

N°1

REVUE DE DROIT PRIVÉ

Faculté de Droit de Montpellier

- JURISPRUDENCE
 - Contrats
 - Responsabilité
 - Biens
 - Personnes / Famille
 - Sûretés
 - Procédure civile
 - Propriété intellectuelle
- RÉSUMÉ DE MÉMOIRE
 - Copropriété et indivision
- ARTICLE DE DROIT COMPARÉ
 - La loi sur les droits réels :
Analyse de la propriété privée en Chine

Janvier-Mars 2008



REVUE DE DROIT PRIVÉ

Faculté de Droit de Montpellier

Les opinions émises dans cette revue doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REVUE DE DROIT PRIVÉ

Faculté de Droit de Montpellier

Janvier – Mars 2008 N° 1

SOMMAIRE

Directeur de la publication

V. Daudet, doctorant

Comité de direction

M.-L. Mathieu-Izorche
Professeur à l'Université
Montpellier I
Directrice du Master 2
Recherche de Droit privé
fondamental

J.-P. Tosi

Professeur à l'Université
Montpellier I
Directeur du Laboratoire
de Droit privé

Comité de rédaction

S. Becqué-Ickowicz
Professeur à l'Université
Montpellier I

J. Faure, doctorant

B. Muller, doctorant

M. Touillier, doctorant

Financé par le
Laboratoire de Droit
privé de la Faculté de
Droit de Montpellier

ISSN en cours

ÉDITORIAL 4

JURISPRUDENCE

CONTRATS..... 5

RESPONSABILITÉ 29

PERSONNES - FAMILLE..... 39

BIENS..... 59

SÛRETÉS..... 73

PROCÉDURE CIVILE..... 86

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....104

RÉSUMÉ DE MÉMOIRE

COPROPRIÉTÉ ET INDIVISION118

ARTICLE DE DROIT COMPARÉ

LA LOI SUR LES DROITS RÉELS : ANALYSE
DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE EN CHINE 128

INDEX THÉMATIQUE.....138

INDEX PAR DÉCISIONS140

TABLE DES MATIÈRES.....142

Ont contribué à ce numéro :

- S. BARDOU, Doctorante, Membre de l'ERCIM, Université Montpellier I
- E. CALIMOUTOU, Doctorante, Laboratoire de droit privé, Université Montpellier I
- S. DA SILVA, Doctorante, Université Montpellier I
- V. DAUDET, Doctorant, Chargé de travaux dirigés, Laboratoire de Droit privé, Université Montpellier I
- J. FAURE, Doctorant, Chargé de travaux dirigés, Centre du droit de l'entreprise, Université Montpellier I
- G. GRAS, Master 2 Recherche Droit privé fondamental
- M. JAOUÛ, Doctorante, Chargée de travaux dirigés, Laboratoire de Droit privé, Université Montpellier I
- B. JEAN, Doctorant, Juriste du Groupe Linagora, Membre de l'ERCIM, Université Montpellier I
- J.-N. LORENZONI, Doctorant, Membre de l'ERCIM, Université Montpellier I
- F. LOMBARD, Doctorante, Chargée de travaux dirigés, Laboratoire de Droit privé, Université Montpellier I
- N. MARTIN, Doctorant, Membre de l'ERCIM, Université Montpellier I
- M. MARKELLOU, Doctorante, Membre de l'ERCIM, Université Montpellier I
- F. MEYNADIER, Docteur en droit, Chargée de travaux dirigés, Université Montpellier I
- B. MULLER, Doctorant, Chargé de travaux dirigés, Laboratoire de Droit privé, Université Montpellier I
- M. TOUILLIER, Doctorant, Chargé de travaux dirigés, Equipe de recherche sur la politique criminelle, Université Montpellier I
- YANG L., Doctorante, Centre du droit de l'entreprise, Université Montpellier I

Bonjour à tous !

Et bienvenue dans le premier numéro de la Revue de droit privé de la Faculté de Droit de Montpellier.

Doctorants, étudiants de Licence et de Master, étudiants préparant des concours, mais également Professeurs et Maîtres de conférences intéressés... Cette "revue", qui n'a nullement la prétention d'égaliser les "véritables" revues juridiques, s'adresse à tous. L'objet des numéros que nous vous proposerons trimestriellement est d'abord de présenter l'actualité jurisprudentielle la plus étendue possible en droit privé, que ce soit en matière de contrats, de personnes, de responsabilité, de biens, de sûretés, de procédure civile ou encore de propriété intellectuelle.

