sup> *L'utérus artificiel* (Le Seuil, 2005).

possible pour les générations futures ». Il avait expliqué auparavant que : « *l'invariant de la reproduction sexuée et de l'asymétrie maternelle a constitué une contrainte de base, autour de laquelle des variations culturelles ont pu se décliner. Demain, cet invariant aura peut-être disparu. Alors, de façon apparemment paradoxale, l'hypermédicalisation de la procréation aboutira à débiologiser les rapports des parents, entre eux et avec leurs enfants. Continuant et achevant peut-être une transformation déjà commencée, la parenté sera de plus en plus sociale et de moins en moins biologique* ».

Quant au professeur Frydman, il a fait état de travaux récents dans le monde animal, laissant « *penser que l'obtention de gamètes mâles ou femelles à partir de cellules souches embryonnaires sera bientôt possible* ». Si l'on néglige pour l'instant les importantes difficultés techniques à résoudre, ce serait, dit-il, un véritable bouleversement quant aux conséquences du processus lorsqu'il aurait été correctement maîtrisé. Quel bouleversement en effet que « *l'obtention de cellules souches immortalisées (puisse) être conduite vers la formation de gamètes aussi bien mâles que femelles à partir d'un même noyau ! Ainsi, à partir d'un même individu, on pourrait obtenir la formation de gamètes mâles ou femelles... Ce yin et ce yang, féminin-masculin, pourraient enfin s'exprimer. "Un" se diviserait en "Deux" mais, de deux sexes différents* ». Et de conclure que cette technique serait « *révélatrice de l'hermaphrodisme qui sommeille en chacun d'entre nous* ».

Tout tend, en effet, dans les évolutions techniques actuelles, à ce que, comme le dit encore Henri Atlan, de nouvelles identités féminines et masculines émergent. « *Le rôle des géniteurs, paternel et maternel, sera pratiquement le même, réduit à la fourniture de cellules en vue de fécondations ou d'autres modes (à venir) de procréation* ».

Si cette nouvelle conjoncture advenait, la célèbre thèse de Françoise Héritier deviendrait caduque, selon laquelle les hommes n'ont jamais pardonné (d'où leur volonté de domination) aux femmes de pouvoir enfanter du différent, des fils, aussi bien que de l'identique, des filles.

L'homoparentalité sera-t-elle considérée un jour comme l'anticipation sociologique d'une réalité biologique pour l'heure virtuelle ? Quels problèmes nouveaux dès lors à résoudre ? Pour quelles familles ? Et par quelle Cour de cassation ? Si ces interrogations s'imposent, les réponses à leur donner ne relèvent ni de notre compétence, ni même de notre imagination.

# Quelques règles spécifiques à l'appel correctionnel

## I. - Sur la décision susceptible d'appel

Selon les dispositions de l'article 507 du code de procédure pénale, lorsque le tribunal statue par un jugement distinct du jugement sur le fond :

- l'appel n'est immédiatement recevable que si ce jugement met fin à la procédure ;
- dans le cas contraire, la partie appelante doit déposer au greffe une requête aux fins de recevabilité immédiate de l'appel. Le fait de ne pas user de la faculté de déposer cette requête ne rend pas l'appel définitivement irrecevable, mais a pour effet de n'en permettre l'examen qu'en même temps que celui de l'appel ultérieurement formé contre la décision sur le fond (Crim., 14 février 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 37, p. 145). Il ne faut donc pas oublier de statuer sur l'appel du jugement avant dire droit lors de l'appel de la décision sur le fond.

## II. - Sur l'effet dévolutif de l'appel

En application des articles 509 et 515 du code de procédure pénale, l'affaire est dévolue à la cour dans la limite fixée par l'acte d'appel et par la qualité de l'appelant.

- Sauf indications contraires énoncées dans l'acte d'appel, le recours du prévenu porte à la fois sur les dispositions pénales et civiles.
- Sauf indications contraires formulées dans la déclaration d'appel, le recours, principal ou incident, du ministère public, sans effet sur les intérêts civils, saisit la juridiction d'appel de l'intégralité de l'action publique (Crim., 21 septembre 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 214, p. 760).
- En l'absence d'appel du prévenu, si le ministère public, seul appelant, limite son appel aux peines prononcées, la déclaration de culpabilité est définitive (Crim., 10 mars 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 64, p. 241). Elle est également définitive lorsque le prévenu et le ministère public, appelants, limitent leurs recours aux peines prononcées.

- L'appel de la partie civile, sans effet sur l'action publique, ne peut porter que sur ses intérêts civils. Toutefois, il n'en est ainsi que si les premiers juges ont statué sur le fond. S'ils se sont bornés à se prononcer sur la compétence (Crim., 26 juin 1975, *Bull. crim.* 1975, n° 167, p. 462) ou à déclarer nul l'acte les saisissant (Crim., 12 octobre 1993, *Bull. crim.*, 1993, n° 284, p. 716 ; Crim., 29 avril 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 162, p. 463), les juges du second degré, par le seul appel de la partie civile, sont saisis non seulement de l'action civile mais aussi de l'action publique, qui a continué de subsister, et sont tenus de statuer sur les deux actions.

## III. - Sur l'interdiction d'aggraver le sort du prévenu ou de la partie civile sur son seul appel

- Une relaxe partielle prononcée par le tribunal ne peut être remise en cause sur le seul appel du prévenu, ni même à l'occasion de l'appel de la partie civile sur les intérêts civils.
- Sur le seul appel de la partie civile d'un jugement déclarant l'action publique éteinte par l'effet de la prescription, les juges du second degré ne peuvent prononcer une peine (Crim., 25 octobre 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 253, p. 893).
- Sur le seul appel soit du prévenu limité aux intérêts civils, soit de la partie civile, il est impossible de réformer, en faveur de la partie non appelante, le jugement auquel elle a tacitement acquiescé.

## IV. - Sur l'action civile

- Le principe de l'autorité de la chose jugée fait obstacle à ce qu'une cour d'appel, saisie d'un appel limité aux dispositions civiles, réforme ce qui a été définitivement jugé sur l'action publique.

- En cas de jugement de relaxe, la juridiction du second degré, saisie du seul appel de la partie civile, ne peut prononcer une sanction pénale contre le prévenu définitivement relaxé. Toutefois, la décision de relaxe n'ayant aucune autorité à l'égard de l'action civile, les juges d'appel sont tenus de rechercher si les faits poursuivis constituent ou non une infraction pénale, au besoin en requalifiant les faits s'ils caractérisent une infraction pénale autre que celle visée aux poursuites et, dans l'affirmative, ont l'obligation de se prononcer sur la demande de réparation civile (Crim., 18 janvier 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 18, p. 48).

## V. - Sur les irrecevabilités en lien avec l'action civile

- L'irrecevabilité d'une constitution de partie civile, fondée sur l'article 2 du code de procédure pénale, peut être soulevée d'office en tout état de la procédure (Crim., 10 juin 1970, *Bull. crim.* 1970, n° 193, p. 461). Il convient alors d'inviter les parties à faire valoir leurs observations. L'irrecevabilité de la constitution de

partie civile peut aussi être soulevée par le ministère public, le prévenu, le civilement responsable en tout état de la procédure et notamment pour la première fois en cause d'appel (Crim., 11 septembre 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 175, p. 573).

- L'irrecevabilité en cause d'appel d'une demande nouvelle, en application de l'article 515 du code de procédure pénale, n'est pas d'ordre public et ne peut être relevée d'office par les juges du second degré (Crim., 18 octobre 1988, *Bull. crim.* 1988, n° 349, p. 940 ; Crim., 18 septembre 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 318, p. 958).

- N'est pas nouvelle, au sens de l'article 515 du code de procédure pénale, la demande de dommages-intérêts formée pour la première fois en cause d'appel par la partie civile qui, avant toute défense au fond, avait soulevé l'incompétence du tribunal, dès lors que les premiers juges ont, par un seul et même jugement, statué sur la compétence et sur l'action publique sans mettre la partie civile en mesure de compléter sa demande (Crim., 25 mai 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 156, p. 560).

## VI. - Sur la qualité à intervenir de :

### **La victime**

- Lorsqu'en l'absence d'appel de la partie civile et du prévenu les dispositions civiles du jugement sont devenues définitives, la victime est irrecevable à intervenir en qualité de partie civile devant la cour saisie, par l'appel du prévenu et du ministère public, de la seule action publique (Crim., 19 janvier 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 26, p. 69).

- Dans le cas d'un jugement de relaxe et d'un appel du seul ministère public, la victime qui a été déboutée de ses demandes et n'a pas interjeté appel de la décision est irrecevable à intervenir devant la cour en qualité de partie civile (Crim., 9 mars 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 86, p. 309).

### **L'assureur**

- Lorsque des poursuites pénales sont exercées à l'occasion d'une infraction d'homicide ou de blessures involontaires, les assureurs appelés à garantir les dommages sont admis à intervenir (intervention forcée ou volontaire) pour la première fois en cause d'appel, en application des dispositions de l'article 388-1 du code de procédure pénale.

- Les dispositions de l'article 385-1, alinéa 2, du code de procédure pénale ne font pas obstacle à ce que l'assureur, qui n'a pas comparu en première instance bien que mis en cause dans les conditions prévues par les articles 388-1 et 388-2, soumette à la cour d'appel, avant toute défense au fond, les exceptions visées à l'alinéa premier de l'article 385-1 (Crim., 16 janvier 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 9, p. 28).

### **Le fonds de garantie**

- Lorsque des poursuites pénales sont exercées à l'occasion d'une infraction d'homicide ou de blessures involontaires, le fonds de garantie peut intervenir devant la juridiction répressive pour la première fois en cause d'appel.

- Le fonds de garantie des victimes, lorsqu'il est subrogé dans les droits de la victime, peut se constituer partie civile devant la juridiction répressive pour la première fois en cause d'appel, en vue d'obtenir le remboursement de l'indemnité ou de la provision par lui versée, même si la victime ne s'est pas constituée partie civile à titre personnel (Crim., 31 mai 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 209, p. 616).

### **Organisme social et civilement responsable**

- Les caisses de sécurité sociale, le civilement responsable ne peuvent intervenir pour la première fois en cause d'appel.

## VII. - Sur l'ajournement

Les juges du second degré, dès lors qu'ils sont saisis de l'appel d'un jugement déclarant la culpabilité avec ajournement du prononcé de la peine à une date ultérieure, doivent, en raison de l'effet dévolutif de l'appel, à l'occasion de l'examen de cet appel, statuer sur la culpabilité mais aussi sur la peine.

- S'ils sont saisis par l'appel du ministère public (principal ou incident), il leur appartient de se prononcer sur la culpabilité et sur la peine, sans égard pour la date à laquelle le tribunal avait prévu de statuer sur la peine (Crim., 28 février 1991, *Bull. crim.* 1991, n° 101, p. 254).

- S'ils sont saisis par le seul appel du prévenu, dont ils ne doivent pas aggraver le sort, il leur appartient d'ordonner une remise de la cause, de façon à ne statuer sur la peine qu'après l'expiration du délai fixé par le tribunal (Crim., 12 février 1988, *Bull. crim.* 1988, n° 147, p. 385).

Les juges du second degré, lorsqu'ils sont saisis de l'appel d'un jugement déclarant la culpabilité avec ajournement du prononcé de la peine et ordonnant un sursis à statuer sur les intérêts civils, doivent, sous peine de méconnaître l'étendue de leur saisine, statuer sur la culpabilité, la peine, et se prononcer sur les intérêts civils (Crim., 19 janvier 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 23, p. 61 ; Crim., 13 décembre 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 311, p. 1126).

## VIII. - Sur la qualification

- Sauf exceptions (exemple : la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse), le juge pénal, qui n'est pas lié par la qualification donnée à la prévention, a le devoir de restituer à la poursuite sa véritable qualification et il ne peut prononcer une relaxe qu'autant qu'il a vérifié que les faits dont il est saisi ne sont constitutifs d'aucune infraction.

- L'article 6-3 de la Convention européenne des droits de l'homme, selon lequel tout accusé a droit à être informé de manière détaillée de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui, exige pour ce faire que le prévenu soit mis en mesure de s'expliquer et de présenter sa défense sur la nouvelle qualification envisagée. Il est en conséquence indispensable, avant toute requalification, de constater dans l'arrêt que le prévenu a été mis en mesure de se défendre sur la nouvelle qualification. Ceci empêche toute requalification lorsque la cour statue par défaut (Crim., 5 janvier 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 9, p. 26).

- Le juge pénal ne peut relever d'office une circonstance aggravante non visée dans le titre de la poursuite que si le prévenu a été mis en mesure de s'expliquer sur celle-ci et de se défendre. Il lui est donc interdit de la relever d'office lorsque le prévenu, non comparant, n'a pas été mis en mesure de s'expliquer (Crim., 20 septembre 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 274, p. 807).

- L'état de récidive légale peut être relevé d'office par la juridiction de jugement, en application de l'article 132-16-5 du code pénal, dès lors que la personne poursuivie en est informée au cours de l'audience et qu'elle a été mise en mesure d'être assistée d'un avocat et de faire valoir ses observations.

## IX. - Sur le sursis

Le sursis n'est qu'une modalité d'exécution de la peine prononcée qui, sur le seul appel du prévenu, ne peut être aggravée.

- La cour qui, sur le seul appel du prévenu, élève la durée de la peine d'emprisonnement prononcée par les premiers juges, même en l'assortissant intégralement ou pour partie du sursis simple ou du sursis avec mise à l'épreuve, aggrave le sort de l'appelant (Crim., 13 juin 1968, *Bull. crim.* 1968, n° 193, p. 471 ; Crim., 31 mars 1993, *Bull. crim.* 1993, n° 137, p. 337 ; Crim., 21 novembre 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 242, p. 797).

- Mais la cour qui, sur le seul appel du prévenu, ne modifie pas la durée de la peine d'emprisonnement, mais substitue au sursis simple un sursis avec mise à l'épreuve, n'aggrave pas le sort de l'appelant (Crim., 4 avril 2002, *Bull. crim.* 2002, n° 78, p. 262).

## X. - Sur l'exception de nullité

En application de l'article 385, dernier alinéa, du code de procédure pénale, les exceptions de nullité doivent être présentées avant toute défense au fond à peine d'irrecevabilité.

- Le juge pénal ne peut relever d'office les nullités, même lorsqu'elles sont substantielles et d'ordre public, sauf lorsqu'elles affectent la compétence (cf. notamment Crim., 10 octobre 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 246, p. 872).

- En cas de défense au fond devant le tribunal, les exceptions de nullité ne peuvent être invoquées pour la première fois en cause d'appel et les exceptions de nullité régulièrement soulevées devant le tribunal ne sont recevables devant la cour que si elles sont reprises avant toute défense au fond, soit par observations formulées à l'appel de la cause et retranscrites par le greffier au plumeitif d'audience, soit par conclusions déposées auprès du greffier et par lui enregistrées antérieurement à l'audience et, au plus tard, à l'appel de la cause.

- L'absence de toute défense au fond devant le tribunal autorise en revanche que des exceptions de nullité puissent être invoquées en cause d'appel, sous réserve, à peine d'irrecevabilité, d'être soulevées devant la Cour dans les formes précitées avant toute défense au fond.

## XI. - Sur le pouvoir d'évocation

En application des dispositions de l'article 520 du code de procédure pénale, lorsque le jugement est annulé pour violation ou omission non réparée de formes prescrites par la loi à peine de nullité, la cour doit évoquer et statuer au fond.

L'évocation par la cour suppose que le jugement soit opposable au prévenu. Elle est donc impossible si ce dernier n'a pas été cité ou convoqué devant la juridiction qui a rendu le jugement frappé d'appel (Crim., 5 juin 1991, *Bull. crim.* 1991, n° 239, p. 616), ou si le jugement a été rendu par une juridiction incompétente *ratione loci*, le jugement ne pouvant, dans ces cas, qu'être annulé.

Les dispositions de l'article 520 du code de procédure pénale ne sont pas limitatives et s'étendent en particulier au cas où l'irrégularité affecte l'acte par lequel le tribunal compétent est saisi : une convocation en justice (Crim., 27 avril 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 97, p. 377), ou encore une citation (Crim., 12 avril 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 120, p. 416). En effet, dès lors que la nullité est de celles qu'une défense au fond aurait pu couvrir et que l'action publique a été mise en mouvement devant le tribunal compétent, la cour ne peut se borner à annuler le jugement entrepris ; elle doit évoquer et statuer.

# Cour de cassation

## I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

SÉANCE DU 17 SEPTEMBRE 2007

Titre et sommaire	Page 21
Avis	Page 21
Rapport	Page 22
Observations	Page 32

### Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)

*Redressement judiciaire - Ouverture - Qualité - Professionnel - Professionnel ayant cessé son activité - Cessation d'activité - Moment - Absence d'influence.*

A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006, une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire peut être ouverte, sur le fondement de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, à la demande d'un professionnel ayant cessé son activité et qui n'est pas déjà soumis à une procédure collective, dès lors qu'il se trouve en état de cessation des paiements et que tout ou partie de son passif provient de son activité professionnelle, peu important la date à laquelle il a cessé son activité.

21  
•

### AVIS

#### LA COUR DE CASSATION,

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

Vu la demande d'avis formulée le 14 mai 2007 par le tribunal de grande instance de Bastia, reçue le 24 mai 2007 et ainsi libellée :

*« Le professionnel ayant cessé son activité avant que la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 soit applicable peut-il, depuis la date d'entrée en vigueur de ce texte, prendre l'initiative d'une déclaration de cessation des paiements, ce qui lui était refusé sous l'empire de l'ancienne législation ? »*

#### EST D'AVIS QUE :

A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006, une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire peut être ouverte, sur le fondement de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, à la demande d'un professionnel ayant cessé son activité et qui n'est pas déjà soumis à une procédure collective, dès lors qu'il se trouve en état de cessation des paiements et que tout ou partie de son passif provient de son activité professionnelle, peu important la date à laquelle il a cessé son activité.

M. Lamanda, P. Pt. - Mme Orsini, Rap., assistée de M. Barbier, greffier en chef. - Mme Bonhomme, Av. Gén.

# Rapport de Mme Orsini

## Conseiller référendaire

La Cour de cassation est saisie d'une demande d'avis formée par le tribunal de grande instance de Bastia.

La question posée est la suivante :

***Le professionnel ayant cessé son activité avant que la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 soit applicable peut-il, depuis la date d'entrée en vigueur de ce texte, prendre l'initiative d'une déclaration de cessation des paiements, ce qui lui était refusé sous l'empire de l'ancienne législation ?***

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

Le 1<sup>er</sup> mars 2007, M. P..., ancien agriculteur, a déposé au greffe du tribunal de grande instance de Bastia une déclaration de cessation des paiements en vue de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. Il a estimé son passif, constitué de créances de la Caisse régionale du crédit agricole, de la Mutualité sociale agricole et de l'office d'équipement hydraulique de Corse, à environ un million d'euros, pour un actif disponible inexistant. Entendu en chambre du conseil, il a expliqué qu'il n'avait plus d'activité depuis plusieurs années, qu'il percevait une pension de retraite et que son patrimoine immobilier, estimé à 55 000 euros, était hypothéqué et donné en location à son fils, les loyers permettant le paiement de la pension alimentaire due à son ex-épouse.

Constatant que M. P... avait cessé son activité bien avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et retenant que jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2006, date d'entrée en vigueur de cette loi, le « professionnel » retiré des affaires n'avait pas qualité pour demander lui-même l'ouverture d'une procédure collective, le tribunal a décidé de soumettre pour avis à la Cour de cassation la question précitée.

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

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

Par courrier recommandé avec demande d'avis de réception du 27 mars 2007, M. P... a été avisé de l'intention du tribunal de solliciter l'avis de la Cour de cassation et invité à présenter ses observations. Le procureur de la République, avisé le même jour, a présenté des observations écrites qui ont été jointes au dossier.

Le 14 mai 2007, le tribunal a rendu le jugement sollicitant l'avis de la Cour de cassation. La décision a été transmise au greffe de la Cour de cassation et notifiée, ainsi que la date de transmission du dossier, à M. P... par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Bastia, le premier président de la cour d'appel de Bastia et le procureur général près ladite Cour en ont été informés.

La saisine pour avis paraît donc recevable en la forme.

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

Les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent solliciter l'avis de la Cour de cassation avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

2.1. - La question est à l'évidence nouvelle dès lors qu'elle trouve sa justification dans l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2006, de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et n'a pas été tranchée par la Cour de cassation.

2.2. - Est-elle susceptible d'être posée dans de nombreux litiges ?

Elle concerne toutes les situations dans lesquelles un débiteur ayant cessé son activité antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2006, date d'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, aurait déposé ou déposerait son bilan postérieurement à cette date. Sachant que le dépôt de bilan est, statistiquement, la première cause d'ouverture des procédures collectives (plus de 40 %) et considérant que la nouvelle loi permet désormais au débiteur retiré des affaires de solliciter l'ouverture d'une procédure collective sans aucune condition de délai, la question du champ d'application dans le temps de la loi de sauvegarde est susceptible de se poser dans un nombre non négligeable d'affaires.

2.3. - Présente-t-elle une difficulté sérieuse ?

La question posée à la Cour de cassation porte sur l'application dans le temps de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et touche par conséquent un domaine du droit par nature délicat et complexe, dès lors qu'il s'agit de déterminer les domaines respectifs d'application temporelle de deux lois successives.

2.3.1. - Ayant observé que la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises se démarquait de la règle antérieure, issue de la loi du 25 janvier 1985, en ce qu'elle autorisait le professionnel ayant cessé son activité à solliciter lui-même et sans aucune condition de délai l'ouverture d'une procédure collective, ce que lui refusait le droit antérieur, les juges de Bastia se sont interrogés sur l'applicabilité de la loi nouvelle à la situation dont ils étaient saisis : le professionnel s'étant retiré des affaires avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006, c'est-à-dire à une date où la loi du 25 janvier 1985 alors applicable lui interdisait de solliciter l'ouverture d'une procédure collective, n'avait-il pas perdu définitivement tout « droit » au bénéfice d'une telle procédure ?

Autrement dit, la date de l'arrêt de l'activité détermine-t-elle la loi applicable et, par suite, les conditions d'éligibilité à la procédure collective, ou, ce qui revient au même, l'application de la loi nouvelle est-elle réservée aux situations dans lesquelles le professionnel a cessé son activité postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2006 ?

2.3.2. - Partant du postulat que le droit antérieur autorisait le professionnel retiré des affaires à solliciter lui-même l'ouverture d'une procédure collective à condition de le faire dans le délai d'un an suivant l'arrêt de son activité et sous réserve d'un état de cessation des paiements antérieur à cette cessation d'activité, le procureur de la République a proposé des solutions, sur lesquelles nous reviendrons plus loin, prenant en compte la chronologie de ces événements : le professionnel retiré pourrait ou non obtenir l'ouverture d'une procédure collective selon qu'il était ou non en état de cessation des paiements lorsqu'il a cessé son activité.

2.3.3. - Si le caractère sérieux de la difficulté soulevée par la question posée à la Cour s'apprécie au regard de la diversité des solutions que pourraient lui apporter les juridictions du fond, force est de constater que les décisions rendues par certaines cours d'appel élargissent encore davantage l'éventail des solutions envisagées.

Ainsi, pour refuser l'ouverture d'une procédure collective sollicitée en août 2006 par un artisan qui avait cessé son activité en 2004, une cour d'appel<sup>1</sup> a retenu, non pas que la loi de sauvegarde n'était pas applicable, mais que, compte tenu des similitudes existant entre les textes anciens et nouveaux, la jurisprudence antérieure devait être maintenue, à savoir l'impossibilité pour le débiteur retiré des affaires de solliciter lui-même l'ouverture de la procédure collective.

A l'inverse, deux autres cours d'appel ont retenu qu'un professionnel libéral, qui avait cessé son activité à une date non précisée, dans la première espèce<sup>2</sup>, et qui, dans la seconde espèce, l'avait cessée avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises<sup>3</sup>, relevait de cette loi dès lors que tout ou partie de son passif provenait de son activité professionnelle et non de la procédure de surendettement des particuliers, régie par les articles L. 330-1 et suivants du code de la consommation.

Les divergences des solutions ainsi exposées peuvent par conséquent conduire à retenir que la question posée présente une difficulté sérieuse.

### III. - Sur le fond

La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006 a modifié les conditions d'éligibilité aux procédures de redressement et de liquidation judiciaires, notamment lorsque le débiteur a cessé son activité.

La demande d'avis sollicitée par le tribunal de Bastia trouve sa justification dans l'évolution des textes régissant ces conditions d'éligibilité (première partie) et soulève la question de l'application dans le temps des nouvelles dispositions (deuxième partie).

#### Première partie : l'évolution des conditions d'éligibilité au redressement ou à la liquidation judiciaire

La loi du 25 janvier 1985 réservait l'application de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, en ce qui concerne les personnes physiques, à *tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers et à tout agriculteur*<sup>4</sup> en état de cessation des paiements. La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006, rend éligibles à ces procédures (et également à la nouvelle procédure de sauvegarde qu'elle institue) « *toute autre 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*<sup>5</sup> ».

Cette précision permet de mieux comprendre la référence faite, dans la question posée à la Cour de cassation, au « *professionnel* ». Si le litige soumis aux juges de Bastia concerne plus spécifiquement un agriculteur, il n'y a aucun obstacle à inclure cette catégorie dans celle, plus large, des personnes physiques exerçant une *activité professionnelle indépendante* et la réponse qui sera donnée à la demande d'avis devrait être valable pour tout professionnel indépendant.

Bien que la question posée soit circonscrite au cas du « *professionnel retiré* » qui sollicite lui-même l'ouverture d'une procédure collective, il paraît indispensable d'envisager, de manière plus générale, dans les développements qui suivent, les conséquences de la cessation d'activité du professionnel sur son assujettissement aux procédures collectives, que le professionnel soit ou non à l'origine de la demande d'ouverture de la procédure.

Ces conséquences, telles qu'elles avaient été prises en compte par la loi du 25 janvier 1985 (A), ont été revues par le législateur de 2005 (B).

#### A. - La loi du 25 janvier 1985 et le débiteur ayant cessé son activité

L'admission au redressement ou à la liquidation judiciaire d'une personne physique suppose qu'elle ait la qualité de commerçant, d'artisan<sup>6</sup> ou d'agriculteur au jour de la cessation des paiements. Mais il a toujours été admis qu'un exploitant en état de cessation des paiements devait pouvoir être soumis à une procédure collective alors même qu'il avait cessé son activité et n'avait plus la qualité requise. L'idée est, d'une part,

<sup>1</sup> C.A. Metz, 6 février 2007, RG n° 06/02320 ; GP 20-21 juillet 2007, note C.L.

<sup>2</sup> C.A. Douai, 18 mai 2006, RG n° 06/00695 ; GP 20 janvier 2007 n° 20 ; p. 21, note Lebel.

<sup>3</sup> C.A. Dijon, 21 décembre 2006, RG n° 06/01133.

<sup>4</sup> Article L. 620-2 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

<sup>5</sup> Article L. 620-2 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005.