Mais, afin d'apporter des éléments plus théoriques pouvant s'avérer pertinents dans la perspective du travail de thèse, seront également proposés dans chaque numéro le résumé d'un mémoire de troisième cycle ainsi qu'un article de droit comparé. Il est en effet regrettable que le travail annuel d'étudiants ne poursuivant pas une carrière universitaire soit parfois oublié, quand il pourrait nourrir les recherches de doctorants intéressés. Quant au droit comparé, les perspectives d'ouverture et de réflexion qu'il apporte ne sont plus à démontrer.

Ce premier numéro a été initié et entièrement rédigé par des doctorants (et un docteur), et nous accueillerons avec un immense plaisir tous les chercheurs intéressés par la continuation de ce projet. Qu'ils n'hésitent donc pas à nous contacter.

En espérant que nous répondrons aux attentes de chacun pour un premier numéro de revue, nous vous souhaitons bonne lecture, et vous disons à bientôt !

Les rédacteurs.

Précisions sur les mentions des arrêts de la Cour de cassation

- F Formation à trois dite formation restreinte.
- FS Formation de section composée d'au moins cinq conseillers.
- FP Formation plénière de chambre.
- D Arrêt diffusé aux abonnés, banques de données juridiques, revues...
- P Arrêt publié au bulletin mensuel de la Cour de cassation.
- B Arrêt publié au bulletin bimensuel de la Cour de cassation.
- R Arrêt faisant l'objet d'un bref commentaire dans le rapport annuel de la Cour de cassation.
- I Arrêt mis sur Internet.

Les lettres « P » et « D » correspondent ainsi, comme par le passé, à « publié » et « diffusé ». En revanche, la dénomination P+F (publié et flash) va être progressivement remplacée par P+B, ce qui équivaut à la même chose.

Pour nous contacter : revuemontpellier@hotmail.fr

CONTRATS

Victor DAUDET, Julien FAURE,
Fanny MEYNADIER et Benjamin MULLER

SOMMAIRE

§ 1 – Contrats ou obligations conventionnelles en général	6
I – Durée du contrat	6
A – Prohibition des engagements perpétuels	6
B – Tacite reconduction	6
II – Effets des obligations	7
A – Effets à l’égard des parties	7
1 – Responsabilité contractuelle.....	7
2 – Manquement contractuel et responsabilité délictuelle	8
B – Effets à l’égard des tiers	8
1 – Action oblique.....	8
2 – Action paulienne	9
III – Des diverses espèces d’obligations	11
A – Obligations conditionnelles.....	11
1 – Condition suspensive :	11
2 – Condition résolutoire.....	12
B – Obligations indivisibles	14
IV – Extinction des obligations	14
V – Preuve des obligations	15
A – Preuve de l’acceptation du contrat	15
B – Preuve et mentions obligatoires.....	15
§ 2 – Contrats spéciaux	16
I – Contrat de vente	16
A – Garantie des vices cachés	16
B – Promesse de vente	19
C – Cession de créance	20
II – Contrat de bail	21
III – Contrat d’entreprise	22
IV – Contrat de mandat	23
A – Obligations du mandataire	23
B – Faculté de substitution.....	24
C – Mandat apparent	26

§ 1 – Contrats ou obligations conventionnelles en général

I – Durée du contrat

A – Prohibition des engagements perpétuels

- **Un contrat de 20 ans n'est pas un contrat à durée indéterminée : Com., 29 janvier 2008, 06-19.607, 06-19.706, F-D.**

Une illustration du principe général d'interdiction des engagements perpétuels (dédit de l'article 1780 du Code civil par la jurisprudence) est donnée par la Cour de cassation dans un arrêt du 29 janvier 2008. En l'espèce, la société A. confie un contrat de sous-traitance à Monsieur B., qui se substitue la société C. dans l'exercice de sa mission. La société A., souhaitant résilier le contrat, argue de la durée de celui-ci. Les juges du fond relèvent en effet « la durée anormalement longue de la mission », assimilant le contrat à un contrat à durée indéterminée, et en déduisent logiquement la possibilité pour chacune des parties de procéder à une résiliation anticipée¹.

¹ « La liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu

La Cour de cassation casse cependant l'arrêt en relevant la violation de l'article 1134 du Code civil par la Cour d'appel, puisque la durée du contrat était fixée à vingt ans minimum. Il n'était donc pas loisible aux parties de résilier le contrat sans dommage. La Haute juridiction semble ici confirmer sa position, la durée prévue n'étant pas égale ou supérieure à la durée moyenne de la vie professionnelle du contractant².

Victor DAUDET

unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants » : Cons. const., décision sur le PACS du 9 nov. 1999.

² Pour un engagement de 36 ans sanctionné, V. Civ. 1^{ère}, 18 janv. 2000 : *Bull. civ. I*, n° 16 ; pour un engagement de 25 ans accueilli, V. Civ. 1^{ère}, 20 mai 2003 : *Bull. civ. I*, n° 124 ; *D.* 2004. Somm. 598, obs. Penneau ; *JCP* 2003. I. 186, n° 7 s., obs. Rochfeld.

B – Tacite reconduction

- **Conservation du caractère de contrat à durée déterminée : Com., 15 janvier 2008, 06-14.698, FS-P+B, et 06-17.393, FS-D**

On admet généralement que la tacite reconduction est une institution de droit commun qui joue même si elle n'a pas été prévue par la loi ou par les parties. Plusieurs règles découlent de ce mode de renouvellement du contrat. En

principe, le contrat reconduit est un nouveau contrat, conclu dans les mêmes conditions que l'ancien, et devient à durée indéterminée, à moins que le contrat ou exceptionnellement la loi n'apportent des limitations. En ce

cas, une nouvelle reconduction tacite peut intervenir à l'expiration de la première, et ainsi de suite.

En ce sens, un contrat conclu pour une période déterminée, et renouvelable ensuite d'année en année par tacite reconduction, sauf dénonciation adressée par l'une des parties à l'autre, trois mois au moins avant la fin de la période annuelle en cours, et qui s'est effectivement poursuivi au-delà de la

période initialement convenue, conserve le caractère de contrat à durée déterminée.

La Cour d'appel justifie donc sa décision en constatant que la société de radiotéléphonie avait respecté les règles prévues au contrat et qu'aucun abus de droit n'était démontré.

Fanny MEYNADIER

II – Effets des obligations

A – Effets à l'égard des parties

1 – Responsabilité contractuelle

• Responsabilité du transporteur de personne : Civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, 05-12.551, FS-P+B+I

Ayant profité d'un arrêt du train dans une gare pour descendre sur le quai, un voyageur avait précipitamment tenté d'y remonter alors que celui-ci redémarrait. Tombé alors sous le convoi, il avait eu la jambe sectionnée au-dessus du genou. Il avait alors cherché à obtenir réparation en engageant une action en responsabilité contre la SNCF. La Cour d'appel avait jugé, en accord avec la jurisprudence récente qui considère qu'à l'encontre de la SNCF, « rien n'est imprévisible, ni irrésistible »¹ que la faute de la victime « ne présentait pas les caractères de la force majeure et n'était pas la cause exclusive de l'accident ». Les juges du fond en tiraient la conclusion que, si la faute de la victime est impuissante à exonérer totalement la SNCF de sa responsabilité puisqu'elle ne présente

pas les caractères de la force majeure, elle fonde néanmoins un partage de responsabilité. La SNCF bénéficie donc d'une exonération partielle et se voit condamnée à indemniser pour moitié les conséquences du dommage.

Si la solution pouvait juridiquement se justifier, tant sur le plan des règles du droit des obligations², que sur celui des règles du contrat de transport³, elle n'a pas convaincu la Cour de cassation qui semble asseoir la sévérité qu'elle a manifestée à l'encontre de la SNCF dans sa jurisprudence récente.

Ainsi, la 1^{ère} Chambre civile décide-t-elle que la faute de la victime ne peut qu'emporter exonération totale, « car le transporteur tenu d'une obligation de

² F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 9^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2005, n° 584.

³ P. le Tourneau, *Rép. Civ. Dalloz*, v. *Contrat de transport*, avr. 2007, n° 105.