<sup>6</sup> Plus précisément, de « *personne immatriculée au registre des métiers* », formule laissant de côté l'artisan de fait.

d'éviter des fraudes de la part de certains débiteurs pour qui l'arrêt de l'activité aurait été le moyen d'échapper à une procédure collective et aux sanctions pouvant être prononcées contre eux et, d'autre part, de préserver l'intérêt des créanciers.

## 1. - Les textes applicables

C'est l'article 17 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 621-15 du code de commerce, qui définit les conditions d'éligibilité à la procédure collective du débiteur retiré des affaires.

Selon ce texte, le tribunal ne peut « être saisi que dans le délai d'un an à partir de l'un des événements mentionnés ci-après, et lorsque celui-ci est postérieur à la cessation des paiements du débiteur :

1° Radiation du registre du commerce et des sociétés ; s'il s'agit d'une personne morale, le délai court de la radiation consécutive à la publication de la clôture des opérations de liquidation ;

2° Cessation de l'activité, s'il s'agit d'une personne immatriculée au répertoire des métiers ou d'un agriculteur ;

3° Publication de l'achèvement de la liquidation, s'il s'agit d'une personne morale non soumise à l'immatriculation. »

Selon certains auteurs<sup>7</sup>, c'est un souci de sécurité juridique qui a conduit le législateur à limiter l'éligibilité aux procédures collectives des professionnels retirés à l'année suivant leur retrait. Ce délai d'un an, qui existait déjà sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, a pour finalité de préserver aussi bien l'intérêt des créanciers que celui du débiteur retiré.

L'ouverture de la procédure collective du débiteur ayant cessé son activité est donc, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, subordonnée à deux conditions :

- la cessation des paiements de l'exploitant doit être antérieure à la radiation<sup>8</sup> du registre du commerce et des sociétés pour le commerçant ou à la cessation de l'activité de l'artisan ou de l'agriculteur<sup>9</sup> ;

- le tribunal doit être saisi dans le délai d'un an à compter de cette radiation ou de cette cessation d'activité.

## 2. - La jurisprudence

- Se fondant sur la condition d'antériorité de la cessation des paiements posée par la loi, la Cour de cassation, dans un arrêt largement commenté du **26 octobre 1999**<sup>10</sup>, a décidé qu'une cour d'appel avait à bon droit déclaré irrecevable la demande d'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'un exploitant retiré des affaires et dont l'état de cessation des paiements était survenu ultérieurement, par suite d'un redressement fiscal trouvant son origine dans son activité professionnelle.

Procédant par substitution de motifs, la chambre commerciale a énoncé : « mais attendu qu'il résulte de la combinaison des articles 1<sup>er</sup>, 2 et 3 de la loi du 25 janvier 1985 que la procédure de redressement judiciaire, qui doit être demandée par le débiteur au plus tard dans les quinze jours qui suivent la cessation de ses paiements, n'est applicable qu'au commerçant, à l'artisan, à l'agriculteur et à toute personne morale de droit privé, qui demeure en activité ; que la disposition de l'article 17 de la même loi, qui autorise l'ouverture de la procédure collective dans le délai préfix d'un an à partir de l'arrêt de l'activité, n'est applicable que si cet événement est postérieur à la cessation des paiements du débiteur ».

Il s'infère de cette décision, dictée par la lettre même du texte, que l'état de cessation des paiements consécutif à l'apparition de dettes d'origine professionnelle, postérieurement à la cessation d'activité de l'exploitant, ne rendait pas cet exploitant éligible à la loi du 25 janvier 1985.

Selon un auteur<sup>11</sup>, lorsque la cessation des paiements intervient après l'arrêt de l'activité, on serait en présence d'un « simple particulier » connaissant des difficultés financières, ce qui justifierait l'impossibilité d'ouvrir une procédure collective. Ce à quoi il pourrait être objecté que l'intéressé ne pourrait sans doute pas davantage invoquer à son profit la procédure de traitement des situations de surendettement, pourtant réservée aux particuliers, son état de surendettement résultant de dettes afférentes à son ancienne activité professionnelle<sup>12</sup>.

Pour mieux apprécier l'importance des innovations apportées par la réforme de 2005, deux autres décisions de la Cour de cassation doivent être citées, décisions qui ont contribué à définir le champ d'application de la loi du 25 janvier 1985 et qui ont certainement joué un rôle dans les hésitations, rappelées plus haut, des juges de Bastia.

<sup>7</sup> M. Pétel, *JCP* éd. E, n° 42, 20 octobre 2005, p. 1509.

<sup>8</sup> Sous l'empire de la loi de 1967, il avait déjà été jugé que lorsque le commerçant n'était pas en état de cessation des paiements à la date où il s'était fait radier du registre du commerce et des sociétés, il n'y avait pas lieu à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire : Com., 18 juillet 1989, *Bull.* 1989, IV, n° 225.

<sup>9</sup> Si la procédure peut être ouverte contre le commerçant radié du registre du commerce qui était en état de cessation des paiements antérieurement à sa radiation, la date légale de cessation des paiements ne peut cependant être fixée plus de dix-huit mois avant celle du jugement d'ouverture : Com., 14 février 1995, *Bull.* 1995, IV, n° 46.

<sup>10</sup> Com., 26 octobre 1999, *Bull.* 1999, IV, n° 194, à propos d'un artisan ; *Rapport annuel Cour de cassation 1999*, n° 23 ; *JCP* 2000, éd. E, 124, n° 1, Pétel ; *D.* 2000, sommaire 330, note Mme Honorat ; *RPC* 2000, 46 obs. Deleneuve ; *Defrénois* 2000, 15 septembre 2000, n° 17, p. 995, note Gibirila.

<sup>11</sup> M. Pétel, déjà cité, note 10.

<sup>12</sup> En ce sens, M. Gibirila, déjà cité, note 10.

- Dans un arrêt du **10 octobre 1995**<sup>13</sup>, la Cour de cassation, s'appuyant sur une lecture littérale de l'article 17, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 621-15-III du code de commerce<sup>14</sup>, a énoncé que le commerçant radié du registre du commerce ne peut pas demander lui-même sa mise en redressement ou liquidation judiciaire.

Selon la doctrine, cette solution, fondée sur la lettre du texte, a vocation à recevoir application quel que soit le débiteur concerné (agriculteur, artisan).

Autrement dit, le débiteur retiré des affaires ne pouvait pas, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, solliciter lui-même l'ouverture d'une procédure collective<sup>15</sup>.

- La chambre commerciale, se fondant sur l'article 65, alinéa premier, du décret du 30 mai 1984 qui interdit au commerçant non immatriculé de se prévaloir de sa qualité de commerçant, a, par ailleurs, jugé, dans un arrêt du **25 mars 1997**<sup>16</sup>, qu'une personne physique qui n'a jamais été inscrite au registre du commerce ne peut être « sur sa demande, admise au bénéfice du redressement judiciaire ».

Ainsi, le commerçant de fait<sup>17</sup> n'est pas admis à se prévaloir de sa qualité de commerçant pour demander l'ouverture du redressement judiciaire alors qu'à l'opposé, il est de jurisprudence constante qu'une procédure peut être ouverte « contre » lui, sur l'assignation d'un créancier, par le tribunal se saisissant d'office ou à l'initiative du procureur de la République<sup>18</sup>.

Un auteur<sup>19</sup> a observé, avec justesse, que les arrêts de 1995 et 1997 font dépendre l'ouverture d'une procédure collective de l'identité du demandeur, la procédure collective susceptible d'être ouverte à la demande d'un tiers ne pouvant l'être à la demande du débiteur ou à son « bénéficiaire », et traduiraient l'idée sous-jacente selon laquelle l'ouverture d'une procédure collective constituerait une faveur faite au débiteur, faveur qui devrait, dans certaines hypothèses, lui être refusée. Or, si l'ouverture d'une procédure collective peut, dans certains cas, constituer un avantage pour le débiteur, la distinction fondée sur l'identité du demandeur reposerait, selon cet auteur, sur une assise textuelle discutable<sup>20</sup> et serait en outre contraire à l'approche économique de la loi du 25 janvier 1985, dont la finalité de sauvegarde de l'activité et de l'emploi et d'apurement du passif est d'intérêt général<sup>21</sup>.

La loi de sauvegarde a opéré un remaniement en profondeur des conditions d'éligibilité aux procédures collectives du débiteur retiré des affaires.

## **B. - La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et le débiteur ayant cessé son activité**

Les textes issus de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises doivent être lus à la lumière des travaux préparatoires et de l'interprétation qu'en donne la doctrine.

### **1. - Le périmètre général des procédures de redressement et liquidation judiciaires**

Il a déjà été précisé que le périmètre des personnes susceptibles de bénéficier d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire (et également de la nouvelle procédure de sauvegarde) a été élargi par la loi du 26 juillet 2005, puisque ces procédures sont désormais applicables non seulement à *tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur, mais également à toute autre 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, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé* (art L. 631-2 et L. 640-2 du code de commerce).

Si l'élargissement aux professionnels libéraux exerçant à titre personnel<sup>22</sup> dépasse en tant que tel le cadre du présent rapport, en revanche l'extension plus générale à tout professionnel indépendant mérite de retenir l'attention, compte tenu de la formulation de la question soumise à la Cour de cassation, qui vise « le professionnel ».

D'une part, cette formulation permettra sans aucun doute de soumettre de nouveau au régime des procédures collectives les artisans de fait, qui ne pouvaient plus bénéficier de ces procédures à la suite de la codification résultant de l'ordonnance du 18 septembre 2000<sup>23</sup>, qui avait substitué aux mots « les artisans », figurant à l'article 2 de la loi du 25 janvier 1985, les mots « les personnes immatriculées au répertoire des métiers ».

<sup>13</sup> Com., 10 octobre 1995, *Bull.* 1995, IV, n° 228, *Bull. Joly sociétés*, 1<sup>er</sup> janvier 1996, n° 1, p. 60, note Jeantin ; *JCP* 1996, éd. E, I, 554 note Pétel ; *Mél. Mouly*, Litec 1998, p. 401, n° 19 Mme Pérochon ; *D.* 1996, p. 86, note Honorat ; *RPC* 1996, p. 46, note Calendini.

<sup>14</sup> Cet article prévoit que le tribunal doit être saisi ou se saisir d'office (dans le délai d'un an) dans les conditions de l'article L. 621-2 du code de commerce ; or ce dernier texte ne vise que l'assignation par un créancier, la saisine d'office et la saisine par le procureur de la République, sans aucune référence au mode de saisine ordinaire du tribunal qu'est la déclaration de cessation des paiements.

<sup>15</sup> Jugée trop rigoureuse et contestable par M. Pétel - déjà cité -, cette solution jurisprudentielle était, selon une doctrine majoritaire, non seulement justifiée par la lettre même du texte, mais en outre conforme à son esprit, le délai d'un an ayant vocation à protéger non seulement les intérêts du débiteur retiré mais également ceux des créanciers.

<sup>16</sup> Com., 25 mars 1997, *Bull.* 1997, IV, n° 83 ; Mme Pérochon, « Le bénéfice de la procédure collective », *Mél. Mouly* 1998, Litec, p. 406 et s., et M. Gioanni, *LPA*, 14 décembre 1998, n° 149, p. 13, pour qui la solution n'est ni fondée en droit, ni opportune au regard de l'objectif de sauvetage de l'entreprise ; voir également *D.* 1997, p. 31, Mme Honorat.

<sup>17</sup> Solution applicable au commerçant radié qui continue une activité « sauvage » : Com., 13 mars 1961, *Bull.* 1961, III, n° 18.

<sup>18</sup> Com., 30 mars 1993, *Bull.* 1993, IV, n° 126.

<sup>19</sup> Mme Pérochon, « Le bénéfice de la procédure collective », déjà cité, note 16.

<sup>20</sup> Que ce soit au regard de l'article 65 du décret de 1984 ou de l'article L. 621-15 ancien.

<sup>21</sup> Analyse également défendue par M. Gioanni, déjà cité, note 16.

<sup>22</sup> Seuls les professionnels libéraux exerçant en société relevaient jusque-là des procédures collectives ; ceux exerçant à titre personnel étaient à la fois exclus des procédures collectives et, généralement, de la nouvelle procédure de rétablissement personnel, créée par la loi du 1<sup>er</sup> août 2003, seules des dettes non professionnelles pouvant être prises en compte pour caractériser la situation de surendettement et le passif professionnel étant exclu de la procédure de rétablissement personnel.

<sup>23</sup> Ratifiée par l'article 50 de la loi du 3 janvier 2003.

Mais, par ailleurs, la nouvelle référence à *toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante* pourra, sans doute, permettre au commerçant non immatriculé, c'est-à-dire au commerçant de fait, de solliciter lui-même, en tant que professionnel indépendant, l'ouverture d'une procédure collective, « faveur » qui, on l'a rappelé, lui avait été refusée par la Cour de cassation<sup>24</sup>.

Cette interprétation retenue par une doctrine majoritaire semble conforme au souhait du législateur<sup>25</sup>.

## 2. - Les textes relatifs à la cessation d'activité du débiteur

La loi de sauvegarde a abrogé les articles L. 621-14 et L. 621-15 du code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi du 25 janvier 1985.

Les nouveaux textes sont les suivants :

**L'article L. 631-3, alinéa premier**, dispose que « *la procédure de redressement judiciaire est également applicable aux personnes mentionnées au premier alinéa de l'article L. 631-2 après la cessation de leur activité professionnelle si tout ou partie de leur passif provient de cette dernière* » ;

**L'alinéa 2** vise le cas du professionnel décédé en cessation des paiements et prévoit que « *le tribunal peut être saisi, dans le délai d'un an à compter de la date du décès, sur l'assignation d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance, ou sur requête du ministère public. Le tribunal peut également se saisir d'office dans le même délai et peut être saisi sans condition de délai par tout héritier du débiteur* » ;

**L'article L. 631-4, alinéa premier**, précise que « *l'ouverture de cette procédure doit être demandée par le débiteur au plus tard dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements s'il n'a pas, dans ce délai, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation* » ;

**L'article L. 631-5** dispose : « *lorsqu'il n'y a pas de procédure de conciliation en cours, le tribunal peut également se saisir d'office ou être saisi sur requête du ministère public aux fins d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire.*

*Sous cette même réserve, la procédure peut aussi être ouverte sur l'assignation d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance. Toutefois, lorsque le débiteur a cessé son activité professionnelle, cette assignation doit intervenir dans le délai d'un an à compter de :*

*1° La radiation du registre du commerce et des sociétés. S'il s'agit d'une personne morale, le délai court à compter de la radiation consécutive à la publication de la clôture des opérations de liquidation ;*

*2° La cessation de l'activité, s'il s'agit d'une personne immatriculée au répertoire des métiers, d'un agriculteur ou d'une 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 ;*

*3° La publication de l'achèvement de la liquidation, s'il s'agit d'une personne morale non soumise à l'immatriculation.*

*En outre, la procédure ne peut être ouverte à l'égard d'un débiteur exerçant une activité agricole qui n'est pas constitué sous la forme d'une société commerciale que si le président du tribunal de grande instance a été saisi, préalablement à l'assignation, d'une demande tendant à la désignation d'un conciliateur, présentée en application de l'article L. 351-2 du code rural ».*

Des dispositions identiques figurant aux articles L. 640-3, L. 640-4 et L. 640-5 du code de commerce réglementent les conditions d'ouverture de la liquidation judiciaire, procédure qui s'adresse au débiteur (en état de cessation des paiements) dont le redressement est manifestement impossible et qui est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et biens.

Aucune disposition similaire n'existe en revanche en matière de procédure de sauvegarde, procédure réservée au débiteur justifiant de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements et destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif<sup>26</sup>. Le débiteur qui a cessé son activité ne peut pas relever d'une telle procédure.

## 3. - Analyse des textes

Il est clair que la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ne se contente pas de reprendre les dispositions anciennes. Elle procède à une simplification notable des conditions auxquelles est soumise l'ouverture de la procédure collective d'un débiteur ayant cessé son activité.

3.1. - Tout d'abord, la loi pose, en ses articles L. 631-3 et L. 640-3, une règle claire : la procédure est applicable aux personnes mentionnées au premier alinéa de l'article L. 631-2 après la cessation de leur activité professionnelle, si tout ou partie de leur passif provient de cette dernière.

C'est l'existence d'un passif provenant de l'ancienne activité professionnelle du débiteur qui, cumulée à un état de cessation des paiements, conditionne l'éligibilité du débiteur à la procédure collective. Un passif qui ne résulterait que d'engagements liés à la vie privée du débiteur et non à son activité professionnelle ne relèverait pas du droit des procédures collectives, mais des dispositions du code de la consommation relatives au surendettement des particuliers<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Com., 25 mars 1997 précité, note 16.

<sup>25</sup> Rapport de Xavier de Roux au nom de la commission des lois ; rapport n° 2095, Doc. Assemblée nationale.

<sup>26</sup> Article L. 620-1 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

<sup>27</sup> Rapport de M. Hyest au nom de la commission des lois du Sénat, rapport n° 335.

3.2. - Ensuite, ce n'est que dans l'hypothèse où l'ouverture de la procédure est demandée par un créancier que demeure le délai d'un an, l'assignation devant alors intervenir dans ce délai qui, comme par le passé, court à compter de la radiation, pour le commerçant, et de la cessation d'activité, pour la personne immatriculée au registre des métiers ou l'agriculteur.

Le projet de loi ne prévoyait aucun délai pour saisir le tribunal. Le délai a été réintroduit pour les créanciers seulement, à l'initiative de la commission des lois du Sénat<sup>28</sup>, qui a considéré que permettre à un créancier, sans aucune condition de délai, de solliciter l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur retiré des affaires créerait une situation trop défavorable au débiteur et sans réelle justification.

Le tribunal peut en revanche se saisir d'office ou être saisi par le ministère public, sans condition de délai. La possibilité pour le débiteur de solliciter lui-même l'ouverture de la procédure collective (contrairement à l'état du droit positif antérieur) et sans aucune condition de délai, lorsque tout ou partie de son passif provient de son activité professionnelle, ne paraît pas contestable, eu égard à la lettre de la loi et aux intentions du législateur<sup>29</sup>.

Dans son rapport<sup>30</sup>, M. de Roux précise que la suppression, dans le projet de loi, du délai d'un an (délai, on l'a vu, réintroduit par le Sénat mais uniquement en cas d'assignation par un créancier<sup>31</sup>) est une mesure « protectrice pour les débiteurs : le traitement collectif des difficultés des entreprises permet en effet de clore les poursuites à l'issue de la procédure. Dans cette situation, cependant, le passif doit être lié à l'activité professionnelle passée du débiteur. Dans le cas contraire, la personne physique relève du dispositif du traitement du surendettement ».

Sans analyser dans le détail le cas du débiteur décédé en état de cessation des paiements, dont l'examen dépasserait le cadre du présent rapport, il n'est pas inutile de relever que le délai d'un an, dans lequel était encadrée l'action des héritiers sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, a également été supprimé par la nouvelle loi<sup>32</sup>.

3.3. - Enfin, comme l'a observé la doctrine, la condition d'antériorité de la cessation des paiements sur la cessation d'activité n'est pas reprise par la loi nouvelle. Contrairement au régime antérieur, il n'est donc pas nécessaire que le débiteur ait été en état de cessation des paiements lorsqu'il a cessé son activité.

L'abandon de cette condition d'antériorité permettra à l'exploitant, confronté plusieurs années après sa cessation d'activité à un état de cessation des paiements consécutif à un redressement fiscal au titre de son activité professionnelle, de bénéficier d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, ce que ne lui permettait pas le régime antérieur<sup>33</sup>.

S'agissant plus particulièrement des agriculteurs, le nouveau texte reprend les dispositions anciennes. La procédure ne peut être ouverte, à l'égard d'un débiteur exerçant une activité agricole qui n'est pas constituée sous la forme d'une société commerciale, que si le président du tribunal de grande instance a été saisi, préalablement à l'assignation, d'une demande tendant à la désignation d'un conciliateur, présentée en application de l'article L. 351-2 du code rural.

En définitive, les conditions d'accès aux procédures du code de commerce des débiteurs retirés des affaires ont été notablement allégées par la loi de sauvegarde, avec la conséquence, qui mérite d'être soulignée, que ces débiteurs seront, par voie de conséquence, exclus des procédures de traitement des situations de surendettement (dont le rétablissement personnel)<sup>34</sup>, y compris au-delà du délai d'un an (à compter de la cessation d'activité ou de la radiation) autrefois retenu<sup>35</sup>.

Reste à préciser le champ d'application dans le temps de la loi nouvelle.

## Deuxième partie : le champ d'application dans le temps de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises

La question posée à la Cour de cassation trouve son origine dans le constat de l'étalement dans le temps de la situation du demandeur à la liquidation judiciaire. Ainsi, dans l'espèce soumise au tribunal de Bastia, le « professionnel » (un agriculteur) avait cessé son activité plusieurs années avant de solliciter, en mars 2007, l'ouverture de la procédure. Ayant constaté que l'exercice de l'activité agricole et la cessation de cette même activité avaient eu lieu sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, tandis que le dépôt de bilan et la saisine du tribunal étaient postérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 2006, date d'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, les juges de Bastia et le procureur de la République se sont interrogés sur l'application dans le temps des deux lois successives et, décelant un problème de conflit de lois, ont tenté de le résoudre par référence à la théorie générale des conflits de lois telle qu'élaborée par la doctrine.

<sup>28</sup> Rapport n° 335, déjà cité.

<sup>29</sup> Rapport n° 335, déjà cité ; en ce sens : P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action 2006-2007, n° 211-61 ; P. Pétel ; *JCP*, éd. E, 20 octobre 2005, 1509 ; F.-X. Lucas et H. Lecuyer, *LPA*, 8 février 2006, n° 28 ; F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté - Instruments de crédit*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ ; J. Vallansan, *Difficultés des entreprises*, Affaires finances Litec ; C. Lebel, *GP*, 7 et 8 septembre 2005, page 14.

<sup>30</sup> Rapport n° 2095, déjà cité.

<sup>31</sup> Cf. rapport n° 335 de M. Hyest, au nom de la commission des lois du Sénat.

<sup>32</sup> Ainsi qu'il ressort de l'exposé des motifs du projet de loi, la possibilité offerte aux héritiers, par la loi nouvelle, de demander l'ouverture d'une procédure collective à tout moment, sous réserve de l'existence d'un passif en partie professionnel, prend en compte le fait que les dettes professionnelles du *de cuius* peuvent se révéler même après l'expiration du délai d'un an et tend à les protéger plus efficacement. Il s'agit là encore de les faire bénéficier d'un régime plus protecteur.

<sup>33</sup> Com., 26 octobre 1999, déjà cité, note 10.

<sup>34</sup> *Contrats concurrence consommation*, 10 octobre 2005, 15, note de M. Pétel, qui compare les procédures du code de commerce et celles du code de la consommation et trace leur frontière.

<sup>35</sup> Mme Le Corre-Broly, *GP*, 1<sup>er</sup> avril 2004, 92, p. 8.

Il conviendra d'exposer l'approche des juges du fond, basée sur des notions empruntées à la théorie des conflits de lois, afin d'en pointer les insuffisances (A), avant de proposer une solution fondée sur les dispositions transitoires de la loi de sauvegarde et l'analyse concrète du dispositif mis en place par cette loi (B).

#### A. - Le recours aux règles générales des conflits de lois

1. - La question posée par les juges de Bastia repose implicitement sur l'idée selon laquelle la date de cessation d'activité pourrait déterminer la loi applicable et, par suite, les conditions d'éligibilité à la procédure collective : l'idée sous-jacente paraît être que le professionnel retiré des affaires avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006, c'est-à-dire à une date où il lui était interdit de solliciter lui-même l'ouverture d'une procédure collective, aurait définitivement perdu tout « droit » à bénéficier d'une telle procédure.

Accueillir la demande d'ouverture de la procédure collective sur le fondement de la loi nouvelle pourrait dès lors constituer, selon l'analyse probable qui fonde les hésitations du tribunal, une atteinte à la règle générale de résolution des conflits de lois posée à l'article 2 du code civil (« *la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* »), et plus particulièrement au premier principe qui, selon la théorie inspirée de Roubier<sup>36</sup>, découle de cette règle, celui de la non-rétroactivité des lois.

Selon ce principe, la loi nouvelle ne peut, sans rétroactivité, remettre en question les « situations juridiques »<sup>37</sup> entièrement constituées avant son intervention, pas plus qu'elle ne peut faire revivre une situation juridique qui a disparu. De la même manière, la loi nouvelle ne peut pas être appliquée aux effets passés des situations juridiques, définitivement produits avant son entrée en vigueur. Elle ne peut pas remettre en question les conséquences passées d'une situation juridique et ne peut donc pas porter atteinte aux effets accomplis avant la loi nouvelle.

La loi de sauvegarde ne pourrait donc pas, toujours selon l'analyse que paraît envisager le tribunal, remettre en cause l'interdiction de solliciter l'ouverture d'une procédure collective qu'opposait la loi ancienne au débiteur retiré des affaires.

2. - Les conclusions du procureur de la République près le tribunal de Bastia procèdent d'un raisonnement différent. Elles s'appuient sur le postulat que l'article L. 621-15 ancien du code de commerce permettait au débiteur retiré des affaires de saisir lui-même le tribunal (postulat qui semble contraire à l'interprétation jurisprudentielle déjà rappelée), à condition qu'il le fasse dans le délai d'un an et que la cessation des paiements ait précédé l'arrêt de son activité, pour en déduire que la possibilité pour le tribunal, saisi en mars 2007, d'ouvrir la procédure collective du débiteur ayant cessé son activité avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006 dépendrait de la date de la cessation des paiements par rapport à celle de la cessation d'activité :

- soit la cessation des paiements a précédé la cessation d'activité (elle-même, selon les données du litige, antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 2006) : le professionnel devait alors saisir le juge, conformément au texte ancien en vigueur, dans le délai d'un an et, ne l'ayant pas fait (la saisine du tribunal n'ayant eu lieu qu'en mars 2007), son droit d'agir serait éteint et l'application de la loi nouvelle se heurterait aux « droits acquis des créanciers » ;

- soit la cessation des paiements est postérieure à la date de cessation de l'activité : dans cette hypothèse, le professionnel ne relevait pas de l'article L. 621-15 ancien (la condition d'antériorité exigée par la loi ancienne n'étant pas établie) et, par conséquent, sa situation pourrait être saisie par la loi nouvelle.

La thèse développée par le procureur de République renvoie, là encore, à la théorie générale des conflits de lois. Ainsi, la première proposition s'appuie sur le principe de la non-rétroactivité déjà évoqué, pour en déduire que la loi nouvelle ne peut pas faire renaitre une situation juridique qui a disparu ou un droit éteint. Elle renvoie également à la notion de droits acquis (« droits acquis des créanciers »), notion à laquelle a parfois recours la jurisprudence pour désigner les droits auxquels la loi nouvelle ne peut pas porter atteinte sans avoir un effet rétroactif<sup>38</sup>.