¹ V. Félix Rome, *D.* 2007. Editio. 1129.

sécurité de résultat envers un voyageur ne peut s'en exonérer partiellement ». Reste à savoir si cette sévérité

s'appliquera à tout transporteur ou seulement à la SNCF.

Benjamin MULLER

2 – Manquement contractuel et responsabilité délictuelle

Solution désormais bien ancrée en jurisprudence, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation rappelle que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité

délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage (Civ. 2^{ème}, 7 fév. 2008, 06-13.755, FS-D).

Benjamin MULLER

B – Effets à l'égard des tiers

1 – Action oblique

• Action oblique et action directe : Civ. 3^{ème}, 27 février 2008, 06-18.854, FS-P+B

L'action oblique, en vertu de l'article 1166 du Code civil, permet à un créancier d'exercer, au nom de son débiteur, l'action que celui-ci détient à l'encontre de ses propres débiteurs. Cette mise en œuvre est notamment conditionnée par la défaillance du débiteur dans le paiement ainsi que par sa négligence à obtenir exécution envers ses propres débiteurs.

Le principe de l'action oblique est que le créancier agit *à la place* de son débiteur. Il se substitue à lui, et les sommes éventuellement recouvrées ne peuvent revenir que dans le patrimoine de ce débiteur. Par la suite, le créancier pourra saisir ces sommes, certes, mais pas directement, pas au moment de l'exercice de l'action oblique.

Ce caractère explique que l'action oblique soit beaucoup moins favorable que l'action directe, qui permet au créancier, en outre, de recouvrer directement les sommes.

C'est justement la recherche d'une telle action directe, sous couvert de l'exercice d'une action oblique, que la Cour de cassation sanctionne dans un arrêt du 27 février 2008. En l'espèce, des malfaçons affectent un immeuble, construit et vendu par une société civile immobilière de construction-vente (SCC). Celle-ci est condamnée en justice. L'article L. 211-2 du Code de la construction et de l'habitation prévoyant que les associés sont tenus du passif social de la société sur leurs biens, le syndicat des copropriétaires et plusieurs copropriétaires agissent contre ces associés afin que ceux-ci paient les dettes résultant de la condamnation de la SCC, alors en liquidation judiciaire.

Les juges du fond et la Cour de cassation rejettent cependant l'action, fondée sur l'article 1166 du Code civil, en retenant que le syndicat et les copropriétaires n'exerçaient non pas l'action de la SCC à l'encontre de ses

associés (action oblique), mais une action directe contre ceux-ci. En effet, poursuit la Cour, « ils poursuivaient la condamnation personnelle des associés en paiement de la dette de la SCC et non pas la condamnation des associés au paiement de leur dette envers la SCC ». Si l'action n'avait tendue qu'à la condamnation des associés à payer leur dette envers la société, quitte pour les demandeurs à poursuivre ensuite le

recouvrement des sommes alors disponibles, elle eût été recevable.

Dès lors, l'action effectivement exercée obéit au régime de l'article 1859 du Code civil, qui établit une prescription quinquennale, en l'espèce dépassée (les cinq années courent à compter de la publication de la dissolution de la société ; en l'espèce, l'action avait été engagée postérieurement au délai établi).

2 – Action paulienne

• Donation consentie par des époux en fraude des droits du créancier de l'un d'eux : Civ. 1^{ère}, 6 février 2008, 06-20.993, FS-P+B

Le 18 janvier 1989, un époux se rend coupable de complicité d'escroquerie. Lui et son épouse commune en biens consentent, par acte des 14 et 17 juin 1991, une donation à leur fils, portant sur une maison d'habitation et une parcelle de terre. Le 6 mai 1997, un arrêt déclare l'époux coupable du délit commis en 1989. Face à l'insolvabilité du débiteur, la victime agit afin que lui soit déclarée inopposable la donation consentie comme ayant été faite en fraude de ses droits. Le problème porte ici sur l'articulation entre les règles régissant le régime de communauté et celles propres à l'exercice de l'action paulienne. La Cour de cassation, en répondant au pourvoi, permet de rappeler les conditions exigées par l'action paulienne (I) et d'en étudier l'impact lorsque le débiteur est marié (II).