La seconde proposition fait référence au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle qui découle, selon la théorie inspirée de Roubier, de la règle posée à l'article 2 du code civil, principe selon lequel la loi nouvelle a vocation de principe à saisir non seulement les situations nées après son entrée en vigueur mais également les situations juridiques extra contractuelles en cours, pour en régler les effets à venir. La jurisprudence<sup>39</sup> s'est largement inspirée de cette construction doctrinale et retient que la loi nouvelle s'applique immédiatement aux effets à venir des situations juridiques non contractuelles en cours au moment où elle entre en vigueur<sup>40</sup>.

3. - Les analyses qui viennent d'être exposées suscitent deux séries de réflexion.

- Tout d'abord, l'idée selon laquelle il serait impossible de faire bénéficier un débiteur d'un droit qui ne lui était pas octroyé par la loi ancienne, sous peine de faire rétroagir la loi nouvelle, est incompatible avec l'évolution du droit.

<sup>36</sup> Voir l'analyse de cette théorie, par Mme Dekeuwer-Défossez, *Les dispositions transitoires dans la législation contemporaine*, p. 12 et s., LGDJ 1977 ; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, introduction générale*, n° 362 et s., LGDJ.

<sup>37</sup> Certains auteurs se sont éloignés de ce système d'analyse des conflits de lois dégagé par le doyen Roubier, préférant poser le problème non pas en termes de situations juridiques mais en termes de conduites ou d'actes soumis à des normes législatives ; Louis Bach, « Conflits de lois dans le temps », *Rep. civ. Dalloz*, mai 2006 ; Pierre Fleury-Le Gros, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps*, thèse.

<sup>38</sup> MM. Ghestin et Goubeaux, déjà cités, note 37.

<sup>39</sup> Consécration de la thèse de Roubier dans un arrêt du 29 avril 1960.

<sup>40</sup> 2<sup>e</sup> Civ., 8 juillet 2004, *Bull.* 2004, II, n° 344 ; 2<sup>e</sup> Civ., 7 mai 2003, *Bull.* 2003, II, n° 139, même lorsque semblable situation fait l'objet d'une instance judiciaire ; voir également 3<sup>e</sup> Civ., 17 juillet 1968, *Bull.* 1968, III, n° 352 ; 3<sup>e</sup> Civ., 3 mai 1990, *Bull.* 1990, III, n° 109 ; 3<sup>e</sup> Civ., 26 mars 2003, *Bull.* 2003, III, n° 70.

Si l'on prend l'exemple des professions libérales qui n'étaient pas éligibles aux procédures collectives avant l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, faudrait-il considérer que ces professions restent exclues du bénéfice des procédures collectives pour ce qui concerne leur activité antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 2006, la loi nouvelle ne pouvant régir, sous peine de rétroactivité, que leur activité postérieure à cette date ?

En réalité, l'application de la loi de sauvegarde au débiteur qui a cessé son activité avant l'entrée en vigueur de cette loi ou, pour poursuivre l'exemple précité, aux professions libérales, y compris pour une activité antérieure à cette loi, ne déroge nullement au principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle.

Il n'y aurait rétroactivité que si la loi nouvelle faisait revivre une situation juridique disparue ou remettait en cause les conséquences passées d'une situation juridique ; ainsi sans doute d'une loi qui, en matière de procédures collectives, remettrait en cause l'existence d'une procédure collective ou les effets passés de la procédure ouverte sous l'empire de la législation ancienne.

Tel n'est pas le cas de la loi de sauvegarde. Ainsi que nous le verrons plus loin, non seulement la loi de sauvegarde, comme celles qui l'ont précédée, laisse intactes les conséquences passées des procédures collectives déjà ouvertes mais, en outre, elle ne règle pas les effets futurs de ces procédures, lesquelles, sauf exceptions, restent soumises à la loi ancienne, selon le principe de survie de la loi ancienne.

C'est sans doute une mauvaise appréciation de la notion de « situation juridique », notion au cœur de la théorie générale des conflits de lois, qui est à l'origine des interrogations des juges du fond.

Sans prétendre procéder de manière dogmatique à un essai de rattachement des lois sur les procédures collectives aux différents concepts doctrinaux caractéristiques des problèmes de conflits de lois, qui dépasserait le cadre du présent rapport, quelques pistes de réflexion peuvent être tentées :

Selon le principe de l'effet immédiat, la loi nouvelle a vocation à régir les situations nées après l'entrée en vigueur de la loi et également les situations juridiques en cours de constitution.

Dans le domaine qui nous occupe des procédures collectives, il faut sans doute considérer qu'aucune « situation juridique » n'est constituée tant qu'aucune procédure collective n'est ouverte ; la situation est en cours de constitution jusqu'au jour où le juge statue et c'est le jugement d'ouverture, de nature constitutive, qui crée la situation juridique nouvelle. Par suite, le juge qui statue sur l'ouverture de la procédure collective doit faire application de la loi en vigueur au jour où il statue et c'est au regard de cette loi qu'il doit apprécier si les conditions d'éligibilité à la procédure collective sont réunies.

Par conséquent, contrairement à l'idée qui sous-tend la question posée à la Cour de cassation, l'application de la loi nouvelle à l'espèce soumise aux juges de Bastia n'enfreint nullement le principe de non-rétroactivité des lois.

- En second lieu, qu'en est-il de la référence aux « droits acquis » des créanciers ou aux « droits acquis » du débiteur ?

On sait que la jurisprudence a eu parfois recours à la notion de droits acquis en tant que critère de la non-rétroactivité, y compris en matière légale<sup>41</sup>.

Force est toutefois de constater que cette notion n'apparaît pas adaptée en matière de procédures collectives. Les lois sur les entreprises en difficulté n'ont pas pour objectif de favoriser les droits du débiteur défaillant au détriment de ceux des créanciers, ou inversement. Elles cherchent à améliorer l'équilibre entre les intérêts contradictoires de chacun, en préservant autant que possible les droits des créanciers (le premier objectif du dispositif imaginé en 1967 était le désintéressement des créanciers, dont les droits ont été ensuite sacrifiés par la loi du 25 janvier 1985 avant d'être en partie restaurés par le législateur de 1994) d'un côté, tout en favorisant le maintien de l'entreprise et la préservation de l'emploi de l'autre.

Et il serait à l'évidence réducteur de ne voir dans l'ouverture d'une procédure collective que l'octroi d'un avantage au débiteur défaillant au détriment des droits des créanciers, car s'il est vrai que l'arrêt des poursuites individuelles, les délais de paiements et remises de dettes obtenus dans le cadre d'un plan de continuation ou encore l'effacement des dettes du débiteur à l'issue de la procédure de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif constituent des mesures favorables au débiteur, l'ouverture d'une procédure collective marque aussi, dans de nombreux cas, la fin prochaine du débiteur, soumis au risque de sanctions personnelles et dont la responsabilité peut être engagée.

L'inadaptation des notions de « droits acquis » au droit des procédures collectives provient simplement de ce que le dispositif législatif de traitement des entreprises en difficulté a pour objectif la préservation de « l'intérêt général ». La survie de l'entreprise, au cœur des préoccupations du législateur, est d'intérêt général. L'exposé des motifs de la loi de sauvegarde ne précise-t-il pas que « la sauvegarde de l'entreprise est un enjeu majeur pour notre économie et les hommes qui la développent » ?

En conclusion, on le voit, si les règles générales qui régissent les conflits de lois dans le temps ont vocation à résoudre les problèmes posés par les modifications législatives successives, leur mise en œuvre est des plus délicate et peut conduire à des interprétations contestables si elle fait abstraction des termes mêmes de la loi nouvelle et de son économie générale.

L'analyse de la loi de sauvegarde et des dispositions transitoires qu'elle prévoit, associée à celles du dispositif même mis en place par cette loi et de son économie générale permettront de proposer une réponse à la question posée.

<sup>41</sup> Voir T. Bonneau, « La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps », PUF, qui cite 2<sup>e</sup> Civ., 23 février 1962, *Bull.* 1962, II, n° 235 et 2<sup>e</sup> Civ., 6 janvier 1967, pourvoi n° 66-11.319.

## B. - Les dispositions transitoires et l'analyse du dispositif légal et de son économie générale

Le législateur inclut de plus en plus fréquemment des dispositions spéciales de droit transitoire lorsqu'il opère une réforme, afin de déterminer avec précision les situations régies par la loi nouvelle et le champ d'application des règles nouvelles. Si certains auteurs<sup>42</sup> déplorent que ces dispositions transitoires se bornent à exprimer le résultat recherché, en dehors de tout rattachement aux différents concepts doctrinaux caractéristiques des problèmes de conflits de lois, aucun ne conteste leur efficacité.

C'est le cas avec la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises qui, comme celle qui l'a précédée, consacre plusieurs articles à l'application dans le temps du nouveau dispositif qu'elle met en place. Il s'agit, pour le législateur, qui n'est pas tenu, en matière civile, par la règle énoncée à l'article 2 du code civil, de définir les situations relevant de la loi nouvelle et celles qui resteront soumises à la loi ancienne.

L'article 190 instaure un processus général d'entrée en vigueur différée dans le temps puisqu'il prévoit une entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2006, le délai de six mois ainsi institué ayant pour finalité de permettre d'adopter les dispositions réglementaires nécessaires et présentant l'avantage de laisser un délai d'adaptation aux praticiens.

Ce même article énumère aussitôt un certain nombre de dispositions de la loi nouvelle applicables aux procédures et situations en cours dès sa publication le 27 juillet 2005. Parmi elles, la limitation à quinze ans de la durée maximale des faillites personnelles, disposition à portée rétroactive puisque applicable aux sanctions déjà prononcées.

L'article 191 de la loi énonce que « *lors de son entrée en vigueur, la présente loi n'est pas applicable aux procédures en cours* ».

La conséquence en est que toute procédure en cours au 1<sup>er</sup> janvier 2006 demeure régie par la loi ancienne, selon le principe dit de « survie de la loi ancienne »<sup>43</sup>, qui régira également, en vertu de la règle d'unicité de la procédure qu'a toujours retenue la Cour de cassation, les conditions d'ouverture des procédures collectives « adjacentes » ou « rattachées » à cette procédure<sup>44</sup>.

La loi nouvelle s'applique quant à elle aux situations dans lesquelles aucune procédure collective n'est en cours au 1<sup>er</sup> janvier 2006 : elle seule peut alors fonder, à compter de cette date, l'ouverture d'une procédure collective (réserve faite des procédures adjacentes).

Le principe de survie de la loi ancienne posé à l'article 191, habituel en cette matière où prime la nécessité d'assurer l'unité procédurale de la procédure collective qui s'inscrit dans la durée, est aussitôt assorti d'un certain nombre d'exceptions, le législateur ayant prévu, à titre dérogatoire, l'application immédiate aux procédures en cours de certaines dispositions marquant un progrès ou une avancée et dont il a estimé qu'elles devaient profiter immédiatement (à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006) aux entreprises, aux créanciers ou à leur dirigeants.

C'est le cas, à titre d'exemples, des dispositions relatives à la liquidation judiciaire simplifiée<sup>45</sup>, qui a vocation à accélérer l'issue des procédures et à les simplifier, des dispositions concernant la reprise des poursuites individuelles après la clôture<sup>46</sup>, plus favorables au débiteur puisque l'interdiction de gérer ne permet plus la reprise des poursuites individuelles, ou encore des dispositions relatives à la réouverture de la procédure de liquidation pour insuffisance d'actif, plus favorables aux créanciers<sup>47</sup>, et des dispositions plus douces en matière de responsabilité des dirigeants, qui substituent l'obligation aux dettes sociales à la possibilité ancienne d'ouvrir une procédure collective à titre de sanction.

L'article 192 complète ces mesures transitoires en prévoyant que les procédures (collectives) ouvertes à titre de sanction en application de la loi ancienne ne sont pas affectées par l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde (qui a supprimé ces différents cas d'ouverture).

Il s'infère de ces différents textes le principe selon lequel le nouveau dispositif législatif a vocation, dès l'entrée en vigueur de la loi, à régir le sort de tous les débiteurs en difficulté (commerçants, artisans, agriculteurs, professionnels, personnes morales de droit privé), exception faite de ceux déjà soumis à une procédure collective ouverte sous l'empire des textes anciens et toujours en cours au 1<sup>er</sup> janvier 2006.

La période pendant laquelle l'activité a été exercée est sans incidence sur la détermination de la loi applicable. Toute procédure collective (autonome) ouverte à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006 est soumise à la loi nouvelle, sans prise en considération de la période d'exploitation de l'entreprise, qui peut, indifféremment, être antérieure ou postérieure au 1<sup>er</sup> janvier 2006. Seule importe la date de la décision d'ouverture et le principe vaut aussi bien pour le tribunal que pour la cour d'appel, qui, après annulation d'un jugement ayant ouvert une procédure soumise à la loi ancienne, ouvre elle-même une procédure : ni la date du dépôt de bilan ni celle de l'assignation du créancier ne sont à prendre en considération.

<sup>42</sup> Pierre Fleury-Le Gros, déjà cité, note 38.

<sup>43</sup> La loi de sauvegarde ne reprend pas la formulation des articles 160 de la loi du 13 juillet 1967 et 240 de la loi du 25 janvier 1985, qui énonçait : « *les dispositions de la présente loi ne sont applicables qu'aux procédures ouvertes après leur entrée en vigueur* ». Le résultat est cependant identique.

<sup>44</sup> Etant rappelé que le jugement de conversion n'ouvre pas une nouvelle procédure et que la procédure ouverte par extension par suite de la confusion des patrimoines restera soumise à la loi en vigueur à la date d'ouverture de la procédure collective initiale : Com., 4 janvier 2005, s'agissant d'une procédure « connexe » à la première.

<sup>45</sup> Chapitre IV du titre IV du code de commerce.

<sup>46</sup> Article L. 643-11 du code de commerce nouveau, qui ne remet cependant pas en cause les poursuites déjà engagées.

<sup>47</sup> Article L. 643-13 du code de commerce, qui ouvre l'action au liquidateur, au ministère public et permet au tribunal de se saisir d'office.

Toutes les procédures (autonomes) ouvertes après l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde l'étant nécessairement sur le fondement de cette loi, il en résulte que c'est au regard de cette seule loi que s'apprécient les conditions d'éligibilité au redressement ou à liquidation judiciaire.

Ainsi, lorsque le débiteur a cessé son activité, il reste, selon la loi de sauvegarde, éligible à la procédure collective si tout ou partie de son passif provient de son activité professionnelle. La date à laquelle il a cessé son activité importe peu. C'est uniquement l'existence d'un passif provenant de l'ancienne activité du débiteur qui, cumulée à un état de cessation des paiements au jour où le juge statue<sup>48</sup>, conditionne l'éligibilité à la procédure collective.

Ainsi que nous l'avons déjà exposé, la loi de sauvegarde n'interdit pas au professionnel de solliciter lui-même l'ouverture d'une procédure collective et le maintien de la jurisprudence ancienne qui posait cette interdiction serait dépourvu de fondement légal et contraire au souhait du législateur<sup>49</sup>. La demande d'ouverture de la procédure n'est par ailleurs soumise à aucune condition de délai (sauf sur assignation d'un créancier) ni à aucune condition d'antériorité de l'état de cessation des paiements par rapport à la date de cessation d'activité. L'état de cessation des paiements peut donc survenir après la cessation d'activité et résulter soit d'une dette professionnelle (telle celle résultant, comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 26 octobre 1999<sup>50</sup>, d'un redressement fiscal au titre de l'ancienne activité professionnelle ou telle une dette professionnelle à terme), soit d'une dette sans lien avec l'ancienne activité du débiteur.

L'application de ces règles à la situation visée par la demande d'avis pourrait donc conduire à considérer que le juge, appelé à statuer postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2006 sur la demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou liquidation judiciaire, formée par le professionnel ayant cessé son activité, peut ouvrir la procédure collective dès lors que ce professionnel n'est pas déjà soumis à une procédure collective, qu'il est en état de cessation des paiements et que tout ou partie de son passif provient de son activité professionnelle, peu important la date à laquelle il a cessé son activité.

Toute autre solution prenant en compte la date de cessation d'activité ajouterait à la loi un critère qu'elle ne pose pas et paraît se heurter aux principes d'application dans le temps des lois relatives aux procédures collectives, tels qu'ils résultent des dispositions transitoires édictées par le législateur et interprétées à la lumière de l'économie générale de la loi.

---

<sup>48</sup> Com., 7 novembre 1989, *Bull.* 1989, IV, n° 273 ; 8 novembre 1988, *Bull.* 1988, IV, n° 298.

<sup>49</sup> Voir la doctrine majoritaire en ce sens, déjà citée, note 29.

<sup>50</sup> Com., 26 octobre 1999, *Bull.* 1999, IV, n° 194, déjà cité, note 10.

# *Observations de Mme Bonhomme*

## *Avocat général*

L'application dans le temps de la loi de sauvegarde n° 2005-845 du 26 juillet 2005 a déjà donné lieu à réponses de la Cour mais les questions ne sont pas encore épuisées, ainsi que le démontre la demande d'avis du tribunal de grande instance de Bastia.

### **LES FAITS ET LA PROCÉDURE**

Il ressort des pièces de la procédure que M. P..., agriculteur, a cessé son activité depuis de nombreuses années, bien avant l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde n° 2005-845 du 26 juillet 2005. Il a donné ses terres en location à son fils et perçoit une pension de retraite ; son patrimoine immobilier est hypothéqué et les loyers payés par son fils lui permettent de verser une pension alimentaire à son ex-épouse.

Il fait remonter l'origine de ses difficultés au départ de celle-ci, à son incapacité de gérer seul l'exploitation en raison de son handicap, ainsi qu'à la survenue de plusieurs inondations qui ont détruit les plantations. Ses perspectives de redressement se fondent sur ses revenus de retraité.

M. P... dépose sa déclaration de cessation des paiements le 1<sup>er</sup> mars 2007, demandant à bénéficier de l'ouverture d'une liquidation judiciaire et de l'application de l'article L. 640-3 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 (« loi de sauvegarde »), en tant que débiteur ayant cessé son activité professionnelle, action qui lui était fermée sous l'empire des textes antérieurs à la loi susdite.

Le 12 mars 2007, le tribunal de grande instance de Bastia a mis l'affaire en délibéré au 26 du même mois, délibéré qu'il a prorogé au 14 mai 2007 pour, finalement, après avoir satisfait aux formalités prévues par l'article 1031-2 du nouveau code de procédure civile, par décision du 14 mai 2007 constatant que la question de droit rencontrée présentait une difficulté sérieuse et susceptible de se poser dans de nombreux litiges, demander son avis à la Cour de cassation.

### **LE PROBLÈME**

Le professionnel retiré qui, selon l'article L. 621-15 du code de commerce antérieur à la loi de sauvegarde, ne pouvait pas prendre l'initiative du dépôt de bilan, a-t-il qualité depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006 pour demander l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire par application de l'article L. 640-3 dans sa rédaction issue de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 ?

Les enjeux sont d'importance ; résumons-les.

Sous l'empire de la loi ancienne, le débiteur ayant cessé son activité n'avait aucun droit d'agir en vue d'obtenir à son bénéfice le redressement ou la liquidation judiciaires ; il pouvait être assigné par un créancier ou attiré devant le tribunal par le ministère public ou par le tribunal lui-même. La loi du 26 juillet 2005 lui ouvre cette possibilité.

Les conditions objectives d'ouverture d'une telle procédure sont, elles aussi, légèrement modifiées dans le sens de l'élargissement de l'accès à la procédure. D'où l'intérêt qu'a l'agriculteur retiré à se fonder sur la nouvelle loi pour demander le bénéfice d'une liquidation judiciaire plusieurs années après la cessation de son activité professionnelle, particulièrement s'il a cessé paiements seulement après son retrait.

La portée de la réponse que la Cour donnera dépassera le cadre de la question : elle s'appliquera aussi bien à la liquidation pour laquelle elle est posée que pour le redressement judiciaire, et à tout débiteur en cessation d'activité au sens des articles L. 631-3 et L. 640-3 du code de commerce (personne physique, agriculteur, commerçant, artisan, professionnel indépendant ou personne morale de droit privé).

### **LE CONTEXTE LÉGAL**

#### **1. - Les procédures collectives**

Le rappel du texte en vigueur avant la réforme des procédures collectives par la loi de sauvegarde permettra de mieux comprendre les enjeux de la question au regard des textes issus de la loi de sauvegarde n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

La loi du 13 juillet 1967 a prévu la possibilité d'ouvrir une procédure collective à l'égard d'un débiteur « retiré des affaires ». Il s'agissait à l'origine d'éviter qu'un débiteur ne puisse se soustraire à une procédure collective en vendant précipitamment ses actifs avant de cesser ses paiements puis de disparaître du monde des affaires pour se faire oublier de ses créanciers.

C'est l'article L. 621-15 du code de commerce qui restitue cette mesure ayant survécu à diverses réformes, notamment celle de la loi du 25 janvier 1985.

- *L'article L. 621-15 du code de commerce* dans sa rédaction antérieure à la loi de sauvegarde :

*« 1. Le tribunal ne peut être saisi que dans le délai d'un an à partir de l'un des événements mentionnés ci-après et lorsque celui-ci est postérieur à la cessation des paiements du débiteur :*

*1° Radiation du registre du commerce et des sociétés ; s'il s'agit d'une personne morale, le délai court de la radiation consécutive à la publication de la clôture des opérations de liquidation ;*

2° Cessation de l'activité s'il s'agit d'une personne immatriculée au répertoire des métiers ou d'un agriculteur ;

3° Publication de l'achèvement de la liquidation s'il s'agit d'une personne morale non soumise à l'immatriculation.

Il...

III. Dans tous les cas, le tribunal est saisi ou se saisit d'office dans les conditions prévues par l'article L. 621-2. »

L'article L. 621-2, auquel il est fait renvoi, permet l'assignation par un créancier, la saisine d'office du tribunal ou celle du procureur de la République. Les conditions que posait le texte étaient multiples ; pour ne s'en tenir qu'aux agriculteurs, elles étaient les suivantes :

- la cessation d'activité ;
- l'état de cessation des paiements lors de la cessation d'activité ;
- le respect du délai d'un an à partir de la cessation d'activité, délai de forclusion ;
- la saisine du tribunal dans les conditions de l'article L. 621-2.

Le débiteur ne disposait pas d'un droit au « dépôt de bilan » pour déclencher la procédure.

La loi du 26 juillet 2005 reprend le principe en l'améliorant : d'une part elle simplifie le dispositif en ne visant désormais, de manière générale, que la « cessation d'activité » du débiteur ; le délai d'un an aux fins de saisine du tribunal devait également être supprimé, mais à la suite d'un amendement proposé par la commission des lois, il a été maintenu pour l'ouverture d'une procédure à l'initiative d'un créancier<sup>1</sup>.

La principale innovation concerne le droit de saisine accordé au débiteur, qui peut dorénavant solliciter l'ouverture d'une procédure soit de redressement (article L. 631-3), soit de liquidation judiciaire (article L. 640-3), sans qu'aucune condition de délai ne lui soit imposée<sup>2</sup>. En l'espèce, la question nous est posée de l'application de ce second texte.

- L'article L. 640-3 du code de commerce issu de la loi de sauvegarde :

*« La procédure de liquidation judiciaire est également ouverte aux personnes mentionnées au premier alinéa de l'article L. 640-2 après la cessation de leur activité professionnelle, si tout ou partie de leur passif provient de cette dernière.*

*Lorsqu'un commerçant, une personne immatriculée au répertoire des métiers, un agriculteur ou toute autre 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, est décédé en cessation des paiements, le tribunal peut être saisi, dans le délai d'un an à compter de la date du décès, sur l'assignation d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance, ou sur requête du ministère public. Le tribunal peut également se saisir d'office dans le même délai. Il peut être saisi sans condition de délai par tout héritier du débiteur. »*

Nous nous pencherons exclusivement sur l'application de ce texte, mais il convient de noter que la question posée à propos de l'article L. 631-3, qui permet de saisir le tribunal dans les mêmes conditions pour demander l'ouverture d'un redressement judiciaire, recevra la même réponse (toutes autres conditions étant remplies par ailleurs) ; cela dit, une telle demande demeurera l'exception car la condition d'existence de chances de redressement sera très rarement remplie, bien que n'étant pas totalement exclue<sup>3</sup>, lorsque le débiteur aura cessé son activité.

Les apports du nouveau texte concernent les personnes habilitées à provoquer l'ouverture de la procédure, le délai pour agir, ainsi que les conditions économiques à remplir pour être éligible à la procédure requise :

- les personnes : le débiteur (ou ses héritiers en cas de décès) vient s'ajouter aux autres demandeurs potentiels autorisés par les textes antérieurs (créanciers, tribunal, ministère public) ;
- le délai pour agir : le débiteur (ou ses héritiers) n'est enfermé dans aucun délai ; les autres personnes auraient pu être uniformément soumises au même délai ou à l'absence de délai et c'était le sens du projet d'origine, mais il en a été décidé autrement ; l'article L. 640-5 pour la liquidation (et L. 631-5 pour le redressement) fait un distinguo : seule « l'assignation » du créancier poursuivant doit être réalisée dans le délai d'un an. Aucun

<sup>1</sup> L'article L. 640-5 reprend cette condition de délai : « Lorsqu'il n'y a pas de procédure de conciliation en cours, le tribunal peut également se saisir d'office ou être saisi sur requête du ministère public aux fins d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire. Sous cette même réserve, la procédure peut aussi être ouverte sur l'assignation d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance. Toutefois, lorsque le débiteur a cessé son activité professionnelle, cette assignation doit intervenir dans le délai d'un an à compter de :

<sup>1°</sup> La radiation du registre du commerce et des sociétés. S'il s'agit d'une personne morale, le délai court à compter de la radiation consécutive à la publication de la clôture des opérations de liquidation ;

<sup>2°</sup> La cessation de l'activité, s'il s'agit d'une personne immatriculée au répertoire des métiers, d'un agriculteur ou d'une 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 ;

<sup>3°</sup> La publication de l'achèvement de la liquidation, s'il s'agit d'une personne morale non soumise à l'immatriculation. En outre, la procédure ne peut être ouverte à l'égard d'un débiteur exerçant une activité agricole qui n'est pas constitué sous la forme d'une société commerciale que si le président du tribunal de grande instance a été saisi, préalablement à l'assignation, d'une demande tendant à la désignation d'un conciliateur, présentée en application de l'article L. 351-2 du code rural. »

<sup>2</sup> Le même dispositif s'applique aux entrepreneurs décédés en état de cessation des paiements et, depuis la loi de sauvegarde, l'action est ouverte aux héritiers, qui bénéficient de la même absence de délai pour agir que leur auteur.

<sup>3</sup> Un débiteur ayant cessé récemment ses affaires, notamment par défaut de trésorerie pour renouveler son stock, pourrait bénéficier de l'ouverture d'un redressement judiciaire et profiter de cette bouffée d'oxygène pour rebondir s'il s'y est pris suffisamment tôt pour ne pas avoir encore perdu sa clientèle ; mais cela suppose d'agir très vite.

délai n'est fixé pour la saisine par le ministère public ou par le tribunal agissant d'office, tout autant que pour le débiteur déposant son bilan. Le souci de simplification et d'harmonisation de ce cas d'ouverture a trouvé sa limite dans la volonté de ne pas laisser le débiteur à la merci d'un créancier trop longuement rancunier...

- la condition économique d'ouverture : il n'est plus nécessaire que le débiteur ait été en état de cessation des paiements au moment où il cessait son activité pour profiter de ce nouveau cas d'ouverture et, de ce point de vue, c'est bien un cas nouveau. Il suffit que le passif qu'il présente au jour de sa demande soit en tout ou en partie professionnel, ce qui s'explique aisément car un passif totalement privé, domestique, relèverait de la procédure de surendettement des particuliers. Mais rien dans le texte n'oblige à ce que l'état de cessation des paiements résulte exclusivement du passif professionnel<sup>4</sup>. A l'inverse, si le passif provenait exclusivement du domaine privé, le débiteur relèverait des mesures du code de la consommation.

Enfin, bien que le texte ne le précise pas, lorsqu'il demande à bénéficier de la procédure collective, le débiteur doit à l'évidence remplir à ce moment-là la condition économique commune : soit un état de cessation des paiements s'accompagnant d'un espoir de redressement et c'est au redressement judiciaire qu'il pourra prétendre, soit la cessation de ses paiements s'accompagnant d'une impossibilité manifeste de redressement, qui lui ouvrira la liquidation judiciaire.

## 2. - L'application de la loi dans le temps

- Le droit commun : article 2 du code civil : « *La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif.* »

- Le droit transitoire : articles 190, 191 et 192 de la loi de sauvegarde n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

### Article 190

*La présente loi entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006, à l'exception des dispositions suivantes qui sont applicables aux procédures et situations en cours dès sa publication :*

*a) Dans toutes les dispositions prévoyant une incapacité, une interdiction ou une déchéance résultant d'une faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer, ces mesures doivent être comprises comme ayant une durée maximale de quinze ans à compter du jour où la décision les ayant prononcées est devenue définitive ;*

*b) Les mesures de faillite personnelle et d'interdiction de gérer ainsi que les déchéances et interdictions qui en ont résulté prennent fin à la date de publication de la présente loi lorsque, à cette date, elles ont été prononcées plus de quinze années auparavant par une décision devenue définitive.*

*Toutefois, les poursuites déjà engagées au jour de la publication de la présente loi, sur le fondement de l'article L. 622-32 du code de commerce, ne sont pas, même si le délai de quinze années est expiré, affectées par les dispositions qui précèdent et les sommes perçues par les créanciers leur restent acquises ;*

*c) L'article L. 624-10 du code de commerce dans sa rédaction issue de la présente loi ;*

*d) L'article L. 643-9 du code de commerce ;*

*e) Le dernier alinéa de l'article L. 811-11 du code de commerce.*

### Article 191

*Lors de son entrée en vigueur, la présente loi n'est pas applicable aux procédures en cours, à l'exception des dispositions suivantes résultant de la nouvelle rédaction du livre VI du code de commerce :*

*1<sup>o</sup> Le chapitre IV du titre IV ;*

*2<sup>o</sup> L'article L. 626-27. Cet article est applicable aux procédures de redressement judiciaire en cours ;*

*3<sup>o</sup> L'article L. 643-11. Cet article est applicable aux procédures de redressement ou de liquidation judiciaire en cours. Toutefois, les poursuites déjà engagées au jour de l'entrée en vigueur de cet article à l'égard de débiteurs ayant fait l'objet d'une interdiction de diriger ou de contrôler une entreprise commerciale ou une personne morale ne sont pas affectées et les sommes perçues par leurs créanciers restent acquises à ces derniers.*

*L'article L. 643-11 est également applicable aux procédures de règlement judiciaire ou de liquidation des biens en cours. Toutefois, les sommes perçues par les créanciers leur restent acquises ;*

*4<sup>o</sup> L'article L. 643-13 ;*

*5<sup>o</sup> Les chapitres I et II du titre V, à l'exception de l'article L. 651-2 ;*

*6<sup>o</sup> L'article L. 653-7 ;*

*7<sup>o</sup> L'article L. 653-11 ;*

*8<sup>o</sup> L'article L. 662-4.*

### Article 192

*Les procédures ouvertes en vertu des articles L. 621-98, L. 624-1, L. 624-4 et L. 624-5 du code de commerce, dans leur rédaction antérieure à la présente loi, ne sont pas affectées par son entrée en vigueur.*

<sup>4</sup> Contrairement aux exigences des textes sur le traitement du surendettement des particuliers, qui imposent que la demande se fonde sur un passif exclusivement privé même si, par la suite, les mesures proposées traiteront à la fois le passif privé et le passif professionnel s'il en est (article L. 330-1 du code de la consommation).

## DISCUSSION ET RÉPONSE

Rappel de la question : le professionnel ayant cessé son activité qui, selon l'article L. 621-15 ancien du code de commerce, n'était pas habilité à saisir un tribunal en vue de provoquer l'ouverture d'une procédure collective, a-t-il qualité, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, pour demander l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à son bénéfice, par application de l'article L. 640-3 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 ?

Cette question pose un problème d'application dans le temps de la loi du 26 juillet 2005.

Plusieurs éléments nous conduiront à proposer une réponse :

- le droit commun civil ;
- le droit transitoire issu de la loi de 2005.

### 1. - Application de l'article 2 du code civil

#### 1.1. - Le principe d'application immédiate de la loi nouvelle

Les principes d'application immédiate et de non-rétroactivité de la loi nouvelle sont bien connus. Nous ne développerons pas leur étude, leur interprétation étant globalement stabilisée de longue date. Rappelons brièvement que la loi nouvelle s'applique aux situations totalement nouvelles et la loi ancienne continue de régir les situations anciennes totalement achevées. Restent les situations en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, pour lesquelles existent parfois des dispositions expresses transitoires (*cf.* les articles 190, 191 et 192 de la loi de 2005 visés *infra*, 2). La situation qui nous est soumise correspond au troisième cas de figure, celui de la situation en cours, à ne pas confondre avec la procédure en cours comme il sera expliqué *infra* : un débiteur qui a cessé ses paiements, on ne sait exactement à quelle époque, a cessé son activité quelques années avant la loi nouvelle, a continué à supporter un passif professionnel (au moins en partie), ne l'a pas apuré et, après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, espère pouvoir bénéficier de la procédure collective réformée dans des conditions qui lui sont plus favorables.

Contractuelle, la situation en cours demeurerait, sauf exception, régie par la loi en vigueur au moment de la conclusion du contrat, donc la loi ancienne. Non contractuelle, la situation n'échappe pas à la loi nouvelle. La loi nouvelle s'applique immédiatement aux effets à venir d'une situation juridique non contractuelle qui a pris naissance avant et qui perdure ou produit ses effets au moment où la loi nouvelle entre en vigueur<sup>5</sup>.

Il existe nombre de justifications à l'application immédiate de la loi nouvelle, ne serait-ce que la présomption de la meilleure qualité de celle-ci : toute loi nouvelle est censée apporter des améliorations à l'ancienne, d'où l'urgence qu'il y a à l'appliquer aux situations en cours, sauf à préserver des droits acquis sous l'empire de la loi ancienne pour des raisons de sécurité juridique. Par ailleurs, la survivance de la loi ancienne doit être limitée au strict minimum pour éviter la superposition de régimes, source d'incertitude, de complexité et d'inégalités.

La loi créant un droit nouveau, tel que nous le constatons dans l'article L. 640-3 nouveau du code de commerce en ce qu'il ouvre au débiteur retiré le droit d'agir en redressement ou liquidation judiciaires, doit être appliquée à tous les bénéficiaires, sans distinguer selon que la situation répondant aux conditions d'octroi est née avant ou après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. C'est une solution acquise dans bien d'autres domaines : par exemple, les époux mariés avant le rétablissement du divorce ont pu bénéficier de celui-ci, comme les enfants naturels nés avant la réforme de la filiation ont tous acquis, grâce à elle, des droits égaux à ceux des enfants légitimes, dès son entrée en vigueur ; le sous-traitant a pu exercer l'action directe de la loi du 31 décembre 1975 alors même que son contrat avait été conclu avant<sup>6</sup>. Ce principe simple et universel doit conduire à affirmer que le débiteur retiré, qui ne pouvait agir avant la loi de 2005, peut aujourd'hui se fonder sur l'article L. 640-3 du code de commerce issu de la loi de sauvegarde pour demander l'ouverture d'une liquidation judiciaire à son bénéfice, toutes autres conditions étant remplies par ailleurs.

#### 1.2. - Le respect des droits acquis ou des effets déjà accomplis des situations en cours

La loi nouvelle ne doit pas porter atteinte aux droits acquis, ce qui justifie sa non-rétroactivité. On le sait, au-delà même de la théorie des droits acquis, dont la mise en œuvre s'est révélée délicate, la non-rétroactivité trouve toute sa justification dans le souci d'éviter l'insécurité et le désordre qui découleraient de la remise en question de situations passées, remise en cause d'ailleurs parfois matériellement impossible.

A ce propos, le procureur de la République, interrogé par le tribunal de Bastia, propose de faire varier les solutions en fonction de la date à laquelle le débiteur retiré a cessé ses paiements.

- Dans un premier cas, la cessation des paiements du débiteur est avérée avant la date de la cessation d'activité, elle-même antérieure à la nouvelle loi, et plus d'une année s'est écoulée depuis cette date : le débiteur ne pourrait alors prétendre bénéficier d'une ouverture de redressement ou liquidation par application de l'ancien article L. 621-15, « son droit d'agir étant éteint faute d'avoir été exercé dans le délai préfix ; en l'état, l'application de la loi nouvelle se heurterait aux droits acquis des créanciers ».

- La deuxième situation serait celle où la cessation des paiements du débiteur en cause est postérieure à la date de cessation de son activité. Dès lors, comme l'article L. 621-15 ancien n'a pas permis l'ouverture d'une procédure en raison d'une chronologie des faits inadéquate (le débiteur a cessé son activité *in bonis*), la loi

<sup>5</sup> 3<sup>e</sup> Civ., 13 novembre 1984, *Bull.* 1984, III, n° 189 ; 2<sup>e</sup> Civ., 8 février 1989, *Bull.* 1989, II, n° 33 ; Com., 8 juillet 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 3.

<sup>6</sup> Voir par exemple, Ch. mixte, 13 mars 1981, *Bull.* 1981, Ch. mixte, n° 3, *D.* 1981. 309, note Benabent.

nouvelle peut s'appliquer immédiatement à cette situation juridique non-contractuelle en cours au moment de son entrée en vigueur et permettra l'action du débiteur, puisque le texte n'exige plus que la cessation des paiements précède la cessation d'activité.

Nous apporterons quelques nuances à ce point de vue. D'ores et déjà, rappelons que le débiteur n'ayant aucun « droit d'agir » sous l'empire de la loi ancienne, il n'encourt à ce titre aucune forclusion. Il ne peut perdre un droit qu'il n'avait pas.

En revanche, il est vrai que, dans la première hypothèse décrite, les demandeurs, qualifiés par l'article L. 621-15 ancien, sont forclos. Mais parce que les conditions de leur action ont également changé, il n'est pas exclu qu'ils ne soient pas définitivement écartés de l'action (*infra*, 2.)

Concernant la forclusion acquise sous l'empire de la loi ancienne, nous estimons, en effet, qu'elle ne peut être remise en question par la loi nouvelle, car ce serait consacrer sa rétroactivité. Mais le domaine de la forclusion de l'article L. 621-15 ancien est limité à l'hypothèse de la réunion des conditions de l'action telles qu'elles étaient posées par ce texte : d'une part, une demande formée par un créancier, la saisine d'office ou par le ministère public ; d'autre part, une situation où le débiteur a cessé ses paiements avant son activité professionnelle. L'écoulement d'un an après cessation d'activité a définitivement éteint l'action, qui aurait pu être engagée dans de telles conditions.

Il suffit pour s'en convaincre, s'il en est encore besoin, de se reporter à la jurisprudence relative à l'application dans le temps des lois de prescription : par application du principe selon lequel la loi nouvelle ne remet pas en cause les effets juridiques passés des situations antérieures à son entrée en vigueur, une prescription déjà écoulée avant que la loi nouvelle n'en augmente la durée a définitivement privé de son droit son titulaire qui a omis de l'exercer dans les délais.

A partir du principe d'effet immédiat et par interprétation de l'article 2281 du code civil à la lumière de l'article 2 du même code, la jurisprudence s'est établie en faisant face à trois types de cas, dès lors qu'aucune mesure transitoire n'y répond dans la loi nouvelle :

- lorsque le législateur modifie la durée d'une prescription, cette loi n'a pas d'effet sur la prescription définitivement acquise avant son entrée en vigueur<sup>7</sup> ;

- si l'action n'est pas prescrite à la date d'entrée en vigueur d'une nouvelle loi qui en allonge le délai, c'est alors le délai allongé qui lui est applicable<sup>8</sup> ;

- enfin, si la loi nouvelle a réduit le délai, la prescription raccourcie ne commence à courir que du jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sans que la durée totale puisse excéder le délai prévu par la loi ancienne<sup>9</sup>.

Les créanciers (et autres demandeurs potentiels) du débiteur ayant cessé son activité avant la loi nouvelle peuvent se trouver dans le premier cas si, toutes conditions de l'action de l'article L. 621-15 ancien étant remplies, ils n'ont pas agi dans le délai d'un an. Dans le cas où la loi nouvelle est intervenue en cours de prescription (situation invraisemblable en l'espèce puisque cet agriculteur avait cessé son activité depuis plusieurs années), leur action en cours se prescrit normalement par un an pour les créanciers, alors que le ministère public et le tribunal susceptible de se saisir d'office bénéficient de la règle édictée pour la troisième hypothèse, celle de l'allongement du délai (délai supprimé dans la loi de sauvegarde pour ces demandeurs).

Ajoutons qu'un nouveau délai institué par un texte de procédure d'application immédiate est applicable à l'appel, formé après l'entrée en vigueur de ce texte, d'un jugement signifié après l'entrée en vigueur de ce texte<sup>10</sup>.

## 2. - Le droit transitoire issu de la loi de 2005

L'article 190 de la loi de sauvegarde fixe son entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2006 ; son décret d'application n° 2005-1677 a été publié le 28 décembre 2005.

La loi de 2005 est destinée à s'appliquer aux « nouvelles » procédures et non à celles qui ont été ouvertes avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006, qui restent régies par les textes antérieurs issus de la loi de 1985 modifiée et codifiée. Nous allons constater que le critère déterminant l'application de la loi sera donc la date d'ouverture de la procédure collective : si elle est ouverte avant le 1<sup>er</sup> janvier, elle relève encore du régime antérieur, à l'exception de quelques mesures visées par les articles 190 et 191 de la loi de sauvegarde ; si elle s'ouvre après le 1<sup>er</sup> janvier 2006, elle relève en totalité et exclusivement de la loi nouvelle.

### 2.1. - Survie de la loi ancienne pour les procédures déjà ouvertes avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006

L'article 191 prévoit que la loi « *n'est pas applicable aux procédures en cours, à l'exception de quelques dispositions résultant de la nouvelle rédaction du livre VI du code de commerce* ».

L'article 192 prévoit : « *Les procédures ouvertes en vertu des articles L. 621-98, 624-1, 624-4 et 624-5 du code de commerce dans leur rédaction antérieure à la présente loi ne sont pas affectées par son entrée en vigueur* ».

<sup>7</sup> 1<sup>re</sup> Civ., 27 septembre 1983, *Bull.* 1983, I, n° 215 ; 12 février 2002, *Bull.* 2002, I, n° 55.

<sup>8</sup> Com., 30 novembre 1999, pourvoi n° 96-16.607.

<sup>9</sup> Voir notamment 1<sup>re</sup> Civ., 28 novembre 1973, *Bull.* 1973, I, n° 329, *D.* 194. 112, note Massip ; plus récemment, 5 mai 2004, *Bull.* 2004, I, n° 124, *D.* 2005, panor 334, obs. Julien et Fricero, *JCP* 2005, I, 112, n° 14, obs. Martin ; Soc., 22 novembre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 356.

<sup>10</sup> Soc., 7 décembre 1977, *Bull.* 1977, V, n° 680.

Ainsi, par exemple, la chambre commerciale de la Cour de cassation a-t-elle eu l'occasion de juger que l'article L. 624-3 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi de sauvegarde, demeurerait applicable pour condamner les dirigeants au paiement de l'insuffisance d'actif d'une personne morale de droit privé, soumise à une procédure collective ouverte avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006<sup>11</sup>.

L'arrêt rendu le 4 janvier 2006 par la même chambre (pourvoi n° 04-17.972) concernant la portée de l'article 192 de la loi du 26 juillet 2005 précise le sens à donner à l'expression « *procédures ouvertes* » figurant dans cet article. Dans cet arrêt, la Cour énonce que, selon l'article 192 de la loi du 26 juillet 2005, les procédures ouvertes en vertu de l'article L. 624-5 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à cette loi, ne sont pas affectées par son entrée en vigueur ; il s'ensuit que la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ouverte, à titre de sanction, contre un dirigeant social par une décision prononcée antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2006, fût-elle frappée de recours, continue d'être régie par les dispositions du code de commerce dans leur rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, peu important que l'exécution provisoire ait été, le cas échéant, arrêtée. Il en résulte qu'en cas d'appel formé contre un jugement ayant, avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, prononcé une telle sanction contre un dirigeant social, la cour d'appel fera application des dispositions du code de commerce dans leur rédaction antérieure à la loi précitée. De même, en cas de cassation d'un arrêt ayant confirmé le jugement qui a, avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006, ouvert contre le dirigeant social une procédure collective sur le fondement de l'article L. 624-5 du code de commerce, la cour d'appel de renvoi continuera de faire application de cette disposition. En revanche, à défaut de décision ayant ouvert, contre le dirigeant, une procédure collective sur le fondement de l'article L. 624-5 avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006, la nouvelle loi sera, dès son entrée en vigueur, applicable à la procédure en cours, conformément à son article 191 5°.

La loi de 2005 contient des mesures spécifiques d'exception en ses articles 190 à 192, qui ne concernent pas la situation qui nous est soumise : elles prévoient notamment que les dispositions relatives à la faillite personnelle et autres mesures d'interdiction, à l'exception des articles L. 653-7 et L. 653-11 (qui concernent notamment la durée de la condamnation à la faillite personnelle plafonnée dorénavant à quinze ans), ne sont pas applicables aux procédures en cours au 1<sup>er</sup> janvier 2006. D'où le choix par la cour de cassation de retenir l'article L. 624-5 du code de commerce dans sa rédaction antérieure, bien qu'abrogé, comme fondement au prononcé d'une mesure de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer contre un dirigeant d'une personne morale soumise à une procédure collective en cours au 1<sup>er</sup> janvier 2006<sup>12</sup>.

Dans la situation particulière d'un agriculteur retiré qui n'a fait l'objet d'aucune procédure avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, tout au plus peut-on constater qu'une situation de fait qui a débuté avant l'entrée en vigueur de la loi de 2005 est susceptible de répondre aux conditions d'ouverture d'une procédure collective : le débiteur a déjà cessé son activité sous l'empire de la loi ancienne (certitude), il était peut-être déjà en état de cessation des paiements (incertitude), donc susceptible de bénéficier d'une procédure collective à la demande d'un créancier ou par saisine des juges, selon les termes de l'article L. 621-15 ancien du code de commerce.

Mais dès lors qu'aucun demandeur n'a sollicité une telle ouverture, il n'y a pas de procédure en cours demeurant soumise à la loi ancienne au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle : la situation de fait en cours, remplissant les conditions d'ouverture d'une procédure mais non stigmatisée par la justice avant la réforme, ne relève pas de la loi ancienne, dont il est clair qu'elle ne survit que pour régir jusqu'à son terme une procédure déjà ouverte.

## 2.2. - Application exclusive de la loi nouvelle aux procédures ouvertes depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006

L'article 190 dispose : « *La présente loi entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006, à l'exception des dispositions suivantes qui sont applicables aux procédures et situations en cours dès sa publication.* »

Ce texte, et aucun autre, ne précise pas directement que la loi s'applique aux procédures ouvertes après son entrée en vigueur, mais le droit commun permet de le conclure (v. *supra*, 1). Il en découle que toute procédure ouverte après l'entrée en vigueur de la loi de 2005, donc après le 1<sup>er</sup> janvier 2006, est entièrement régie par celle-ci.

Il est assez simple d'appliquer ces mesures à la question posée : l'espèce nous met en présence d'une demande d'ouverture d'une procédure nouvelle, présentée après l'entrée en vigueur de la loi de 2005, ce qui constitue un cas d'application de la loi nouvelle. Celle-ci s'applique alors dans tous ses termes, aussi bien les cas et conditions d'ouverture que les effets de la procédure.

Elle s'applique ainsi, notamment, en ce qu'elle offre un cas d'ouverture dont va pouvoir bénéficier l'agriculteur : il a dorénavant qualité pour agir, toutes autres conditions étant remplies par ailleurs, un passif professionnel qui se rattache donc à son ancienne activité d'agriculteur, un état de cessation des paiements quelle que soit la date de son apparition, puisque la loi nouvelle n'exige plus que la cessation des paiements ait précédé la date de cessation d'activité.

Il n'est même pas nécessaire de se demander si la situation est nouvelle ou en cours ; la procédure collective « nouvelle » (ouverte après le 1<sup>er</sup> janvier 2006) peut traiter une situation en cours, cessation d'activité et cessation des paiements étant antérieures à son entrée en vigueur, ou une situation totalement nouvelle, l'état de cessation d'activité et des paiements étant postérieur au 1<sup>er</sup> janvier 2006, ou, enfin, à cheval sur cette date : dans les trois cas, la loi de 2005 s'appliquera exclusivement.

<sup>11</sup> Com., 19 décembre 2006, pourvoi n° 05-19.186.

<sup>12</sup> Com., 4 avril 2006, pourvoi n° 04-19.637.

Le critère choisi par la loi ne laisse planer aucune incertitude : dès lors que la procédure est susceptible d'ouverture postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2006, s'appliquerait-elle à un état antérieur de cessation de paiement et de cessation d'activité, et même, comme en l'espèce, ancien de plusieurs années, elle a vocation à s'appliquer au même titre qu'à une situation entièrement nouvelle.

Plusieurs cas d'espèce auraient pu se présenter dont nous donnerons quelques exemples :

- une procédure aurait pu être ouverte avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006, à la demande d'un créancier (ou du tribunal ou du procureur) si l'agriculteur avait été en état de cessation des paiements avant de cesser son activité ; c'est une hypothèse plausible ; l'action fondée sur l'article L. 621-15 ancien du code de commerce aurait été recevable et la procédure ouverte, toutes conditions objectives exigées par ce texte étant alors remplies, notamment l'état de cessation des paiements antérieur à la cessation d'activité ; dans ce cas, la procédure aurait débouché sur une solution, soit un plan de redressement soit une liquidation relevant des textes en vigueur avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006. Dans un tel cas, la survenance d'une nouvelle loi, offrant au débiteur lui-même la possibilité de demander l'ouverture d'une procédure, n'aurait eu aucune incidence sur la situation, déjà acquise, d'une procédure qui s'est déroulée, en tout ou en partie, sous le régime de la loi ancienne. Tout au plus les quelques exceptions relatives notamment à la durée des sanctions civiles auraient pu s'appliquer à la procédure en cours<sup>13</sup> ;

- en revanche, si l'ouverture demandée, par exemple par un créancier, avait été rejetée parce que la situation du débiteur ne remplissait pas les conditions exigées, alors, aucune procédure n'ayant été ouverte, le débiteur serait vierge de toute procédure collective. Ce serait le cas si le débiteur avait cessé son activité encore *in bonis*, puisque l'article L. 621-15 ancien ne permettait l'ouverture de la procédure qu'en cas de cessation d'activité en état de cessation des paiements. On peut même imaginer que l'action ait été rejetée alors que le débiteur était déjà en état de cessation des paiements pour quelque autre incident : dans ce cas, en l'absence d'ouverture sous l'empire de la loi ancienne, il n'y aurait pas d'obstacle aujourd'hui à ce que la loi nouvelle s'applique, dès lors que la nouvelle demande est présentée après le 1<sup>er</sup> janvier 2006 ;

- finalement, le cas tel qu'il nous est présenté est le suivant : nous ne savons pas si le débiteur a cessé son activité en état de cessation des paiements, mais peu importe car cette chronologie n'aura pas d'incidence au regard de l'article L. 640-3 nouveau. Aucune procédure n'a été ouverte (voire demandée) avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006, date de l'entrée en vigueur de la loi de 2005. La demande postérieure obéit à la loi nouvelle, dans toutes ses composantes : la qualité des demandeurs, qui incluent le débiteur retiré, les caractéristiques de la situation du débiteur en charge d'un passif professionnel, les cessation d'activité et cessation des paiements dans n'importe quel ordre, le texte nouveau ouvrant ainsi plus largement les portes de la procédure collective au débiteur retiré, à un double point de vue, subjectif et objectif.

L'avis à donner sur la question posée pourrait être le suivant :

*Le débiteur ayant cessé son activité et n'ayant pas suscité de procédure collective à son égard avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006, date d'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde n° 2005-845 du 26 juillet 2005, est qualifié pour demander le bénéfice de la liquidation judiciaire après l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, sur le fondement de l'article L. 640-3 du code de commerce dans sa rédaction issue de cette loi, sans condition de délai, s'il justifie d'un passif professionnel résultant de son activité passée et répond à la situation visée par l'article L. 640-1 du code de commerce dans sa rédaction issue de la même loi.*

<sup>13</sup> Comparer : Ch. mixte, 13 mars 1981, *Bull.* 1981, Ch. mixte, n° 4, *Gazette du Palais* 1981, p. 219, note Vasseur, p. 178, Dalloz 1981, p. 310, note Benabent, *Actualité juridique propriété immobilière*, janvier 1982, p. 7, note Roulet.

## II. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

### ARRÊTS DES CHAMBRES

N° 2378

#### *Abus de confiance*

Détournement. - Chose détournée. - Bien remis à titre précaire. - Fonds versés à un emprunteur à titre de prêt (non).

L'abus de confiance ne peut porter que sur des fonds, valeurs ou biens remis à titre précaire.

Ne commet pas cette infraction la personne qui refuse de restituer des fonds qui lui ont été prêtés.

**Crim. - 5 septembre 2007.**

*REJET*

N° 07-80.529. - C.A. Paris, 13 décembre 2006.

M. Dulin, Pt (f.f.). - Mme Labrousse, Rap. - M. Davenas, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Brouchet, Av.

N° 2379

#### *Animaux*

Séviçes graves ou acte de cruauté. - Séviçes de nature sexuelle. - Définition.

Des actes de pénétration sexuelle commis par une personne sur un animal constituent des séviçes de nature sexuelle au sens de l'article 521-1 du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi du 9 mars 2004.

**Crim. - 4 septembre 2007.**

*REJET*

N° 06-82.785. - C.A. Dijon, 27 janvier 2006.

M. Farge, Pt (f.f.). - M. Blondet, Rap. - M. Davenas, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, M<sup>e</sup> Spinosi, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° 2380

#### *Assurance de personnes*

Assurance-vie. - Bénéficiaires. - Modification ou substitution. - Conditions. - Réception par le souscripteur du document précisant les modifications avant le décès de l'assuré. - Portée.

Dans les assurances sur la vie, l'assuré peut modifier jusqu'à son décès le nom du bénéficiaire, dès lors que la volonté du stipulant est exprimée d'une manière certaine et non équivoque et que l'assureur en a eu connaissance.

Dès lors, viole l'article L. 132-8 du code des assurances la cour d'appel qui retient que les modifications apportées par l'assuré ne pouvaient être contractuellement effectives que si le document les portant avait été reçu par le souscripteur avant le décès de l'assuré.

**2<sup>e</sup> Civ. - 13 septembre 2007.**

*CASSATION*

N° 06-18.199. - C.A. Lyon, 8 juin 2006.

Mme Favre, Pt. - Mme Aldigé, Rap. - M. Maynial, P. Av. Gén. - SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, M<sup>e</sup> Odent, Av.

N° 2381

#### *Assurance responsabilité*

Action directe de la victime. - Conditions. - Recevabilité de l'action de l'assuré contre son assureur. - Prescription non acquise.

L'action de la victime contre l'assureur de responsabilité, qui trouve son fondement dans le droit de la victime à réparation de son préjudice, se prescrit par le même délai que son action contre le responsable et ne peut être exercée contre l'assureur, au-delà de ce délai, que tant que celui-ci reste exposé au recours de son assuré.

Dès lors, viole les articles L. 114-1 et L. 124-3 du code des assurances, ensemble l'article 2262 du code civil, la cour d'appel qui déclare prescrite l'action directe diligentée par une victime contre l'assureur de responsabilité en appliquant la prescription biennale, alors que cette action était soumise à la prescription trentenaire de droit commun, applicable à l'action contre l'assuré.

**2<sup>e</sup> Civ. - 13 septembre 2007.**

*CASSATION*

N° 06-16.868. - C.A. Caen, 18 avril 2006.

Mme Favre, Pt. - Mme Aldigé, Rap. - M. Maynial, P. Av. Gén. - M<sup>e</sup> Foussard, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 2382

#### *Avocat*

Représentation ou assistance en justice. - Mandat de représentation. - Existence. - Défaut. - Irrégularité de fond. - Caractère. - Détermination. - Portée.

L'irrégularité de fond tenant au défaut de pouvoir de l'avocat d'agir en justice ne revêt pas un caractère d'ordre public, de sorte que le juge ne peut la soulever d'office.

**1<sup>re</sup> Civ. - 19 septembre 2007.**  
*CASSATION SANS RENVOI*

N° 06-17.408. - C.A. Aix-en-Provence, 22 mai 2006.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Ingall-Montagnier, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

N° **2383**

## Bail d'habitation

Bail soumis à la loi du 6 juillet 1989. - Prix. - Prestations, taxes et fournitures. - Charges récupérables. - Contribution annuelle représentative du droit de bail. - Suppression. - Portée.

La « contribution annuelle représentative du droit de bail », à la charge du locataire d'un local à usage d'habitation en remplacement du « droit de bail », a été supprimée à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2001, la « contribution sur les revenus locatifs » instituée à compter de cette date étant à la charge du seul bailleur.

**3<sup>e</sup> Civ. - 19 septembre 2007.**  
*CASSATION PARTIELLE*

N° 06-16.409. - C.A. Paris, 11 mai 2005.

M. Weber, Pt. - M. Dupertuys, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Bertrand, Av.

N° **2384**

## Banque

Compte. - Virement. - Ordre devenu irrévocable. - Droit de créance du bénéficiaire sur sa banque. - Naissance. - Moment.

Si le bénéficiaire d'un virement acquiert le droit définitif sur les fonds dès que, selon l'article L. 330-1 III du code monétaire et financier, l'ordre est devenu irrévocable, à une date et selon les modalités conformes aux règles de fonctionnement du système interbancaire de télécompensation (SIT), son droit de créance sur son propre banquier, chargé d'un mandat général d'encaissement, n'existe qu'à compter de la réception effective de ces fonds par ce dernier, qui les détient alors pour le compte de son client, en sa qualité de dépositaire.

**Com. - 18 septembre 2007.**  
*REJET*

N° 06-14.161. - C.A. Paris, 9 février 2006.

M. Tricot, Pt. - Mme Cohen-Branche, Rap. - M. Jobard, Av. Gén. - SCP Richard, M<sup>e</sup> Foussard, Av.

**Note sous Com., 18 septembre 2007, n° 2384 ci-dessus**

Une banque faisait valoir que sa dette vis-à-vis de son client bénéficiaire d'un virement était exigible dès lors que l'ordre de virement reçu par elle était devenu irrévocable, par suite de l'envoi par ses soins d'un message d'acquiescement à la banque du donneur d'ordre, le 1<sup>er</sup> juillet 2006 à 16 h 12, et non lorsque les fonds objets du virement lui avaient été réglés, soit le lendemain, 2 juillet 2006. La banque contestait, devant la Cour de cassation, qu'il lui ait été refusé d'opérer une compensation entre cette dette et celle que lui devait son client, au titre du solde débiteur de son compte, pour avoir été mis en procédure collective ce même 2 juillet.

La Cour de cassation rejette ce pourvoi de la banque en énonçant, pour la première fois depuis la mise en place du système interbancaire de télécompensation (SIT) qui gère de

façon automatisée la totalité des échanges bancaires, la règle fixant la date de naissance de la dette du banquier mandataire envers son client, bénéficiaire du virement :

*Si le bénéficiaire d'un virement acquiert le droit définitif sur les fonds dès que, selon l'article L. 330-1 III du code monétaire et financier, l'ordre est devenu irrévocable, à une date et selon les modalités conformes aux règles de fonctionnement du système interbancaire de télécompensation (SIT), son droit de créance sur son propre banquier, chargé d'un mandat général d'encaissement, n'existe qu'à compter de la réception effective de ces fonds par ce dernier, qui les détient alors pour le compte de son client, en sa qualité de dépositaire.*

Même si le virement constitue, en théorie, le mécanisme de transfert de fonds le plus simple, la difficulté du point à trancher tenait à ce que les différentes étapes de l'exécution d'un virement peuvent se succéder au lieu de se réaliser au même instant. En effet, dans le SIT, la date à laquelle le virement devient irrévocable n'est pas nécessairement celle à laquelle le virement est payé à la banque du bénéficiaire : dès lors que l'ordre parvient à l'issue de la journée comptable fixée, en application des règles du SIT, à 13h30 pour les virements, celui-ci devient certes irrévocable, mais son règlement, dans les livres de la banque du bénéficiaire, n'intervient que le lendemain dans le système Transfert Banque de France (TBF), qui assure le règlement interbancaire des soldes nets.

Le système SIT a été créé en 1992 par la Banque de France pour échanger et régler, sous forme de bandes magnétiques, l'ensemble des moyens de paiement de masse dématérialisés, incluant les virements, les prélèvements, les lettres de changes relevés, les cartes bancaires depuis 1995 et, depuis 2002, les chèques, par l'intégration du système des images-chèque (EIC). Le SIT est le système le plus important en Europe, de par les volumes et valeurs échangés : environ 47 millions d'opérations chaque jour y transitent, pour un montant quotidien d'environ 19 milliards d'euros.

Assurer la garantie des paiements, même dans le cas d'une procédure collective affectant l'une des banques adhérentes, tel est l'un des objectifs essentiels de la Directive n° 98/26/CEE, du 19 mai 1998, relative au caractère définitif du règlement dans le système de paiement, transposée en droit français par une loi du 2 juillet 1998 et insérée dans le code monétaire et financier aux articles L. 330-1 et L. 330-2. En effet si, au terme de ces règlements, une banque participante n'a pas la provision sur son compte à l'issue de la période de règlement, l'ensemble des soldes SIT est rejeté par le système TBF.

La Cour de cassation avait, dans le passé, déjà été conduite à préciser que la date d'exécution d'un virement n'était pas celle à laquelle sa régularisation comptable était intervenue au crédit du compte du bénéficiaire, mais celle à laquelle son propre banquier l'avait reçu pour son compte (voir Com., 27 juin 1995, *Bull.* 1995, IV, n° 192 : « le titulaire d'un compte bancaire est en droit de disposer du montant d'un virement fait à son profit dès que la banque l'a reçu, sans devoir attendre l'écoulement d'un délai supplémentaire ») ; de même, par un arrêt de la chambre commerciale du 22 octobre 1996, *Bull.* 1996, IV, n° 249, la chambre avait précisé que « le montant d'un crédit ayant été payé à la banque la veille de la décision d'ouverture de la procédure collective, une cour d'appel avait décidé à bon droit que la compensation s'est opérée entre le crédit et le solde débiteur du compte, dès lors que la créance, certaine, liquide et exigible était entrée en compte immédiatement et non à une date postérieure à laquelle avait été opérée une régularisation comptable »).

S'agissant de la date à laquelle le virement devient irrévocable, la Cour de cassation avait fait prévaloir, depuis un arrêt du 26 janvier 1983 (*RTD com.*, 1984, 129), que c'est au moment où l'ordre est débité du compte du donneur d'ordre qu'il devient irrévocable et non au moment où le bénéficiaire est crédité. Toutefois, la chambre commerciale, dans une circonstance

où étaient intervenues plusieurs banques intermédiaires, avait reporté l'effet de dessaisissement à la date à laquelle la somme avait été inscrite au crédit du compte du banquier bénéficiaire, depuis un arrêt du 8 juillet 2003, *Bull.* 2003, IV, n° 117.

Dans la présente affaire, était soulevée la question, inédite et délicate, de la portée juridique de la dissociation entre la date à laquelle l'ordre était devenu irrévocable et celle où les fonds sont parvenus à la banque du bénéficiaire.

La Cour a considéré qu'il n'était pas contestable que dès l'irrévocabilité de l'ordre acquise, le bénéficiaire disposait d'un droit intangible sur les fonds eux-mêmes, le donneur d'ordre n'étant plus en droit de revenir sur son mandat. Pour autant, faisant application ici des règles classiques gouvernant les obligations du banquier chargé d'un mandat d'encaissement pour son client, il ne devient débiteur de ce dernier qu'à compter de la réception effective de ceux-ci, qu'il détient pour le compte de son client, en sa qualité de dépositaire (voir, à ce sujet, Thierry Bonneau « *Le droit bancaire* », 6<sup>e</sup> édition, Montchrestien, n° 601).

N° 2385

## Banque

Secret professionnel. - Etendue. - Délivrance d'informations sur la solvabilité de l'un de ses clients à un autre client.

L'obligation au secret professionnel à laquelle sont tenus les établissements de crédit leur interdit de fournir, à un client qui en formule la demande, des renseignements autres que simplement commerciaux d'ordre général et économique sur la solvabilité d'un autre de leurs clients.

Com. - 18 septembre 2007.  
REJET

N° 06-10.663. - C.A. Aix-en-Provence, 28 septembre 2005.

M. Tricot, Pt. - Mme Cohen-Branche, Rap. - M. Jobard, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

N° 2386

## Bourse de valeurs

Prestataire de services d'investissement. - Marché à terme. - Couverture. - Complément ou reconstitution. - Défaut. - Liquidation des titres. - Conditions. - Détermination.

Si l'intermédiaire est tenu, après avoir vainement mis en demeure le donneur d'ordre de reconstituer ou compléter sa couverture, de liquider les titres du titulaire du compte pour régulariser l'insuffisance de couverture, la liquidation n'en doit pas moins intervenir aux conditions prévues par la convention liant les parties.

Com. - 18 septembre 2007.  
CASSATION PARTIELLE

N° 06-14.673. - C.A. Metz, 8 février 2006.

M. Tricot, Pt. - Mme Cohen-Branche, Rap. - M. Jobard, Av. Gén. - SCP Parmentier et Didier, M<sup>e</sup> Le Prado, Av.

N° 2387

## 1° Cassation

Moyen. - Irrecevabilité. - Cas. - Moyen soutenu par une partie non comparante devant les juges du fond statuant en matière de baux ruraux.

## 2° Bail rural

Tribunal paritaire. - Procédure. - Préliminaire de conciliation. - Comparution des parties. - Comparution personnelle. - Défaut. - Effet.

## 3° Bail rural

Bail à ferme. - Mise à disposition. - Société d'exploitation agricole. - Information préalable du bailleur. - Défaut. - Résiliation. - Mise en œuvre. - Conditions. - Loi applicable. - Détermination.

1° Est irrecevable devant la Cour de cassation le moyen soutenu par une partie qui n'était ni présente ni représentée à l'audience de la cour d'appel statuant en matière de baux ruraux, le dépôt de conclusions ne pouvant suppléer le défaut de comparution (arrêt n° 1).

2° La non-comparution personnelle de l'une des parties, défendeur ou demandeur, régulièrement représentée par son conseil à l'audience de tentative de conciliation du tribunal paritaire de baux ruraux, en ce qu'elle empêche toute conciliation, justifie le renvoi de l'affaire pour y être jugée à une audience du tribunal (arrêt n° 2).

3° Le bail renouvelé étant un nouveau bail, viole l'article L. 411-37 du code rural dans sa rédaction issue de la loi du 9 juillet 1999, ensemble l'article L. 411-50 du même code, la cour d'appel qui, pour prononcer la résiliation d'un bail à ferme renouvelé postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 9 juillet 1999, fait application de l'article L. 411-37 du code rural dans sa rédaction antérieure, en retenant que la mise à disposition des terres louées par le preneur à une société agricole, sans avis préalable du bailleur, était intervenue antérieurement à la modification de cet article (arrêt n° 2).

Arrêt n° 1 :

3<sup>e</sup> Civ. - 19 septembre 2007.  
REJET

N° 06-15.524. - C.A. Agen, 1<sup>er</sup> février 2005.

M. Weber, Pt. - M. Peyrat, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Lesourd, SCP Gatineau, Av.

Arrêt n° 2 :

3<sup>e</sup> Civ. - 19 septembre 2007.  
CASSATION

N° 06-17.267. - C.A. Rouen, 16 mars 2006.

M. Weber, Pt. - M. Peyrat, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Peignot et Garreau, Av.

N° 2388

## Cession de créance

Cession de créance professionnelle. - Cessionnaire. - Recours contre le cédant. - Garantie du cédant à l'égard du cessionnaire. - Conditions. - Détermination.

Si le cessionnaire d'une créance professionnelle qui a notifié la cession en application de l'article L. 313-28 du code monétaire et financier bénéficie d'un recours en garantie contre le cédant, garant solidaire, sans avoir à justifier préalablement d'une poursuite judiciaire contre le débiteur cédé ou même de sa mise en demeure, il est cependant tenu de justifier d'une demande amiable adressée à ce débiteur ou de la survenance d'un événement rendant impossible ce paiement.

La circonstance que le cédant ait autorisé la banque, par convention-cadre, à débiter son compte, si le débiteur cédé laissait impayée sa créance à l'échéance, n'est pas susceptible d'exonérer la banque de cette démarche amiable.

Com. - 18 septembre 2007.  
*REJET*

N° 06-13.736. - C.A. Metz, 11 janvier 2006.

M. Tricot, Pt. - Mme Cohen-Branche, Rap. - M. Jobard,  
Av. Gén. - M<sup>e</sup> Le Prado, M<sup>e</sup> Carbonnier, Av.

N° 2389

## *Cession de créance*

Cession de créance professionnelle. - Effets. - Rétrocession de la créance. - Condition.

Prive sa décision de base légale une cour d'appel qui retient qu'une cession de créance intervenue selon les modalités prévues par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 codifiée aux articles L. 313-23 et suivants du code monétaire et financier est mise à néant par accord entre le cédant et le cessionnaire, le cédé en étant informé, sans rechercher si la cession avait été effectuée à titre d'escompte ou à titre de garantie, alors que c'est seulement dans ce dernier cas que le cédant d'origine peut retrouver la propriété de la créance cédée sans formalité particulière, dans la mesure où la garantie prend fin lorsque son bénéficiaire n'a plus de créance à faire valoir ou lorsqu'il y renonce.

1<sup>re</sup> Civ. - 19 septembre 2007.  
*CASSATION*

N° 04-18.372. - C.A. Saint-Denis de La Réunion, 2 juillet 2004.

M. Bargue, Pt. - Mme Gelbard-Le Dauphin, Rap. - M. Sarcelet,  
Av. Gén. - M<sup>e</sup> Cossa, Av.

N° 2390

## *Cession de créance*

Formalités de l'article 1690 du code civil. - Opposabilité. - Conditions. - Détermination.

Le débiteur cédé, qui a su et accepté la cession de créance de façon certaine et non équivoque, ne peut se prévaloir du défaut des formalités prévues par l'article 1690 du code civil.

1<sup>re</sup> Civ. - 19 septembre 2007.  
*CASSATION PARTIELLE*

N° 06-11.814. - C.A. Paris, 16 février 2004.

M. Bargue, Pt. - M. Gridel, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. -  
SCP Baraduc et Duhamel, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° 2391

## *Chambre de l'instruction*

Détention provisoire. - Demande de mise en liberté. - Article 148-1 du code de procédure pénale. - Matière criminelle. - Précédente demande de mise en liberté. - Décision d'incompétence dans le délai de l'article 148-2, alinéa 2, du code de procédure pénale. - Portée.

Justifie sa décision la chambre de l'instruction qui, pour rejeter une demande de mise en liberté fondée sur l'article 148-2, alinéa 2, du code de procédure pénale, présentée par une personne ayant fait l'objet d'un arrêt de mise en accusation sur son appel d'une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel, constate que ledit tribunal, saisi d'une précédente demande de mise en liberté, a rendu une décision d'incompétence, dans le délai de dix jours fixé par le texte précité.

Crim. - 11 septembre 2007.  
*IRRECEVABILITÉ ET REJET*

N° 07-84.109. - C.A. Aix-en-Provence, 23 mai 2007.

M. Cotte, Pt. - Mme Palisse, Rap. - M. Finielz, Av. Gén.

N° 2392

## *Chambre de l'instruction*

Détention provisoire. - Demande de mise en liberté. - Demande laissée sans réponse par le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention. - Saisine directe de la chambre de l'instruction. - Recevabilité. - Conditions. - Détermination.

Répond aux exigences des articles 148-6 et 148-7 du code de procédure pénale la demande de mise en liberté dont la réception a été constatée par un acte signé du greffier du juge d'instruction.

N'a pas justifié sa décision la chambre de l'instruction qui déclare irrecevable la saisine directe, en application de l'article 148, alinéa 5, du code de procédure pénale, en retenant qu'une telle demande de mise en liberté, laissée sans réponse par le juge d'instruction et le juge des libertés et de la détention, était irrecevable faute d'avoir été présentée dans les formes prévues par les articles 148-6 et 148-7 du code de procédure pénale.

Crim. - 11 septembre 2007.  
*CASSATION*

N° 07-84.129. - C.A. Angers, 30 mai 2007.

M. Cotte, Pt. - Mme Anzani, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. -  
M<sup>e</sup> Spinosi, Av.

N° 2393

## *Chose jugée*

Identité de cause. - Domaine d'application. - Demandes successives tendant au même objet par un moyen nouveau. - Applications diverses.

Une partie, agissant en qualité de propriétaire indivis d'un bien, qui est débouté de ses demandes portant sur ce bien, est irrecevable à agir contre les mêmes défendeurs aux mêmes fins en se prévalant d'un acte de partage lui attribuant ce bien, lorsque cet acte de partage, même intervenu au cours de la seconde instance, ne constitue qu'un nouveau moyen de preuve de sa qualité de propriétaire, ne permettant pas d'écarter l'autorité de la chose jugée attachée au premier jugement.

3<sup>e</sup> Civ. - 19 septembre 2007.  
*CASSATION SANS RENVOI*

N° 06-11.962. - C.A. Papeete, 20 octobre 2005.

M. Weber, Pt. - Mme Monge, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. -  
SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Le Griel, Av.

N° 2394

## *Communauté entre époux*

Passif. - Composition. - Dettes définitivement communes. - Cas. - Dettes nées pendant la communauté. - Emprunt contracté par un époux sans le consentement exprès de l'autre. - Condition.

En vertu de l'article 1409 du code civil, la communauté se compose passivement, à titre définitif ou sauf récompense, des dettes nées pendant la communauté, et celles résultant d'un emprunt contracté par un époux sans le consentement exprès de l'autre doivent figurer au passif définitif de la communauté, dès lors qu'il n'est pas établi que l'époux a souscrit cet engagement dans son intérêt personnel.

1<sup>re</sup> Civ. - 19 septembre 2007.  
REJET

N° 05-15.940. - C.A. Montpellier, 8 février 2005.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Bignon, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Baraduc et Duhamel, Av.

N° 2395

## 1° Conflit de juridictions

Effets internationaux des jugements. - Exequatur. - Condamnation pécuniaire à une somme fixe. - Demande postérieure de réévaluation. - Office du juge. - Portée.

## 2° Conflit de juridictions

Effets internationaux des jugements. - Reconnaissance ou exequatur. - Conditions. - Absence de contrariété à l'ordre public international. - Caractérisation. - Applications diverses.

1° Il n'appartient pas au juge français de modifier les termes d'une condamnation à somme fixe, prononcée par un juge étranger dans sa monnaie nationale et sans indication de sa part ; le juge de l'*exequatur* ne peut prendre en considération une dévaluation intervenue antérieurement à la condamnation indemnitaire prononcée par le juge étranger sans remettre en cause celle-ci.

2° La contrariété à l'ordre public international de procédure d'une décision étrangère ne peut être admise que s'il est démontré que les intérêts d'une partie ont été objectivement compromis par une violation des principes fondamentaux de la procédure.

1<sup>re</sup> Civ. - 19 septembre 2007.  
REJET

N° 06-17.096. - T.G.I. Nanterre, 5 mai 2006.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Gorce, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Bouthors, SCP Peignot et Garreau, Av.

N° 2396

## Conflit de lois

Régimes matrimoniaux. - Régime légal. - Détermination. - Critères. - Premier domicile matrimonial.

La loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 est déterminée principalement en considération de la fixation de leur premier domicile matrimonial.

C'est par une application souveraine qu'une cour d'appel estime que des époux ont fixé leur résidence en France, après leur mariage au Koweït, et que l'enregistrement de leur mariage religieux devant les autorités koweïtiennes ainsi que la déclaration selon laquelle ils étaient mariés sous le régime de la communauté n'avaient pas opéré de changement de régime matrimonial mais constituaient des éléments déterminants de la volonté des parties quant à leur régime matrimonial.

1<sup>re</sup> Civ. - 19 septembre 2007.  
REJET

N° 06-15.295. - C.A. Versailles, 16 mars 2006.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Monéger, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, M<sup>e</sup> Spinosi, Av.

N° 2397

## Construction immobilière

Maison individuelle. - Contrat de construction. - Construction avec fourniture de plan. - Prêteur. - Obligations. - Etendue. - Détermination.

Le prêteur peut débloquer la portion de prêt, destinée à l'acquisition du terrain sur lequel doit être édifiée une construction soumise aux dispositions des articles L. 231-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation, avant la réception de l'attestation de garantie de livraison.

3<sup>e</sup> Civ. - 12 septembre 2007.  
REJET

N° 06-16.521. - C.A. Dijon, 13 avril 2006.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - M. Mas, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - SCP Richard, SCP Ghestin, Av.

N° 2398

## Construction immobilière

Maison individuelle. - Contrat de construction. - Garanties légales. - Garantie de livraison. - Obligations du garant. - Désignation de la personne qui terminera les travaux. - Acceptation par celle-ci de sa mission.

Le garant de livraison, qui, en application de l'article L. 231-6 III du code de la construction et de l'habitation, est appelé à désigner sous sa responsabilité la personne qui terminera les travaux, a l'obligation de s'assurer que celle-ci accepte effectivement sa mission.

3<sup>e</sup> Civ. - 12 septembre 2007.  
CASSATION

N° 06-10.042. - C.A. Versailles, 3 novembre 2005.

M. Weber, Pt. - Mme Lardet, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - SCP Thouin-Palat, SCP Boutet, Av.

N° 2399

## Construction immobilière

Maison individuelle. - Contrat de construction. - Garanties légales. - Garantie de livraison. - Délai d'exécution. - Obligations du garant. - Désignation d'un nouveau constructeur. - Intervenant unique. - Nécessité.

Viole l'article L. 231-6 III du code de la construction et de l'habitation la cour d'appel qui retient que le garant peut avoir recours à plusieurs intervenants alors qu'il résulte de ce texte qu'il doit désigner une personne unique.

3<sup>e</sup> Civ. - 12 septembre 2007.  
CASSATION PARTIELLE

N° 06-10.246. - C.A. Versailles, 31 octobre 2005.

M. Weber, Pt. - Mme Lardet, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Boutet, Av.

N° 2400

## Contrat d'entreprise

Obligations du maître de l'ouvrage. - Obligations envers l'entrepreneur. - Garantie de paiement. - Garantie non fournie. - Faculté pour l'entrepreneur de surseoir à l'exécution du contrat. - Défaut. - Effet.

Dès lors que l'entrepreneur n'a pas usé de la faculté, conférée par l'article 1799-1, alinéa 3, du code civil, de suspendre

l'exécution du marché lorsque la garantie de paiement due par le maître de l'ouvrage ne lui a pas été fournie après une mise en demeure restée sans effet à l'issue d'un délai de quinze jours, il est tenu d'exécuter les travaux en vertu du contrat.

**3<sup>e</sup> Civ. - 12 septembre 2007.**  
*REJET*

N° 06-14.540. - C.A. Lyon, 16 février 2006.

M. Weber, Pt. - M. Garban, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - SCP Ghestin, SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

*N° 2401*

## *Contrat de travail, rupture*

Licenciement. - Salarié protégé. - Mesures spéciales. - Cumul avec d'autres règles protectrices. - Portée.

Le salarié, bénéficiaire de la protection accordée à la fois aux représentants du personnel et aux victimes d'accident du travail ou d'une maladie professionnelle, a droit à la réparation du préjudice subi résultant de l'inobservation par l'employeur des règles protectrices qui lui sont applicables à ce double titre.

**Soc. - 19 septembre 2007.**  
*CASSATION PARTIELLE*

N° 06-41.227 et 06-41.238. - C.A. Grenoble, 9 janvier 2006.

Mme Collomp, Pt. - Mme Morin, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén. - SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, SCP Gatineau, Av.

*N° 2402*

## *Contrat de travail, rupture*

Licenciement économique. - Licenciement collectif. - Entreprise en difficulté. - Redressement judiciaire. - Plan de redressement. - Plan de continuation. - Adoption. - Procédure préalable. - Consultation des représentants du personnel. - Irrégularité. - Caractérisation.

La procédure de consultation prévue par les articles L. 621-56 du code du commerce et L. 321-9 du code du travail, interprétés à la lumière de la Directive n° 2002/14/CE, du 11 mars 2002, n'a pas été conduite régulièrement lorsque la seule réunion de consultation des représentants du personnel, convoqués après le dépôt du rapport de l'administrateur judiciaire sur le plan de continuation, s'est tenue la veille de l'audience du tribunal fixée, à l'issue de la période d'observation, pour statuer sur l'adoption de ce plan, de sorte que les représentants du personnel n'ont pu faire valoir utilement leurs observations.

**Soc. - 12 septembre 2007.**  
*REJET*

N° 06-13.667. - C.A. Bastia, 11 janvier 2006.

Mme Collomp, Pt. - Mme Morin, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Bertrand, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

*N° 2403*

## *Contrôle judiciaire*

Obligations. - Obligations non respectées. - Mise en détention provisoire. - Débat contradictoire. - Régularité.

L'article 141-2 du code de procédure pénale, qui permet au juge d'instruction, en cas de manquement aux obligations du contrôle judiciaire, de saisir le juge des libertés et de la détention aux fins de placement en détention provisoire, ne contient aucune disposition s'opposant à la mise en œuvre de la procédure prévue par l'article 145, relative à l'organisation,

préalablement à sa décision, d'un débat contradictoire et à la possibilité d'une incarcération provisoire, lorsque la personne mise en examen demande un délai pour préparer sa défense.

**Crim. - 12 septembre 2007.**  
*REJET*

N° 07-84.235. - C.A. Rennes, 8 juin 2007.

M. Cotte, Pt. - Mme Caron, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Spinosi, Av.

*N° 2404*

## *Copropriété*

Syndicat des copropriétaires. - Dissolution. - Causes. - Réunion en une seule main de la totalité des lots. - Portée.

La réunion en une seule main de la totalité des lots composant la copropriété a pour effet la disparition de la copropriété et du syndicat et la transmission à l'acquéreur, devenu propriétaire de la totalité des parties communes et des parties privatives, et, partant, ayant cause à titre particulier du syndicat, des actions dont ce dernier disposait à l'encontre tant de l'assureur dommages-ouvrage que des constructeurs et de leurs assureurs, ces actions, en l'absence de règlement d'avances et de préfinancement par le syndicat des travaux de réparation, ne relevant pas de celles pour lesquelles ce dernier survit pour les besoins de la liquidation de son patrimoine.

**3<sup>e</sup> Civ. - 12 septembre 2007.**  
*CASSATION PARTIELLE*

N° 06-11.282, 06-11.558 et 06-11.588. - C.A. Versailles, 28 novembre 2005.

M. Weber, Pt. - Mme Lardet, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, M<sup>e</sup> Copper-Royer, SCP Bouloche, M<sup>e</sup> Blanc, SCP Boré et Salve de Bruneton, M<sup>e</sup> Bouthors, SCP Choucroy, Gadiou et Chevallier, SCP Roger et Sevaux, SCP Vuitton, Av.

*N° 2405*

## *Cour d'assises*

Composition. - Président. - Incompatibilités. - Magistrat ayant participé à un arrêt renvoyant l'affaire à une autre session (non).

Le renvoi de l'affaire à une autre session n'interdit pas au magistrat qui présidait la cour d'assises de siéger en la même qualité à celle qui est appelée à connaître à nouveau de la cause, dès lors que la cour d'assises qui a ordonné le renvoi n'a pris aucune décision impliquant une appréciation de la culpabilité de l'accusé.

**Crim. - 12 septembre 2007.**  
*REJET*

N° 07-80.755. - Cour d'assises de l'Indre-et-Loire, 11 décembre 2006.

M. Cotte, Pt. - M. Corneloup, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Spinosi, Av.

*N° 2406*

## *Cour d'assises*

Débats. - Procès-verbal. - Signatures. - Greffier. - Impossibilité. - Cas de force majeure. - Constatations nécessaires.

Le greffier doit signer avec le président la minute des arrêts rendus par la cour d'assises ainsi que le procès-verbal des débats.

La seule mention par le président de ce que le greffier n'a pu signer les arrêts incidents, l'arrêt pénal et le procès-verbal des débats « en raison d'un congé-maladie et de son état invalidant ne permettant pas sa signature » est insuffisante, en l'absence de toute précision notamment sur la date à laquelle le greffier est devenu indisponible, pour permettre à la Cour de cassation de s'assurer de l'existence d'un événement de force majeure seul susceptible de conférer, faute de signature du greffier, authenticité aux actes en cause.

**Crim. - 12 septembre 2007.**

*IRRECEVABILITÉ ET CASSATION*

N° 07-80.618 et 07-81.925. - Cour d'assises des Vosges, 26 octobre 2006 et 5 février 2007.

M. Cotte, Pt. - M. Corneloup, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 2407

## *Elections professionnelles*

Comité d'entreprise et délégué du personnel. - Collèges électoraux. - Nombre et composition. - Modification. - Modification conventionnelle. - Conditions. - Accord unanime des organisations syndicales représentatives dans l'entreprise.

Le nombre et la composition des collèges électoraux ne peuvent être modifiés par une convention, un accord collectif du travail, étendus ou non, ou un accord préélectoral que lorsque la convention ou l'accord est signé par toutes les organisations syndicales représentatives existant dans l'entreprise.

C'est à tort qu'un tribunal d'instance a débouté un syndicat de sa demande d'annulation du protocole d'accord préélectoral prévoyant que l'élection de la délégation du personnel au sein d'une entreprise comptant soixante-six salariés se ferait au sein d'un collège unique, signé par le seul syndicat CFE-CGC, alors qu'il avait constaté que le syndicat CFE-CGC ne bénéficiait d'une présomption de représentativité que dans le collège de cadres et qu'il n'avait pas démontré qu'il était représentatif au sein de l'entreprise pour les autres catégories de personnel.

**Soc. - 19 septembre 2007.**

*CASSATION PARTIELLE*

N° 06-60.134. - T.I. Saint-Maur-des-Fossés, 5 mai 2006.

Mme Collomp, Pt. - Mme Perony, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén.

N° 2408

## *Elections professionnelles*

Comité d'entreprise et délégué du personnel. - Opérations électorales. - Modalités d'organisation et de déroulement. - Liste électorale. - Dépôt par un syndicat. - Syndicat non signataire du protocole d'accord préélectoral. - Droit de contestation du protocole d'accord. - Maintien. - Conditions. - Détermination.

Un syndicat non signataire de l'accord préélectoral n'est pas réputé y avoir adhéré et garde donc le droit de le contester même s'il présente des candidats aux élections, à condition de formuler ses réserves sur cet accord lors du dépôt de la liste.

En conséquence, le tribunal d'instance, qui constate que la contestation soulevée par un syndicat, relative à la répartition des sièges et des personnels, a été réglée avant le scrutin et qui relève que le syndicat a présenté des candidats sans formuler

de réserves lors du dépôt de sa liste, décide exactement que ce syndicat ne peut plus contester les modalités d'application de l'accord préélectoral.

**Soc. - 19 septembre 2007.**

*REJET*

N° 06-60.222. - T.I. Puteaux, 15 septembre 2006.

Mme Collomp, Pt. - Mme Morin, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén. - M<sup>e</sup> Hémerly, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

**Note sous Soc., 19 septembre 2007, n° 2408 ci-dessus**

Dans cette affaire, l'accord préélectoral a été signé par tous les syndicats présents dans l'entreprise sauf un, la CFE-CGC, qui a saisi l'inspecteur du travail d'une contestation de la clause de répartition des sièges et des personnels.

On sait qu'un arrêt du 28 octobre 1997 (*Bull.* 1997, V, n° 350) a rappelé qu'aux termes des dispositions légales, l'accord de répartition ne requiert par l'unanimité pour être applicable et c'est en ce sens que l'inspecteur du travail a pris sa décision. Le syndicat a saisi le tribunal d'instance d'une demande d'annulation du scrutin, en invoquant l'irrégularité de l'accord électoral non unanime. Constatant que l'unique litige relatif à la clause de répartition était réglé et que le syndicat avait présenté des candidats sans émettre des réserves, le tribunal d'instance fait application de la jurisprudence issue de l'arrêt du 8 janvier 2002 (*Bull.* 2002, V, n° 6), selon lequel un syndicat qui présente des candidats n'est réputé adhérer au protocole qu'il n'a pas signé que dans la mesure où il n'a pas émis de réserves.

Cet arrêt atténue la rigueur de la jurisprudence antérieure en permettant au syndicat, non signataire de l'accord, de contester celui-ci tout en participant au scrutin, sans toutefois bloquer le processus électoral, qui se poursuit selon les dispositions de l'accord, applicables immédiatement dès lors qu'elles ne requièrent pas l'unanimité en vertu de la loi (Soc., 8 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 333), sous réserve bien entendu du contrôle du juge.

En effet, celui-ci peut toujours vérifier la conformité de l'accord aux principes généraux du droit et faire respecter, le cas échéant, l'exigence d'unanimité. Le présent arrêt précise que les réserves doivent être formulées lors du dépôt de la liste de candidats du syndicat non signataire. Ce dépôt constitue en effet l'acte terminal de la négociation électorale, à l'occasion duquel le syndicat pourra justifier son refus d'adhésion à l'accord préélectoral.

N° 2409

## *1° Entreprise en difficulté*

Redressement judiciaire. - Période d'observation. - Gestion. - Créance née après le jugement d'ouverture. - Domaine d'application. - Contrat poursuivi après l'ouverture de la procédure collective. - Renonciation postérieure. - Créance de réparation.

## *2° Entreprise en difficulté*

Redressement judiciaire. - Période d'observation. - Gestion. - Créance née après le jugement d'ouverture. - Domaine d'application. - Crédit-bail. - Créance de loyers. - Conditions. - Détermination. - Portée.

## *3° Entreprise en difficulté*

Redressement judiciaire. - Période d'observation. - Gestion. - Créance née après le jugement d'ouverture. - Exclusion. - Créance fondée sur un manque à gagner. - Conditions. - Détermination.

1° Les clauses contractuelles étant opposables au mandataire judiciaire qui renonce aux contrats de crédit-bail qu'il avait poursuivis et, celui-ci étant tenu de restituer les biens en bon état, une créance de réparation, née postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, constitue une créance de l'article L. 621-32 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

2° Une créance de loyers afférents à la période comprise entre l'ouverture du redressement judiciaire et la date de renonciation à la poursuite des contrats de crédit-bail, décidée par le mandataire judiciaire sans mise en demeure du créancier, entre dans les prévisions de l'article L. 621-32 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, à l'exclusion des loyers échus postérieurement, sauf à relever à l'encontre du débiteur une faute ayant causé un préjudice au bailleur.

3° Une créance fondée sur le manque à gagner résultant de la renonciation, par le mandataire judiciaire, à la poursuite des contrats de crédit-bail, qui équivaut à une créance au titre de la résiliation de ces contrats, exclue de la priorité de paiement instituée par l'article L. 621-32 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, doit être déclarée au passif de la procédure collective.

**Com. - 18 septembre 2007.**

*NON-LIEU À STATUER ET CASSATION PARTIELLE*

N° 06-13.824. - C.A. Paris, 27 janvier et 28 avril 2006.

M. Tricot, Pt. - Mme Besançon, Rap. - M<sup>e</sup> Bertrand, SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, Av.

N° **2410**

## *Entreprise en difficulté*

Voies de recours. - Appel. - Décisions susceptibles. - Jugement statuant sur le recours contre une ordonnance du juge-commissaire. - Conditions. - Détermination.

Selon les dispositions de l'article L. 623-4 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, les jugements statuant sur les recours formés contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire, dans la limite de ses attributions, à l'exception de ceux statuant sur les revendications, ne sont pas susceptibles de recours en cassation ; à supposer que le juge-commissaire statue hors la limite de ses attributions ou que soit en cause un excès de pouvoir, le jugement est susceptible d'appel.

**Com. - 18 septembre 2007.**

*IRRECEVABILITÉ*

N° 06-11.223. - T.C. Paris, 24 juin 2005.

M. Tricot, Pt. - Mme Pinot, Rap. - M. Jobard, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Bertrand, SCP Defrenois et Levis, SCP Gatineau, Av.

N° **2411**

## *Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)*

Procédure (dispositions générales). - Voies de recours. - Exécution provisoire. - Arrêt. - Domaine d'application. - Jugement constatant la cessation des paiements au cours du plan inexécuté, décidant la résolution et la liquidation.

Le premier président peut, dans les conditions prévues à l'article 328 du décret du 28 décembre 2005, arrêter l'exécution provisoire du jugement rendu en application des articles L. 626-27, alinéa 2, et L. 631-19 du code de

commerce, dans leur rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, par lequel le tribunal, ayant constaté la cessation des paiements du débiteur au cours de l'exécution du plan, décide la résolution du plan et prononce la liquidation judiciaire du débiteur.

**Com. - 18 septembre 2007.**

*REJET*

N° 06-20.289. - C.A. Bordeaux, 18 août 2006.

Mme Besançon, Pt (f.f.). - Mme Orsini, Rap. - M. Casorla, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Brouchet, M<sup>e</sup> Jacoupy, Av.

**Note sous Com., 18 septembre 2007, n° 2411 ci-dessus**

L'article L. 626-27 du code de commerce, issu de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, définit les conditions dans lesquelles le tribunal peut ou doit prononcer la résolution d'un plan de sauvegarde ou celle d'un plan de redressement (par renvoi de l'article L. 631-19 du même code).

Par dérogation au principe de l'application de la loi ancienne aux procédures collectives en cours au 1<sup>er</sup> janvier 2006, cet article est, aux termes de l'article 191 2° de la loi de sauvegarde des entreprises, applicable aux procédures de redressement judiciaire en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

C'est donc sur le fondement de l'article L. 626-27 nouveau du code de commerce que le tribunal, ayant en l'espèce constaté l'état de cessation des paiements des sociétés, a décidé la résolution du plan de continuation dont elles bénéficiaient depuis 2003 et a prononcé, dans le même jugement (par application de l'article 159 du décret du 28 décembre 2005), leur liquidation judiciaire.

L'exécution provisoire de la décision ayant été arrêtée, le pourvoi invoquait la violation de l'article 328 du décret du 28 décembre 2005, qui autorise l'arrêt de l'exécution provisoire des jugements mentionnés à l'alinéa premier du I de l'article L. 661-1 du code de commerce, à savoir, des « décisions statuant sur l'ouverture des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire », mais non des jugements qui prononcent la résolution du plan.

La chambre commerciale rejette le pourvoi.

Il résulte des nouveaux textes que le tribunal qui constate l'état de cessation des paiements du débiteur au cours de l'exécution du plan ne dispose d'aucune marge de manœuvre : il doit décider la résolution du plan et il doit, par le même jugement, prononcer la liquidation judiciaire. Dès lors, ces deux chefs du dispositif du jugement forment, dans cette hypothèse précise, un tout inséparable au regard des dispositions sur l'arrêt de l'exécution provisoire.

N° **2412**

## *Expropriation pour cause d'utilité publique*

Indemnité. - Fixation. - Procédure. - Commissaire du gouvernement. - Position dominante. - Observations des parties devant les juges d'appel. - Nécessité (non).

Les juges d'appel ne sont pas tenus d'inviter les parties à formuler leurs observations sur la présence et les modalités d'intervention du commissaire du gouvernement à l'instance en fixation des indemnités d'expropriation.

**3<sup>e</sup> Civ. - 12 septembre 2007.**

*IRRECEVABILITÉ ET REJET*

N° 06-15.966 et 06-17.637. - C.A. Orléans, 11 avril 2006.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - Mme Boulanger, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - SCP Tiffreau, SCP Laugier et Caston, Av.

N° 2413

## Fichier national automatisé des empreintes génétiques

Refus de se soumettre à un prélèvement biologique. -  
Domaine d'application.

Une mesure de protection judiciaire prononcée à l'égard d'un mineur par un tribunal pour enfants ne constitue pas une condamnation pénale permettant, en application des dispositions de l'article 706-54, alinéa premier, du code de procédure pénale, l'inscription au fichier national automatisé des empreintes génétiques.

**Crim. - 12 septembre 2007.**  
*REJET*

N° 06-85.687. - C.A. Rennes, 12 mai 2006.

M. Cotte, Pt. - M. Pelletier, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 2414

## Fonds de garantie

Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante. -  
Victime de l'amiante. - Action en justice contre le fonds. -  
Appréciation de l'existence et de l'étendue des préjudices subis par la victime. -  
Office du juge. - Etendue. - Détermination.

En application des articles 53-I et 53-IV de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000, la victime d'une maladie due à une exposition à l'amiante peut obtenir la réparation intégrale de ses préjudices, et l'indemnisation due par le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) doit tenir compte des prestations énumérées à l'article 29 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 ainsi que des indemnités de toute nature reçues ou à recevoir d'autres débiteurs du chef du même préjudice.

Ne justifie pas d'un intérêt à agir le fonds qui, condamné à payer une certaine somme au titre du préjudice patrimonial d'une victime, critique l'évaluation faite par la cour d'appel sans préciser en quoi la méthode d'évaluation suivie par elle méconnaît le principe de la réparation intégrale du préjudice.

**2° Civ. - 13 septembre 2007.**  
*REJET*

N° 06-20.530. - C.A. Amiens, 21 septembre 2006.

M. Mazars, Pt (f.f.). - M. André, Rap. - M. Maynial, P. Av. Gén. - M<sup>e</sup> Le Prado, M<sup>e</sup> Balat, Av.

N° 2415

## Fonds de garantie

Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante. -  
Victime de l'amiante. - Action en justice contre le fonds. -  
Modalités. - Saisine de la cour d'appel. - Demande. -  
Pièces justificatives. - Dépôt. - Délai. - Inobservation. -  
Portée.

Selon les articles 27 et 28 du décret n° 2001-963 du 23 octobre 2001, les pièces et documents produits par le demandeur exerçant, devant la cour d'appel, une action contre le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) sont remis au greffe de cette cour en même temps que la déclaration ou l'exposé des motifs par lesquels il exerce son action et, lorsque la déclaration ne contient pas cet exposé, le demandeur doit le déposer au greffe dans le mois qui suit le dépôt de sa déclaration, à peine d'irrecevabilité de la demande.

En conséquence, viole ces textes la cour d'appel qui énonce que la victime est recevable à déposer des pièces complémentaires tout au long de la procédure devant elle et qui déclare recevables certaines pièces déposées par le demandeur postérieurement à l'expiration du délai d'un mois suivant la déclaration.

**2° Civ. - 13 septembre 2007.**  
*CASSATION PARTIELLE*

N° 06-20.337. - C.A. Riom, 12 septembre 2006.

M. Mazars, Pt (f.f.). - M. André, Rap. - M. Maynial, P. Av. Gén. - M<sup>e</sup> Le Prado, Av.

N° 2416

## Incendie involontaire

Forêts. - Manquement à une obligation de sécurité. -  
Obligation de débroussaillage.

Il résulte de l'article L. 322-3 du code forestier, dans sa rédaction issue de la loi n° 92-613 du 6 juillet 1992, que le propriétaire d'un immeuble situé en zone particulièrement exposée aux incendies de forêts est tenu d'une obligation de résultat de débroussaillage des abords des constructions édifiées sur son fonds jusqu'à une distance de 50 mètres, y compris, le cas échéant, sur les héritages voisins.

**Crim. - 4 septembre 2007.**  
*REJET*

N° 06-83.383. - C.A. Aix-en-Provence, 6 mars 2006.

M. Farge, Pt (f.f.). - Mme Guihal, Rap. - M. Davenas, Av. Gén. - SCP Tiffreau, M<sup>e</sup> Hémy, SCP Parmentier et Didier, Av.

N° 2417

## Juge de l'exécution

Compétence. - Compétence d'attribution. - Limites. -  
Interdiction de modifier le dispositif de la décision de justice servant de fondement aux poursuites. - Portée.

Le juge de l'exécution ne peut ni modifier le dispositif de la décision servant de fondement aux poursuites, ni remettre en cause la validité des droits et obligations qu'il constate.

En conséquence, viole l'article L. 311-12-1 du code de l'organisation judiciaire dans sa rédaction alors applicable et l'article 8 du décret du 31 juillet 1992 le juge de l'exécution qui met à la charge d'une partie des frais de gardiennage d'un véhicule, alors que la décision servant de fondement aux poursuites n'avait pas statué sur ces frais.

**2° Civ. - 13 septembre 2007.**  
*CASSATION*

N° 06-13.672. - C.A. Rennes, 26 janvier 2006.

Mme Foulon, Pt (f.f.). - Mme Bardy, Rap. - Mme Magliano, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 2418

## Jugements et arrêts par défaut

Opposition. - Effets. - Mise à néant de la condamnation prononcée.

Selon l'article 489 du code de procédure pénale, le jugement par défaut est non avvenu dans toutes ses dispositions lorsque le prévenu a formé opposition à son exécution ; il s'ensuit qu'il n'appartient pas au juge saisi de l'opposition de se prononcer sur la régularité du précédent jugement rendu par défaut.

**Crim. - 12 septembre 2007.**

*CASSATION*

N° 07-81.985. - C.A. Bordeaux, 1<sup>er</sup> février 2007.

M. Cotte, Pt. - Mme Ponroy, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - SCP Choucroy, Gadiou et Chevallier, SCP Tiffreau, Av.

N° **2419**

## *Jugements et arrêts par défaut*

Opposition. - Forme. - Opposition formée par un mandataire. - Opposition du prévenu. - Recevabilité.

Est recevable l'opposition à un arrêt de défaut formée par le prévenu par l'intermédiaire d'un mandataire muni d'un pouvoir spécial.

Méconnaît ce principe l'arrêt qui déclare irrecevable l'opposition formée par un avocat, alors que celui-ci était muni d'un pouvoir spécial pour former ce recours et qu'au surplus la date de l'audience avait été notifiée à cet avocat également mandaté pour représenter l'opposant devant le tribunal.

**Crim. - 11 septembre 2007.**

*CASSATION*

N° 06-87.864. - C.A. Caen, 2 octobre 2006.

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

N° **2420**

## *Juridictions correctionnelles*

Compétence territoriale. - Ordonnance de renvoi du juge d'instruction chargé des affaires de mineurs. - Majeurs. - Règles applicables. - Détermination. - Portée.

Aux termes de l'article 9, alinéa 3, de l'ordonnance du 2 février 1945, si le mineur a des coauteurs ou complices majeurs, ces derniers seront, en cas de poursuites correctionnelles, renvoyés devant la juridiction compétente suivant le droit commun.

Encourt la censure l'arrêt de la cour d'appel qui, après que le juge d'instruction de Dole s'est dessaisi, s'agissant des mineurs, au profit du juge d'instruction du tribunal de grande instance de Lons-le-Saunier, siège du tribunal pour enfants, énonce que ce magistrat doit renvoyer les majeurs devant le tribunal correctionnel de Lons-le-Saunier, alors que les faits ont été commis dans le ressort du tribunal de grande instance de Dole et que tous les majeurs y sont domiciliés.

**Crim. - 12 septembre 2007.**

*CASSATION*

N° 06-86.559. - C.A. Besançon, 29 juin 2006.

M. Cotte, Pt. - Mme Koering-Joulin, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Bertrand, Av.

N° **2421**

## *Lotissement*

Association syndicale des propriétaires. - Constitution. - Droits et obligations. - Caractère réel. - Portée.

Ayant exactement retenu que les droits et obligations qui dérivent de la constitution d'une association syndicale de propriétaires sont attachés aux immeubles compris dans le périmètre de l'association et les suivent, en quelque main qu'ils passent, jusqu'à la dissolution de l'association ou la réduction de son périmètre, une cour d'appel, qui relève que le cahier des charges publié préalablement à la vente sur saisie d'un lot mentionne l'existence du lotissement, en déduit à bon

droit, sans violer l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que les statuts de l'association syndicale libre gérant les équipements communs de ce lotissement sont opposables à l'adjudicataire du lot.

**3<sup>e</sup> Civ. - 12 septembre 2007.**

*REJET*

N° 06-15.820. - C.A. Bastia, 29 mars 2006.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - M. Jacques, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - M<sup>e</sup> Spinosi, SCP Monod et Colin, Av.

N° **2422**

## *Lotissement*

Cahier des charges. - Violation. - Action d'une association de propriétaires. - Conditions. - Détermination.

Une association constituée sous le régime de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 en vue de la sauvegarde et de la remise en état des passages piétons d'un lotissement, qui n'a pas qualité pour exercer les actions réservées à l'association syndicale ou aux colotis, est irrecevable à agir en revendication d'un chemin que l'un des colotis s'est approprié.

**3<sup>e</sup> Civ. - 12 septembre 2007.**

*REJET*

N° 06-14.460. - C.A. Aix-en-Provence, 6 janvier 2006.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - M. Jacques, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - SCP Le Bret-Desaché, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, Av.

N° **2423**

## *Nationalité*

Nationalité française. - Acquisition. - Modes. - Acquisition à raison du mariage. - Déclaration. - Enregistrement. - Action en contestation du ministère public. - Prescription. - Délai de deux ans. - Point de départ. - Découverte de la fraude ou du mensonge.

Selon l'article 26-4, alinéa 3, du code civil, l'enregistrement d'une déclaration de nationalité française peut être contesté par le ministère public en cas de mensonge ou de fraude dans un délai de deux ans à compter de leur découverte.

La cessation de la communauté de vie entre époux dans les douze mois suivant l'enregistrement de la déclaration prévue à l'article 21-2 constitue une présomption de fraude et il en est de même lorsque la communauté de vie cesse entre la déclaration et son enregistrement.

Par suite, viole ce texte et inverse la charge de la preuve une cour d'appel qui déboute le ministère public de sa demande en annulation de l'enregistrement d'une déclaration acquisitive de nationalité par mariage, au motif qu'en l'absence d'éléments de preuve contraire la communauté de vie des époux n'avait pas cessé dans les douze mois suivant l'enregistrement de la déclaration, alors qu'elle relève que la communauté de vie a cessé avant l'enregistrement de la déclaration.

**1<sup>re</sup> Civ. - 19 septembre 2007.**

*CASSATION*

N° 06-17.572. - C.A. Amiens, 15 juillet 2006.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Monéger, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Le Prado, Av.

N° 2424

## 1° Officiers publics ou ministériels

Avoué. - Exercice de la profession. - Chambre de la compagnie. - Attributions. - Proposition de l'application des mesures disciplinaires après avis du bureau de la chambre nationale. - Avis préalable du bureau de la chambre nationale. - Défaut. - Portée.

## 2° Officiers publics ou ministériels

Avoué. - Exercice de la profession. - Usages de la profession. - Règlement de la chambre de la compagnie. - Usage non inscrit dans le règlement. - Manquement. - Effet.

1° L'avis prévu par l'article 2 2° du décret n° 45-118 du 19 décembre 1945 modifié, dans l'hypothèse où la chambre propose l'application aux avoués des mesures disciplinaires, n'est pas prescrit à peine de nullité, de sorte qu'une cour d'appel écarte à bon droit la prétendue nullité des poursuites tirée de l'absence d'avis préalable de la chambre nationale.

2° Aux termes de l'article 2 1° du décret n° 45-118 du 19 décembre 1945, la chambre de la compagnie des avoués du ressort d'une cour d'appel établit, en ce qui concerne les usages de la profession et les rapports des avoués entre eux et avec la clientèle, un règlement qui doit être soumis au bureau de la chambre nationale en vue de sa transmission pour approbation au ministre de la justice.

Viola les dispositions de ce texte la cour d'appel qui, pour retenir qu'un avoué a commis un manquement à ses devoirs de loyauté et de confraternité en contrevenant à l'usage de faire soumettre tout état de frais au visa d'un membre habilité de la chambre, énonce qu'il était vain pour cet avoué d'invoquer l'absence d'obligation légale de visa préalable de la chambre dès lors qu'il était établi que cette pratique, même non inscrite dans le règlement intérieur, était d'usage constant au sein de la compagnie.

1<sup>re</sup> Civ. - 19 septembre 2007.  
CASSATION

N° 05-15.787. - C.A. Versailles, 9 septembre 2004.

M. Bargue, Pt. - M. Gallet, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Vier, Barthélemy et Matuchansky, SCP Baraduc et Duhamel, Av.

N° 2425

## 1° Paiement

Délais de grâce. - Demande. - Demande de réduction des taux d'intérêts. - Nature. - Demande accessoire. - Portée.

## 2° Protection des consommateurs

Crédit à la consommation. - Défaillance de l'emprunteur. - Action. - Forclusion. - Constatation par le juge. - Portée.

1° En application des dispositions de l'article 1244-1 du code civil, le tribunal ne peut substituer des intérêts au taux légal aux intérêts conventionnels sans accorder des délais de paiement sur le principal et en fixer la durée.

2° En application des dispositions des articles L. 311-37, alinéa 2, du code de la consommation et 125 du nouveau code de procédure civile, le tribunal ne peut relever la fin de non-recevoir tirée de la forclusion de l'action en paiement du prêteur sans l'avoir préalablement constatée.

1<sup>re</sup> Civ. - 19 septembre 2007.  
CASSATION PARTIELLE

N° 06-10.629. - T.I. Aurillac, 9 septembre 2005.

M. Bargue, Pt. - Mme Richard, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Defrenois et Levis, Av.

N° 2426

## Postes télécommunications

Faute. - Responsabilité. - Exonération légale. - Domaine d'application. - Faute lourde (non).

Les dispositions exonératoires de responsabilité prévues par l'article L. 13 du code des postes et télécommunications ne trouvent pas à s'appliquer en cas de faute lourde de La Poste dans l'exécution de sa mission.

En omettant d'indiquer sur l'envoi la date de première présentation, un agent de la poste, qui enfreint ainsi la procédure applicable à la distribution des plis recommandés, caractérise, par son comportement, l'inaptitude de La Poste à l'accomplissement de sa mission.

1<sup>re</sup> Civ. - 19 septembre 2007.  
CASSATION

N° 05-17.769. - C.A. Poitiers, 17 mai 2005.

M. Bargue, Pt. - Mme Gorce, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Le Prado, SCP Defrenois et Levis, Av.

N° 2427

## Presse

Responsabilité pénale. - Directeur de la publication. - Exonération. - Bonne foi de l'auteur de l'article incriminé. - Fait justificatif commun.

S'il est vrai que l'intention de nuire doit être appréciée en la personne de l'auteur de l'article diffamatoire, l'existence de faits justificatifs suffisants pour faire admettre la bonne foi dudit auteur a pour effet d'exclure tant sa responsabilité pénale que celle du directeur de publication de l'organe de presse dans lequel l'article incriminé a été inséré.

Crim. - 11 septembre 2007.  
REJET

N° 05-87.628. - C.A. Toulouse, 29 novembre 2005.

M. Cotte, Pt. - Mme Guirimand, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Gatineau, Av.

N° 2428

## Prêt

Prêt d'argent. - Intérêts. - Taux. - Taux effectif global. - Mention. - Mention erronée. - Sanction. - Détermination.

L'erreur entachant le taux effectif global dont la mention est exigée dans un contrat de prêt est exclusivement sanctionnée par la substitution au taux d'intérêt contractuel du taux de l'intérêt légal.

1<sup>re</sup> Civ. - 19 septembre 2007.  
REJET

N° 06-16.964. - C.A. Aix-en-Provence, 9 mars 2005 et 15 février 2006.

M. Bargue, Pt. - M. Charruault, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Carbonnier, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

N° 2429

## Preuve

Intime conviction. - Eléments servant à la fonder. - Enregistrement audiovisuel de l'audition d'un mineur victime. - Examen de l'enregistrement par les juges au cours du délibéré. - Principe du contradictoire. - Respect. - Condition.

En fondant leur conviction sur l'examen, au cours du délibéré, de l'enregistrement audiovisuel, réalisé en application des dispositions de l'article 706-52 du code de procédure pénale, de l'audition d'une mineure victime d'agressions sexuelles, les juges n'ont pas méconnu le principe du contradictoire, dès lors qu'une copie de cet enregistrement était jointe au dossier, laquelle pouvait être visionnée par les avocats des parties dans les conditions fixées par l'alinéa 7 de ce texte.

**Crim. - 12 septembre 2007.**

REJET

N° 06-87.498. - C.A. Aix-en-Provence, 21 juin 2006.

M. Cotte, Pt. - M. Pometan, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - SCP Bouilloche, Av.

N° 2430

## Professions médicales et paramédicales

Médecin. - Contrat avec une clinique. - Clause d'exclusivité. - Validité. - Conditions. - Sauvegarde de la liberté de choix, par le malade, de son praticien et de son établissement de santé.

Les clauses d'exclusivité consenties par un établissement hospitalier aux médecins exerçant en son sein doivent se concilier avec le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé, principe impératif posé par l'article 1110-8 du code de la santé publique.

**1<sup>re</sup> Civ. - 19 septembre 2007.**

REJET

N° 05-20.564. - C.A. Montpellier, 20 septembre 2005.

M. Bargue, Pt. - M. Gridel, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Bachellier et Potier de la Varde, SCP Richard, Av.

N° 2431

## Propriété

Mitoyenneté. - Mur. - Acquisition. - Mur contre lequel une construction a été adossée. - Construction empiétant sur l'héritage voisin. - Possibilité (non).

Un empiètement fait obstacle à l'acquisition de la mitoyenneté.

**3<sup>e</sup> Civ. - 19 septembre 2007.**

CASSATION

N° 06-16.384. - C.A. Versailles, 30 mars 2006.

M. Weber, Pt. - M. Foulquié, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Bouilloche, SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

N° 2432

## Protection des consommateurs

Crédit immobilier. - Formation. - Preuve. - Charge. - Détermination. - Portée.

Il incombe à l'emprunteur qui reproche à un établissement de crédit d'avoir refusé d'exécuter un contrat de prêt immobilier régi par le code de la consommation d'apporter la preuve que celui-ci a été conclu conformément aux règles d'ordre public qui gouvernent la formation d'un tel contrat.

**1<sup>re</sup> Civ. - 19 septembre 2007.**

REJET

N° 06-15.223. - C.A. Colmar, 26 mai 2005.

M. Bargue, Pt. - M. Charruault, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Bachellier et Potier de la Varde, M<sup>e</sup> Le Prado, Av.

N° 2433

## Prud'hommes

Conseil de prud'hommes. - Conseiller. - Election. - Liste de candidatures. - Publication. - Effets. - Statut protecteur accordé aux candidats. - Période. - Point de départ. - Détermination.

La période de protection spéciale des candidats aux élections de conseillers prud'hommes, prévue par l'article L. 514-2 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, court à compter de la publication de la liste des candidatures dans les conditions prévues par l'article R. 513-37 du même code ; son point de départ peut cependant être fixé antérieurement, soit à la date à laquelle l'employeur a eu connaissance de l'imminence de la candidature du salarié, si le salarié en rapporte la preuve, soit à la date de notification, par le mandataire de la liste, de la proposition de sa candidature, dans le cas où cette formalité, prévue par l'article L. 513-4, alinéa 3, du code du travail, a été effectivement accomplie.

Fait une exacte application de ces textes l'arrêt qui, ayant constaté que l'employeur n'avait pas reçu notification préalable de la proposition de candidature d'un salarié par le mandataire de la liste et n'avait pas eu non plus connaissance de l'imminence de cette candidature, décide que le salarié bénéficiait de la protection spéciale à compter de la date de la publication des listes de candidatures par le préfet.

**Soc. - 12 septembre 2007.**

REJET

N° 06-43.041. - C.A. Paris, 3 mai 2006.

Mme Collomp, Pt. - M. Béraud, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Peignot et Garreau, Av.

N° 2434

## Représentation des salariés

Délégués du personnel. - Institution. - Obligation. - Domaine d'application. - Service public industriel et commercial. - Exploitation en régie directe par une commune.

Selon l'article L. 2221-1 du code général des collectivités territoriales, les communes peuvent exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel et commercial. Les rapports entre un service public industriel et commercial et son personnel relèvent du droit privé.

Une commune qui exploite en régie directe un golf, service public industriel et commercial dont le personnel relève du droit privé, est donc tenue, en sa qualité d'employeur, de respecter les obligations résultant des dispositions des articles L. 421-1 du code du travail et 3-4-1 de la convention collective du golf, relatives à l'élection des délégués du personnel.

**Soc. - 19 septembre 2007.**

REJET

N° 06-60.203. - T.I. Sarreguemines, 22 juin 2006.

Mme Collomp, Pt. - Mme Perony, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén. - M<sup>e</sup> Copper-Royer, Av.

N° 2435

## Responsabilité contractuelle

Domage. - Réparation. - Caractères du préjudice. - Perte d'une chance. - Possibilité d'éviter une condamnation devenue exécutoire. - Appréciation. - Critères. - Probabilité d'obtenir une décision plus favorable.

Le préjudice né d'une perte de chance d'éviter une condamnation devenue exécutoire s'apprécie uniquement au regard de la probabilité d'obtenir une décision plus favorable.

1<sup>re</sup> Civ. - 19 septembre 2007.

CASSATION

N° 05-15.139. - C.A. Paris, 22 mars 2005.

M. Bargue, Pt. - Mme Cassuto-Teytaud, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 2436

## Responsabilité contractuelle

Obligation de conseil. - Domaine d'application. - Etendue. - Détermination. - Portée.

Une société d'expertise chargée d'une mission d'assistance pour évaluer les dommages causés par un incendie doit fournir à son mandant tous les renseignements lui permettant d'exercer en connaissance de cause l'option offerte par le contrat d'assurance, entre le versement d'une indemnité immédiate minorée en cas de démolition de l'immeuble et celui d'une indemnité valeur à neuf en cas de reconstruction, et le mettre en garde sur les conséquences de ses décisions.

Par suite, viole l'article 1147 du code civil la cour d'appel qui, pour rejeter l'action en responsabilité dirigée contre une telle société, retient qu'il n'entre pas dans sa mission d'évaluer les dommages causés à l'immeuble voisin et qu'aucun manquement à l'obligation de conseil n'a été commis.

1<sup>re</sup> Civ. - 19 septembre 2007.

CASSATION PARTIELLE

N° 05-17.536. - C.A. Douai, 7 avril 2005.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - M. Gueudet, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Georges, Av.

N° 2437

## Responsabilité pénale

Maire. - Infraction commise par un adjoint dans l'exercice d'une fonction déléguée. - Imputabilité.

Un adjoint engage sa responsabilité pénale pour les infractions qu'il commet dans l'exercice d'une fonction déléguée par le maire d'une commune, dès lors qu'il dispose de la compétence, des pouvoirs et des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

Justifie sa décision la cour d'appel qui condamne du chef de tapage nocturne l'adjoint titulaire d'une délégation du maire pour les fêtes et cérémonies, en retenant qu'il est l'organisateur d'une fête communale bruyante, dont il surveillait les émissions acoustiques à l'aide d'un appareil approprié.

Crim. - 4 septembre 2007.

REJET

N° 07-80.072. - C.A. Douai, 21 novembre 2006.

M. Farge, Pt (f.f.). - Mme Guihal, Rap. - M. Davenas, Av. Gén. - SCP Boulez, Av.

N° 2438

## Simulation

Action en déclaration de simulation. - Action exercée par l'administration fiscale. - Recevabilité. - Conditions. - Fraude.

Se trouve légalement justifié, par application du principe selon lequel la fraude fait échec à toutes les règles, moyen de pur droit relevé d'office, l'arrêt qui fait droit à une action en déclaration de simulation intentée par l'administration fiscale afin que lui soit déclaré inopposable un acte, autorisé par le juge des tutelles, par lequel des mineurs représentés par leur père avaient acquis un immeuble de vacances en constatant que l'intéressé, mû par une volonté délibérée et persistante de ne pas s'acquitter de ses impôts et d'échapper aux poursuites dont il faisait l'objet à ce titre, avait usé du prête-nom de ses enfants, démunis de toutes ressources personnelles, et avait payé la totalité du prix, en relevant en outre que l'autorisation initiale du juge des tutelles n'empêchait pas d'établir les manœuvres dissimulatoires du père pour acquérir à la montagne l'immeuble dont il conservait la maîtrise et l'usage, du fait du bas âge de ses enfants avec lesquels il était lié par une communauté d'intérêts.

1<sup>re</sup> Civ. - 19 septembre 2007.

REJET

N° 06-14.550. - C.A. Paris, 22 juin 2005.

M. Bargue, Pt. - M. Gridel, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Choucrocy, Gadiou et Chevallier, Av.

N° 2439

## Séparation des pouvoirs

Compétence judiciaire. - Exclusion. - Cas. - Litige relatif aux travaux publics. - Travaux publics. - Définition. - Critères. - Détermination.

Ont le caractère de travaux publics les travaux immobiliers répondant à une fin d'intérêt général et qui comportent l'intervention d'une personne publique, soit en tant que collectivité réalisant les travaux, soit comme bénéficiaire de ces derniers.

1<sup>re</sup> Civ. - 19 septembre 2007.

CASSATION

N° 06-10.546 et 06-11.283. - C.A. Douai, 13 décembre 1999 et 16 novembre 2005.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - Mme Ingall-Montagnier, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Ancel et Couturier-Heller, SCP Célice, Blancpain et Soltner, M<sup>e</sup> Le Prado, M<sup>e</sup> Ricard, Av.

N° 2440

## Société civile

Associés. - Obligations. - Dettes sociales. - Paiement. - Action du créancier social. - Liquidation des biens de la société. - Effet.

Le paiement d'une dette d'une société civile constituée en vue de la vente d'immeubles, qui a fait l'objet d'une liquidation amiable et qui ne dispose plus d'aucun actif, peut être poursuivi par le créancier directement contre l'un des anciens associés.

**3<sup>e</sup> Civ. - 12 septembre 2007.**

*REJET*

N° 06-15.329. - C.A. Versailles, 17 mars 2006.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - M. Jacques, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - SCP Monod et Colin, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

N° **2441**

## *Statut collectif du travail*

Accords collectifs. - Dispositions générales. - Contenu. - Clause de renonciation à toute réclamation. - Opposabilité. - Exclusion. - Cas.

La clause par laquelle les parties signataires d'un accord collectif s'engagent à renoncer à toute réclamation concernant la période antérieure à la date de signature de l'accord ne peut engager que les seules parties à l'accord et ne saurait interdire aux salariés de faire valoir en justice les droits qu'ils ont acquis par application de la loi.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi formé contre un arrêt qui, pour faire droit aux demandes de dommages-intérêts d'un journaliste pour violation de ses droits patrimoniaux d'auteurs résultant de nouvelles exploitations et cessions de ses œuvres photographiques, retient qu'il n'a pas renoncé à ceux-ci.

**Soc. - 12 septembre 2007.**

*REJET*

N° 06-42.496. - C.A. Riom, 14 mars 2006.

Mme Collomp, Pt. - M. Béraud, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Nicolay et de Lanouvelle, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

N° **2442**

## *Statut collectif du travail*

Conventions collectives. - Conventions diverses. - Nettoyage. - Convention nationale des entreprises de propreté (anciennement de nettoyage de locaux). - Annexe VII du 29 mars 1990. - Reprise de marché. - Garantie d'emploi. - Effets. - Ancienneté. - Calcul. - Portée. - Exercice des droits de représentation syndicale des salariés.

Il résulte des termes de l'article 5.02 de la convention collective nationale des entreprises de propreté du 1<sup>er</sup> juillet 1994 et de son annexe VII que le transfert des salariés attachés à un marché ayant fait l'objet d'un changement de prestataire entraîne la poursuite de leur contrat de travail et que doit être prise en compte, pour l'exercice des droits de représentation syndicale des salariés, l'ancienneté qu'ils ont acquise à partir de la date à laquelle ce contrat a été exécuté.

**Soc. - 19 septembre 2007.**

*CASSATION*

N° 06-60.153. - T.I. Chambéry, 6 juin 2006.

Mme Collomp, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Duplat, P. Av. Gén. - M<sup>e</sup> Blanc, Av.

**Note sous Soc., 19 septembre 2007, n° 2442 ci-dessus**

La question posée en l'espèce était de savoir si, lorsque le personnel d'une société de nettoyage affecté à un marché de nettoyage est repris par une autre société à l'occasion du transfert de ce marché, l'ancienneté acquise au sein de la première société peut être prise en considération pour l'exercice des droits de représentation du personnel ou de représentation syndicale.

Il est de jurisprudence constante que lorsqu'une société succède à une autre dans l'exploitation d'un marché ou d'un

chantier, les dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, relatives à la modification dans la situation juridique de l'employeur, ne sont pas applicables (Ass. plén., 15 novembre 1985, *Bull.* 1985, Ass. plén., n° 8, p. 11, *JCP G* 1986, II, n° 20705 ; Ass. plén., 16 mars 1990, *Bull.* 1990, Ass. plén., n° 3, p. 5, *D.*1990, 305).

Toutefois, il est tout à fait possible de décider de l'application volontaire des dispositions de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail, soit par une convention ou un accord collectif, soit dans le cadre de stipulations contractuelles conclues entre les deux entreprises concernées.

Dans la pratique, un certain nombre de conventions collectives a ainsi expressément prévu le transfert des contrats de travail en cas de transmission d'un marché. Tel est le cas notamment de l'accord du 29 mars 1990 (brochure *JO* 3173) étendu par arrêté du 29 juin 1990 (*JORF* 9 juin 1990), devenu annexe VII de la convention collective nationale du 1<sup>er</sup> juillet 1994 des entreprises de propreté, applicable à la situation de l'espèce, qui prévoit la continuité du contrat de travail du personnel à la suite de la reprise d'un marché de nettoyage par un nouveau prestataire.

Mais cette convention prévoit-elle également la reprise de l'ancienneté du salarié en ce qui concerne l'exercice des droits de représentation du personnel ou de représentation syndicale ?

Dans un arrêt datant de 1996 (Soc., 30 mai 1996, pourvoi n° 95-60.784), la chambre sociale avait répondu par la négative, estimant qu'aucune clause de l'annexe VII de la convention collective des entreprises de propreté ne dérogeait aux dispositions légales relatives à la désignation d'un délégué syndical, notamment en ce qui concerne les conditions d'ancienneté.

L'arrêt commenté décide, à l'inverse, qu'en application de l'article 5.02 de la convention collective du 1<sup>er</sup> juillet 1994 et de son annexe VII, le transfert de salariés attachés au marché ayant fait l'objet d'un changement de prestataire entraîne la prise en compte, pour l'exercice des droits de représentation syndicale, de l'ancienneté qu'ils ont acquise à partir de la date à laquelle ce contrat a été exécuté.

Ce revirement s'explique à la fois par les termes de la convention collective, rappelés dans le corps de l'arrêt et qui se réfèrent expressément, en ce qui concerne les droits de représentation du personnel et les droits de représentation syndicaux des salariés transférés à la suite d'une reprise de marché, à l'ancienneté acquise par rapport au contrat de travail en cours, et par l'évolution générale de la jurisprudence relative à l'interprétation de la condition de reprise de l'ancienneté dans les conventions collectives (voir, par exemple, Soc., 26 septembre 2006, pourvoi n° 06-60.004).

N° **2443**

## *Statut collectif du travail*

Conventions collectives. - Dispositions générales. - Négociation. - Négociation annuelle. - Négociation sur les salaires. - Organisations syndicales pouvant y participer. - Détermination.

L'article L. 132-12 du code du travail, qui impose une obligation de négocier aux organisations liées par une convention collective de branche, n'est pas exclusif du droit des autres organisations représentatives de participer aux négociations pouvant conduire à la révision de la convention antérieurement conclue et, partant, de l'obligation de les inviter à ces négociations, conformément aux alinéas 6 et 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et aux articles L. 131-1 et L. 132-7 du code du travail.

Doit dès lors être cassé l'arrêt qui, pour débouter une organisation syndicale, représentative dans le champ d'un accord de branche, de sa demande tendant à voir ordonner sa convocation aux négociations annuelles relatives aux salaires, retient que l'article L. 132-12 du code du travail réserve aux seules organisations ayant signé une convention de branche ou y ayant adhéré le droit de négocier annuellement les salaires.

**Soc. - 12 septembre 2007.**  
CASSATION

N° 06-41.841. - C.A. Paris, 9 février 2006.

Mme Collomp, Pt. - M. Béraud, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Roger et Sevaux, SCP Gatineau, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

N° 2444

## Succession

Saisine. - Bénéficiaire. - Détermination. - Portée.

L'action en résolution d'une vente dont le prix a été converti en obligation de nourrir, entretenir, blanchir, vêtir et soigner le vendeur jusqu'à la fin de ses jours ayant un caractère personnel, une cour d'appel a déclaré à bon droit irrecevable l'action en résolution engagée par l'héritier du vendeur contre l'acquéreur pour inexécution de son obligation, alors que le vendeur n'avait jamais contesté la vente de son vivant.

**1<sup>re</sup> Civ. - 19 septembre 2007.**  
REJET

N° 05-20.771. - C.A. Aix-en-Provence, 14 mars 2005.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - M. Rivière, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Le Prado, M<sup>e</sup> Blanc, Av.

N° 2445

## Testament

Legs. - Legs particulier. - Légataire. - Obligations. - Etendue. - Détermination.

Il résulte de l'article 1024 du code civil que le légataire particulier n'est point tenu des dettes de la succession, sauf la réduction du legs et sauf l'action hypothécaire des créanciers.

Par suite, encourt la cassation l'arrêt qui déduit du montant du solde créditeur du compte, objet d'un legs particulier, les sommes prélevées sur ce compte, après le décès du testateur, au titre des restitutions pour trop-perçu de retraite, qui constituent un passif de succession.

**1<sup>re</sup> Civ. - 19 septembre 2007.**  
CASSATION PARTIELLE

N° 05-18.386. - C.A. Nîmes, 25 janvier 2005.

M. Pluyette, Pt (f.f.). - M. Rivière, Rap. - M. Domingo, Av. Gén. - SCP Vuitton, SCP Laugier et Caston, Av.

N° 2446

## Travail

Droit syndical dans l'entreprise. - Délégués syndicaux. - Entrave à l'exercice du droit syndical. - Mise à pied conservatoire ou disciplinaire. - Suspension du mandat (non).

La mise à pied d'un représentant du personnel, qu'elle soit de nature conservatoire ou disciplinaire, n'a pas pour effet de suspendre l'exécution de son mandat.

**Crim. - 11 septembre 2007.**  
REJET

N° 06-82.410. - C.A. Paris, 6 mars 2006.

M. Cotte, Pt. - Mme Guirimand, Rap. - M. Finielz, Av. Gén. - M<sup>e</sup> Luc-Thaler, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

N° 2447

## Tribunal d'instance

Compétence. - Compétence matérielle. - Action en reconnaissance d'une unité économique et sociale. - Demande indéterminée. - Décision de justice. - Qualification. - Portée.

Il ne résulte ni de l'article L. 431-1, alinéa 6, du code du travail ni d'aucun autre texte que la décision judiciaire qui tend au principal à la reconnaissance d'une unité économique et sociale est rendue en dernier ressort.

Il s'ensuit que, la demande étant indéterminée, le tribunal statue en premier ressort, conformément à l'article 40 du nouveau code de procédure civile.

**Arrêt n° 1 :**

**Soc. - 12 septembre 2007.**  
IRRECEVABILITÉ

N° 06-60.275. - T.I. Longjumeau, 9 novembre 2006.

Mme Collomp, Pt. - Mme Mazars, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Gatineau, Av.

**Arrêt n° 2 :**

**Soc. - 12 septembre 2007.**  
IRRECEVABILITÉ

N° 06-60.198. - T.I. Paris 12<sup>e</sup>, 26 juin 2006.

Mme Collomp, Pt. - Mme Perony, Rap. - M. Cavarroc, Av. Gén. - SCP Capron, SCP Richard, Av.

**Note sous Soc., 12 septembre 2007, n° 2447 ci-dessus**

La chambre sociale a été saisie de deux pourvois qui posent la même question : le tribunal d'instance saisi par un salarié, à l'occasion d'un litige individuel, d'une demande de reconnaissance d'une unité économique et sociale doit-il statuer en premier ou dernier ressort ?

Un salarié a saisi le tribunal d'instance postérieurement à son licenciement pour voir reconnaître l'existence d'une unité économique et sociale entre son ancien employeur et d'autres entreprises, qui aurait dû entraîner selon lui la mise en œuvre du régime de participation obligatoire au sein de cette unité : le tribunal, statuant en dernier ressort, a déclaré le salarié irrecevable en ses demandes, faute d'intérêt à agir.

Un salarié licencié pour motif économique a saisi le conseil de prud'hommes, qui s'est déclaré incompétent au profit du tribunal d'instance pour statuer sur l'existence d'une unité économique et sociale invoquée par celui-ci pour faire juger qu'il aurait dû être reclassé dans l'une des entreprises intégrées dans cette unité : le tribunal d'instance, statuant en dernier ressort, a dit qu'il existait une unité économique et sociale entre les sociétés citées par le salarié.

La reconnaissance de l'unité économique et sociale, création purement jurisprudentielle destinée à « assurer l'efficacité de chacune des institutions représentatives du personnel » est en général un préalable aux opérations électorales, ce qui a amené la Cour de cassation, en dehors de toute indication donnée par le législateur, à décider que le juge compétent pour statuer sur une demande en reconnaissance de l'unité économique et sociale est le tribunal d'instance, juge désigné pour statuer en dernier ressort sur la régularité des élections des représentants du personnel, en application de l'article R. 321-18 du code de l'organisation judiciaire et des textes spécifiques relatifs aux opérations électorales du code du travail (articles L. 423-15, L. 433-11 et L. 435-6 du code du travail).

Par un arrêt du 2 juin 2004 (*Bull.* 2004, V, n° 157, p. 148), la chambre sociale a toutefois affirmé que la reconnaissance de l'unité économique et sociale pouvait être demandée non seulement à l'occasion d'une action tendant à la mise en place de la représentation institutionnelle dans l'entreprise, mais aussi « avant la mise en place des institutions représentatives », en dehors de toute période électorale, ce qui posait, comme l'a souligné le professeur Savatier, « la question de la justification de la compétence du tribunal d'instance pour connaître de l'existence de l'unité économique et sociale » (*Droit social* n° 9/10, septembre-octobre 2004, p. 915).

La question a été posée par un tribunal d'instance à la Cour de cassation à propos de l'action aux fins de modification - par voie d'élargissement ou de rétrécissement - du périmètre d'une unité économique et sociale en l'absence de tout contentieux électoral ; la Cour de cassation a donné pour avis (19 mars 2007, *Bull.* 2007, Avis, n° 3, p. 5) que « la reconnaissance judiciaire d'une unité économique et sociale impose la mise en place des institutions représentatives du personnel qui lui sont appropriées. L'action tendant à cette reconnaissance relève en conséquence de la compétence d'attribution du tribunal d'instance. Il en est de même de l'action aux fins de modification, par voie d'élargissement ou de réduction, du périmètre d'une unité économique et sociale ».

Les deux pourvois examinés par la Cour ne posaient pas la question de la compétence du tribunal d'instance et la chambre sociale a préféré s'en tenir à l'avis déjà donné, qui a reconnu que le tribunal d'instance était compétent pour statuer sur la demande de reconnaissance de l'unité économique et sociale, afin d'éviter un certain nombre de problèmes pratiques qui pourraient résulter de la saisine parallèle du tribunal d'instance, pour la mise en place des institutions représentatives, et du tribunal de grande instance, saisi par un salarié.

Reste en revanche posée la question de la qualification donnée aux décisions du tribunal d'instance : le tribunal d'instance ne statue en dernier ressort que dans les matières visées par l'article R. 321-18 et suivants du code de l'organisation judiciaire et par les textes spéciaux énumérés sous ce même article.

La jurisprudence a adopté deux positions face aux difficultés résultant du silence de la loi : lorsque la loi donne compétence au tribunal d'instance, sans lui donner le pouvoir de décider en dernier ressort, la Cour de cassation a dit que le jugement était susceptible d'appel (*Soc.*, 18 juin 2003, *Bull.* 2003, V, n° 200,

p. 199) à propos des représentants au comité d'entreprise européen et (*Soc.*, 15 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 76 (1), p. 68) à propos de l'instance de dialogue européenne. Lorsque ni la loi ni aucun texte ne donnent compétence au tribunal d'instance, bien que le litige soit de nature électorale, celui-ci ne peut statuer qu'à charge d'appel, en vertu de l'article 40 du nouveau code de procédure civile, puisque la demande est indéterminée (de nombreux arrêts illustrent cette jurisprudence à propos de la révocation du mandat de délégué syndical, de la disparition de la section syndicale, de l'élection du secrétaire du comité d'entreprise, et de la contestation de la désignation d'un représentant conventionnel au CHSCT).

La chambre sociale a donc adopté le même raisonnement : aucun texte ne prévoyant la compétence du tribunal d'instance pour statuer en dernier ressort sur la demande formée par un salarié tendant à voir reconnaître l'existence d'une unité économique et sociale, en dehors de tout litige électoral pour voir reconnaître des droits individuels qui en résulteraient, le tribunal doit statuer en premier ressort. Les deux jugements, ayant été inexactement qualifiés en dernier ressort, sont susceptibles d'appel et les pourvois ne sont pas recevables.

N° 2448

## Vente

Promesse de vente. - Immeuble. - Modalités. - Condition suspensive. - Défaillance. - Défaillance non imputable au débiteur. - Applications diverses.

Une cour d'appel qui constate que si la durée du prêt demandé par l'acquéreur d'un bien immobilier était inférieure à celle stipulée dans la promesse, les calculs produits par la banque démontraient qu'un prêt, fût-il sur la durée convenue, excédait les possibilités financières de celui-ci, peut en déduire que c'est sans faute de sa part que la condition suspensive d'obtention du prêt a défailli.

3<sup>e</sup> Civ. - 12 septembre 2007.

REJET

N° 06-15.640. - C.A. Paris, 14 décembre 2005.

M. Cachelot, Pt (f.f.). - M. Jacques, Rap. - M. Gariazzo, P. Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Peignot et Garreau, Av.

# Cours et tribunaux

Les décisions des juges de première instance ou d'appel publiées dans le *Bulletin d'information de la Cour de cassation* sont choisies en fonction de critères correspondant à l'interprétation de lois nouvelles ou à des cas d'espèce peu fréquents ou répondant à des problèmes d'actualité. Leur publication n'engage pas la doctrine des chambres de la Cour de cassation.

Dans toute la mesure du possible - lorsque la Cour s'est prononcée sur une question qui se rapproche de la décision publiée - des références correspondant à cette jurisprudence sont indiquées sous cette décision avec la mention « à rapprocher », « à comparer » ou « en sens contraire ».

Enfin, les décisions présentées ci-dessous seront, lorsque les circonstances le permettent, regroupées sous un même thème, visant à mettre en valeur l'état de la jurisprudence des juges du fond - ou d'une juridiction donnée - sur une problématique juridique précisément identifiée.

## Jurisprudence des cours d'appel relative au bail commercial

N° 2449

### 1° Bail commercial

Congé - Forme - Acte extrajudiciaire - Inobservation - Nullité.

### 2° Bail commercial

Bailleur - Responsabilité - Bail comportant une clause nulle sur la forme du congé - Irrégularité du congé délivré par le preneur non signalée - Faute - Préjudice - Evaluation.

1° Dès lors que le bail litigieux est un bail commercial, le congé doit être donné, en vertu de l'article L. 145-9 du code de commerce, par acte extrajudiciaire. Même si le bail autorise expressément l'envoi d'une lettre recommandée, est nul et de nul effet le congé délivré, sous cette forme, pour le terme de la deuxième période triennale et, par conséquent, le bail commercial se poursuit, les loyers de la troisième période triennale restant dus au bailleur.

2° Toutefois, commet une faute de nature à engager sa responsabilité et cause un préjudice équivalant au montant de sa créance locative le bailleur, rédacteur de l'acte, qui y a inséré une clause permettant un congé par lettre recommandée, induisant ainsi le locataire en erreur.

Le bailleur connaissait parfaitement les effets de cette clause erronée puisqu'il a réclamé au locataire l'intégralité des loyers en se prévalant de la nullité du congé, onze mois après la délivrance de celui-ci, et que, ce faisant, il s'est abstenu délibérément de signaler au locataire l'irrégularité d'un tel congé en ne le faisant qu'à une date où il n'était plus possible de procéder à une nouvelle notification, par acte extrajudiciaire, susceptible de produire valablement effet.

C.A. Versailles (12<sup>e</sup> ch. civ., sect. 2), 24 mai 2007 - R.G. n° 06/01448.

Mme Laporte, Pte - MM. Fedou et M. Coupin, conseillers.

Sur le n° 1 :

**Sur la nullité d'une clause contraire aux dispositions impératives de l'article L. 145-9, alinéa 5, du code de commerce, à rapprocher :**

- Ass. plén., 17 mai 2002, *Bull.* 2002, Ass. plén. n° 1, p. 1 (cassation partielle) ;

**Sur la nullité du congé délivré par lettre recommandée, à rapprocher :**

- 3<sup>e</sup> Civ., 7 février 1996, *Bull.* 1996, III, n° 36, p. 25 (cassation) et l'arrêt cité ;

- 3<sup>e</sup> Civ., 13 janvier 1999, *Bull.* 1999, III, n° 10, p. 7 (rejet) ;

- 3<sup>e</sup> Civ., 13 décembre 2000, *Bull.* 2000, III, n° 187, p. 131 (cassation) et les arrêts cités.

Sur le n° 2 :

**Sur la responsabilité du bailleur en cas d'irrégularité de la clause relative à la forme du congé, à rapprocher :**

- 3<sup>e</sup> Civ., 13 janvier 1999, *Bull.* 1999, III, n° 9 (2), p. 5 (rejet) ;

- 3<sup>e</sup> Civ., 5 novembre 2003, *Bull.* 2003, III, n° 189 (1), p. 168 (cassation partielle).

07-267.

N° 2450

### Bail commercial

Domaine d'application - Nature du contrat - Destination des lieux - Intention des parties - Destination commerciale - Caractérisation.

La nature d'un bail est avant tout déterminée par la volonté des parties qui décident, dans la convention qu'elles signent, de la destination du bien loué. Cette destination est commerciale lorsque le bailleur a consenti la location d'un terrain nu sur lequel le preneur a implanté un chalet d'exposition mobile pour l'exercice d'une activité commerciale de vente de chalets et maisons en bois, activité pour laquelle il s'est immatriculé au registre du commerce et des sociétés, moins d'un an après la signature du contrat.

Il en résulte qu'un tel bail est commercial, soumis en tant que tel aux dispositions des articles L. 145-1 et suivants du code de commerce, et justifie la compétence du tribunal de grande instance, peu important que, d'une part, le preneur n'ait plus la qualité de commerçant, ayant été radié du registre du commerce et des sociétés avant même l'introduction de l'action en résiliation de bail et que, d'autre part, la demande n'ait pas été notifiée, selon l'article L. 143-2 du code de commerce, aux créanciers inscrits sur le fonds de commerce disparu par l'effet d'une cessation d'activité.

C.A. Agen (ch. civ.), 2 mai 2007 - R.G. n° 06/01203.

M. Salomon, P. Pt - MM. Boutie et Brignol, Pts de chambre.

07-268.

N° 2451

### *Bail commercial*

Renouvellement - Demande - Cas - Congé contraire aux dispositions contractuelles - Effet.

Lorsque les parties se sont préalablement et contractuellement accordées sur les modalités de poursuite du bail commercial par périodes triennales, le congé, donné par le preneur postérieurement à cet accord, est nécessairement inopérant puisqu'il est contraire aux dispositions contractuelles tenant lieu de loi entre les parties.

En effet, si les parties ont, par avenant, renouvelé le bail pour une durée de neuf années entières et consécutives commençant à courir le 1<sup>er</sup> juin 1990, avec faculté pour le preneur de donner congé avec préavis de six mois, et ont convenu qu'à l'expiration de cette période le bail se poursuivrait par périodes triennales, sauf préavis donné par l'une des parties au moins six mois avant l'expiration de chaque période, à défaut de congé donné par le preneur dans les délais, le bail s'est donc poursuivi, selon la volonté des parties, pour une période triennale commençant à courir le 1<sup>er</sup> juin 1999 pour se terminer le 31 mai 2002, puis a été tacitement reconduit du 1<sup>er</sup> juin 2002 au 31 mai 2005 ainsi que du 1<sup>er</sup> juin 2005 au 31 mai 2008 et, dès lors, le congé du preneur donné par acte extrajudiciaire, le 3 septembre 2002, visant à un renouvellement du bail pour une durée de neuf ans avec effet rétroactif à compter du 31 mai 1999, qui n'a pas été accepté par le bailleur, ne peut aboutir.

C.A. Douai (2<sup>e</sup> ch. civ., sect. 2), 6 mars 2007 - R.G. n° 06/01372.

M. Fossier, Pt - M. Zanatta et Mme Neve de Mevergnies, conseillers.

07-269.

### **Jurisprudence de la cour d'appel de Lyon relative à la faute lourde**

N° 2452

### *Contrat de travail, rupture*

Licenciement - Cause - Cause réelle et sérieuse - Faute du salarié - Faute lourde - Applications diverses.

La faute lourde s'entend d'une intention de nuire à l'entreprise ou/et à ses dirigeants.

Ainsi, les propos tenus par un salarié, peu important qu'ils aient été proférés dans une réunion privée, mettant en cause faussement l'honnêteté et la probité des dirigeants de l'entreprise, constituent bien, à eux seuls, la faute lourde caractérisée par une intention de nuire à l'entreprise et à ses dirigeants.

C.A. Lyon (ch. soc.), 28 mars 2007 - R.G. n° 06/04291.

Mme Fouquet, Pte - Mmes Collin-Jelensperger et Morin, conseillères.

07-264.

N° 2453

### *Contrat de travail, rupture*

Licenciement - Cause - Cause réelle et sérieuse - Faute du salarié - Faute lourde - Applications diverses.

La faute lourde est caractérisée par l'intention du salarié de nuire à son employeur.

Le salarié qui a déployé une activité au profit de sa propre société directement concurrente de la société de son employeur, alors qu'il s'était engagé à assurer l'exclusivité de ses services à ce dernier, manque à son obligation de loyauté et commet

ainsi une faute lourde puisqu'il a volontairement profité de ce qu'il était rémunéré par son employeur pour introduire, auprès des clients, sa propre société concurrente, causant un préjudice financier immédiat et un préjudice de développement futur à la société dont il était salarié.

C.A. Lyon (ch. soc.), 8 octobre 2007 - R.G. n° 06/02862.

M. Joly, Pt - Mmes Guigue et Collin-Jelensperger, conseillères.

07-265.

N° 2454

### *Contrat de travail, rupture*

Licenciement - Cause - Cause réelle et sérieuse - Faute du salarié - Faute lourde - Applications diverses.

En matière de licenciement, la faute lourde est caractérisée par l'intention du salarié de nuire à son employeur.

Un salarié qui a, à plusieurs reprises, volontairement trompé son employeur sur la réalité des recettes journalières, persisté, malgré les remarques de l'employeur et les vérifications réalisées, alors que la perte de recettes fausse l'analyse économique des résultats de l'activité et a une incidence directe sur les décisions relatives à la gestion de l'entreprise, démontre une véritable intention de nuire à l'égard de son employeur.

Dès lors, son licenciement pour faute lourde est justifié.

C.A. Lyon (ch. soc.), 9 octobre 2007 - R.G. n° 06/04220.

M. Joly, Pt - Mmes Guigue et Collin-Jelensperger, conseillères.

07-266.

### **Autre jurisprudence des cours d'appel**

N° 2455

### *Donation*

Donation entre époux - Donation déguisée - Nullité - Preuve - Charge - Détermination.

La partie qui se prévaut de la nullité d'une donation sur le fondement de l'article 1099, alinéa 2, du code civil, doit rapporter la preuve que la donation en cause est soit déguisée, soit à personnes interposées.

C.A. Pau (2<sup>e</sup> ch., sect. 2), 19 février 2007 - R.G. n° 02/02278.

Mme Lacoste, Pte (f.f.) - Mmes Mollet et Claret, conseillères.

07-251.

N° 2456

### *Procédure civile*

Acte de procédure - Irrégularité de fond - Définition.

Selon l'article 655 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie, si la signification à personne s'avère impossible, l'acte peut être délivré à domicile lorsque celui-ci est connu. La copie de l'acte peut être remise à toute personne présente, à défaut au gardien de l'immeuble, en dernier lieu à tout voisin.

Par ailleurs, aux termes des dispositions combinées des articles 655 et 656 du même code, l'huissier doit, dans le cas d'une signification à domicile sans remise de copie de l'acte, laisser au domicile un avis de passage daté, avertissant de la

N° 2457

remise de la copie à la mairie. Il doit, en outre, aux termes de l'article 658, aviser l'intéressé de la signification par lettre simple contenant copie de l'acte de signification.

En l'état de ces textes, la remise d'une copie de l'acte n'est pas une formalité substantielle conditionnant la validité de la signification à domicile, le texte ne visant qu'une possibilité en fonction des circonstances. Par ailleurs, l'huissier n'est pas tenu de s'adresser à tous les voisins et la présence éventuelle à son domicile d'un voisin non contacté ne saurait constituer une cause d'irrégularité de la signification.

C.A. Nouméa (ch. civ.), 1<sup>er</sup> février 2007 - R.G. n° 06/65.

M. Stoltz Pt (f.f.). - Mmes Brengard et Amaudric du Chaffaut, conseillères.

07-262.

### *Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle*

Choses dont on a la garde - Fait de la chose - Chose instrument du dommage - Applications diverses.

Le skieur et ses skis forment un ensemble et le déplacement du skieur dépend étroitement de ses skis, de telle sorte que même si son corps seul entre en collision avec un tiers, ce sont bien ses skis qui sont l'instrument du dommage et le régime de la responsabilité des choses que l'on a sous sa garde trouve à s'appliquer.

C.A. Grenoble (2<sup>e</sup> ch. civ.), 19 décembre 2006 - R.G. n° 05/1870.

M. Brenneur, Pt - MM. Froment et Pierre, conseillers.

07-263.

# Doctrines

## I. - DROIT CIVIL

### 1. Contrats et obligations

#### *Vente*

- Bernard Bouloc, observations sous 1<sup>re</sup> Civ., 3 mai 2006, *Bull.* 2006, I, n° 216, p. 190, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 221.

Garantie - Vices cachés - Action estimatoire - Réduction du prix - Arbitrage par experts - Nécessité.

- Bernard Bouloc, observations sous 1<sup>re</sup> Civ., 13 juin 2006, *Bull.* 2006, I, n° 309, p. 268, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 221-222.

Vendeur - Obligations - Délivrance - Manquement - Caractérisation - Applications diverses.

### 2. Construction immobilière

#### *Construction immobilière*

- Gérard Defrance, « Sanctionner l'assureur dommages-ouvrage ne respectant pas ses obligations », in *L'argus de l'assurance, dossiers juridiques*, 27 avril 2007, n° 7023, p. 1-3.

- Emmanuelle Ménard, « Les travaux sur l'immeuble existant : garanties des constructeurs et assurances », in *Construction-urbanisme*, mai 2007, p. 5-11.

- Diane Vlamuyns, « La garantie décennale à l'épreuve des tribunaux », in *Le Moniteur*, 4 mai 2007, p. 66-67.

### 3. Propriété littéraire et artistique

#### *Propriété littéraire et artistique*

- Frédéric Pollaud-Dulian, observations sous 1<sup>re</sup> Civ., 21 novembre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 507, p. 451, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 88-91.

Droit d'auteur - Droits patrimoniaux - Cession - Contrepartie due à l'auteur - Participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation - Domaine d'application - Exclusion - Cas - Collaborateur de l'œuvre collective.

- Frédéric Pollaud-Dulian, observations sous Soc., 8 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 64, p. 57 et 1<sup>re</sup> Civ., 7 novembre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 462, p. 398, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 96-100.

Droit d'auteur - Droits moraux - Droit au respect de l'œuvre - Atteinte - Caractérisation - Cas - Altération de l'œuvre.

## 4. Protection des consommateurs

### *Protection des consommateurs*

- Dominique Legeais, observations sous 1<sup>re</sup> Civ., 21 novembre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 509, p. 452, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 211-212.

Crédit à la consommation - Publicité - Mentions obligatoires - Domaine d'application - Exclusion - Cas - Publicité de notoriété.

- Gilles Paisant, observations sous 2<sup>e</sup> Civ., 14 décembre 2006, *Bull.* 2006, II, n° 355, p. 327, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 245-247.

Surendettement - Procédure de rétablissement personnel - Ouverture - Conditions - Bonne foi du débiteur - Application - Office du juge - Etendue - Détermination - Portée.

## II. - PROCÉDURE CIVILE

### *Procédures civiles d'exécution*

- Marie-Hélène Monsérié-Bon, observations sous 2<sup>e</sup> Civ., 14 septembre 2006, *Bull.* 2006, II, n° 228, p. 215, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 183-184.

Mesures conservatoires - Sûretés judiciaires - Action en responsabilité - Action des associés d'une société contre son dirigeant - Exercice *ut singuli* - Portée.

### *Tribunal d'instance*

- Dominique Legeais, observations sous 2<sup>e</sup> Civ., 12 octobre 2006, *Bull.* 2006, II, n° 274, p. 252, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 213-214.

Compétence - Compétence matérielle - Crédit à la consommation - Contrats de crédit à la consommation - Clauses abusives ou illicites - Cas - Action introduite par une association de consommateurs.

## III. - DROIT DES AFFAIRES

### 1. Contrats commerciaux

#### *Cautionnement*

- Dominique Legeais, observations sous Ch. mixte, 17 novembre 2006, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 10, p. 30, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 215-217.

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

- Arlette Martin-Serf, observations sous Com., 3 mai 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 104, p. 103, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 229-231.

Extinction - Causes - Subrogation rendue impossible par le créancier - Fait du créancier - Applications diverses - Défaut d'exercice du droit de cession des loyers.

## Mandat

- Dominique Legeais, observations sous Ass. plén., 9 octobre 2006, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 11, p. 27, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 207-208.

Effets - Effet relatif - Conditions - Confusion des patrimoines - Caractérisation - Défaut - Portée.

## 2. Droit de la banque

### Banque

- E. Bazin, « Le devoir du prêteur d'éclairer l'emprunteur consommateur sur les risques encourus lors de la conclusion d'un crédit », in *Lamy, Droit des affaires*, 2007, n° 19, p. 89.

- Philippe Delebecque, observations sous Com., 28 mars 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 78, p. 78, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 268-269.

Crédit documentaire - Obligations du banquier - Paiement - Conditions - Détermination.

- Dominique Legeais, observations sous Com., 12 décembre 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 243, p. 267, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 214.

Responsabilité - Faute - Manquement à l'obligation de conseil ou de mise en garde - Domaine d'application - Exclusion - Cas - Emprunteur averti.

## 3. Droit des sociétés

### Société (règles générales)

- Paul Le Cannu, observations sous Com., 19 décembre 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 268, p. 292, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 180-182.

Fusion de sociétés - Fusion-absorption - Absorption par une société par actions simplifiée - Modalités - Décision - Conditions - Détermination.

## 4. Droit des transports

### Transports terrestres

Voir : DROITS INTERNATIONAL ET EUROPÉEN - DROIT COMPARÉ

## 5. Procédures collectives

### Entreprise en difficulté

- Arlette Martin-Serf, observations sous Com., 11 juillet 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 174, p. 193, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 231-232.

Redressement judiciaire - Patrimoine - Revendication - Action en revendication - Conditions - Détermination.

- Arlette Martin-Serf, observations sous Com., 21 février 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 43, p. 44, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 233-235.

Redressement judiciaire - Patrimoine - Revendication - Clause de réserve de propriété - Opposabilité à la procédure collective - Conditions - Déclaration de la créance au passif du sous-acquéreur (non).

- Jean-Luc Vallens, observations sous Com., 26 septembre 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 189, p. 207, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 237-238.

Organes - Représentant des créanciers - Rémunération - Droit fixe - Montant - Détermination.

## IV. - DROIT SOCIAL

### Contrat de travail, formation

- Claude Champaud et Didier Danet, observations sous Soc., 21 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 348, p. 336, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 141-144.

Nullité - Cas - Contrat consenti à un administrateur en fonction.

## V. - DROIT PÉNAL

### Escroquerie

- Bernard Bouloc, observations sous Crim., 13 septembre 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 221, p. 784, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 248-249.

Manœuvres frauduleuses - Définition - Commerçant - Utilisation d'un terminal de paiement électronique pour effectuer des achats fictifs avec sa carte bancaire.

### Fraudes et falsifications

- Bernard Bouloc, observations sous Crim., 13 juin 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 176, p. 610, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 249-250.

Tromperies - Tromperie sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués - Marchandises - Marchandises importées - Contrôle de qualité - Première mise sur le marché - Obligation de l'importateur.

## VI. - PROCÉDURE PÉNALE

### Prescription

- Bernard Bouloc, observations sous Crim., 14 juin 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 181, p. 633, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-février 2007, n° 1, p. 250-251.

Action publique - Interruption - Acte d'instruction ou de poursuite - Effets - Interruption de la prescription de l'action civile exercée devant la juridiction répressive - Incidence à l'égard du civilement responsable.

## VII. - DROITS DOUANIER ET FISCAL

### Impôts et taxes

- Gilles Bachelier, « Quelle définition de la valeur ajoutée pour le plafonnement de la taxe professionnelle : recours au lièvre comptaible ou à la tortue fiscale ? », au sujet de CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> s.-sect., 4 août 2006, aff. n° 267150 et n° 270961 et CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> s.-sect., 3 novembre 2006, aff. n° 266338, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 258-260.

## VIII. - DROITS INTERNATIONAL ET EUROPÉEN - DROIT COMPARÉ

### *Conflit de juridictions*

- Dominique Legeais, observations sous 1<sup>er</sup> Civ., 28 novembre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 518, p.459, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 210-211.

Compétence internationale - Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 - Compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs (articles 13 et 15) - Compétence du tribunal du domicile du consommateur - Conditions - Détermination - Portée.

### *Transports terrestres*

- Bernard Bouloc, observations sous Com., 27 juin 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 156, p. 167, in *Revue trimestrielle de droit*

*commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 225-226.

Marchandises - Transport international - Convention de Genève du 19 mai 1956 (CMR) - Domaine d'application - Contrat de transport unique - Lieux de prise en charge et de livraison de la marchandise situés dans des pays différents - Rapatriement de la marchandise avant le franchissement de la frontière (oui).

- Philippe Delebecque, observations sous Com., 21 novembre 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 229, p.253, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, janvier-mars 2007, n° 1, p. 265.

Marchandises - Transport international - Convention de Genève du 19 mai 1956 (CMR) - Transporteur - Responsabilité - Livraison - Silence de la lettre de voiture - Instructions de l'expéditeur - Portée.

## Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

---

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la **Direction des Journaux officiels**, 26, rue Desaix, 75727 Paris Cedex 15

Je souhaite m'abonner<sup>1</sup> :

- Au bulletin des arrêts des chambres civiles, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 25) : **220,60 €<sup>2</sup>**
- Au bulletin des arrêts de la chambre criminelle, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 29) : **152,10 €<sup>2</sup>**
- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 91) : **91,80 €<sup>2</sup>**
- Au bulletin du droit du travail, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 97) : **15,00 €<sup>2</sup>**
- A l'index annuel des arrêts civils, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 81) : **19,00 €<sup>2</sup>**
- A la table annuelle des arrêts criminels, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 87) : **14,90 €<sup>2</sup>**
- Au bulletin des arrêts des chambres civiles + bulletin des arrêts de la chambre criminelle + index annuel des arrêts civils + table annuelle des arrêts criminels, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 37) : **381,60 €<sup>2</sup>**
- Au bulletin des arrêts des chambres civiles + bulletin des arrêts de la chambre criminelle + bulletin d'information + index annuel des arrêts civils + table annuelle des arrêts criminels, pour une durée d'un an  
(référence d'édition 49) : **470,40 €<sup>2</sup>**
- Abonnement annuel D.O.M.-R.O.M.-C.O.M. et Nouvelle-Calédonie uniquement par avion : tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon la zone de destination, tarif sur demande

Nom : .....

Prénom : .....

N° d'abonné (si déjà abonné à une autre édition) : .....

N° de payeur : .....

Adresse : .....

Code postal : .....

Localité : .....

Date : ..... Signature : .....

- Ci-joint mon règlement par chèque bancaire ou postal, à l'ordre de la Direction des Journaux officiels.

---

<sup>1</sup> Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

<sup>2</sup> Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2007, frais de port inclus.



191076730-001207

Imprimerie des Journaux officiels, 26, rue  
Desaix, 75727 Paris Cedex 15 N° D'ISSN :  
0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le conseiller à  
la Cour de cassation, directeur du service de  
documentation et d'études : Alain LACABARATS

Reproduction sans autorisation interdite -  
Copyright Service de documentation et d'études

Le bulletin d'information peut être consulté sur le  
site internet de la Cour de cassation :

<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction Artistique : PPA ■ PARIS



# intranet

l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'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.



**Direction  
des Journaux  
officiels**

26, rue Desaix  
75727 Paris  
cedex 15

renseignements :  
01 40 58 79 79

[info@journal-officiel.gouv.fr](mailto:info@journal-officiel.gouv.fr)

**Commande :**  
par courrier  
par télécopie :  
01 45 79 17 84  
sur Internet :

[www.journal-officiel.gouv.fr](http://www.journal-officiel.gouv.fr)

**Prix : 5,20 €**  
ISSN 0750-3865