I – Les conditions de mise en œuvre de l'action paulienne

La Cour de cassation, appuyant le raisonnement suivi par les juges du fond, relève les conditions exigées pour la mise en œuvre de l'action paulienne (article 1167 du Code civil). Il s'agit tout d'abord de l'existence d'une créance : l'époux ayant commis le délit d'escroquerie à l'encontre de la victime ne pouvait ignorer l'existence d'un principe de créance à son encontre au moment où lui et son épouse ont consenti la donation litigieuse¹. Il s'agit ensuite de la caractérisation d'une fraude : le débiteur connaissait en l'espèce le préjudice qu'il causait au créancier². D'une situation

¹ L'action paulienne comme l'action oblique de l'article 1166 repose sur le droit de gage général des créanciers à l'encontre du patrimoine de leur débiteur, article 2285 ; V. par ex., dans le cas contraire, Com., 2 févr. 1999, *Bull. civ.* IV, n° 35.

² La fraude paulienne n'implique d'ailleurs pas l'intention de nuire mais résulte de la seule connaissance que le débiteur a du préjudice causé

d'insolvabilité du débiteur enfin : la condition est ici caractérisée par les juges du fond, qui relèvent les « affaires désastreuses » de l'époux, la « diminution sans contrepartie du gage général des créanciers », une situation financière « pour le moins compromise par divers engagements non tenus » et le « caractère anciennement délicat de cette situation »¹.

La sanction de l'action paulienne retenue est alors l'inopposabilité de l'acte litigieux au créancier, celui-ci pouvant faire éventuellement saisir l'objet entre les mains du tiers². Cette position n'a pas toujours été celle suivie par la jurisprudence, qui prononçait autrefois la révocation rétroactive de l'acte frauduleux, ce qui entraînait le retour du bien aliéné dans le patrimoine du débiteur où le créancier demandeur pouvait seul éventuellement le saisir³.

au créancier par l'acte litigieux, Civ. 1^{ère}, 29 mai 1985 : *Bull. civ. I*, n° 163 ; sur l'exemple d'une donation, V. Civ. 1^{ère}, 17 févr. 2004 : *Gaz. Pal.* 2004, 3291, note Roman.

¹ Sur cette condition, V. Civ. 1^{ère}, 27 juin 1972, 31 mai 1978 : *Bull. civ. I*, n° 163 et 209 ; sur les assouplissements apportés à l'exigence, V. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 9^{ème} édition, Dalloz, coll. *Précis*, n° 1174, p. 1119.

² Civ. 1^{ère}, 30 mai 2006 : *Bull. civ. I*, n° 268 ; *R.*, p. 396 ; *D.* 2006. 2717, note G. François, *JCP* 2006. II. 10150, note Desgorces ; *JCP E* 2006. 2466, note Dagorne-Labbe ; *Deffrénois* 2006. 1863, obs. Libchaber ; cassation de l'arrêt ordonnant la réintégration de l'immeuble aliéné dans le patrimoine du débiteur.

³ V. Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1975 : *Bull. civ. I*, n° 213 ; Civ. 3^{ème}, 9 juill. 2003 : *Bull. civ. III*, n° 142 ; *RTD civ.* 2004. 292, obs. Mestre et Fages, cassation de l'arrêt ayant ordonné la vente aux enchères de l'immeuble litigieux ; V. égal. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1157, p. 1106.

II – Les incidences de l'union matrimoniale sur l'exercice de l'action paulienne

Les époux contestaient la décision des juges du fond de déclarer la donation inopposable au créancier comme ayant été consentie en fraude de ses droits, sous l'angle particulier du régime communautaire. En effet, seul l'époux était débiteur du créancier. Son épouse ne l'étant pas, les défendeurs arguaient de la validité de la donation consentie par celle-ci. L'inopposabilité retenue ne pouvait donc affecter que la part de la donation consentie par l'époux, et non celle de l'épouse.

L'argumentation pouvait difficilement emporter la conviction, car la consécration d'une telle règle aurait contribué à provoquer la disparition partielle de l'action paulienne, qui n'aurait plus revêtu qu'une utilité secondaire en cas d'union matrimoniale, la possibilité pour le débiteur d'agir en fraude des droits de ses créanciers pouvant alors être trouvée en toute facilité (et les biens communs échappant dans une certaine mesure au droit de gage général).

La Cour de cassation sanctionne le raisonnement présenté par le pourvoi et confirme la position des juges du fond, en énonçant que « lorsqu'en fraude des droits de son créancier, un débiteur, époux commun en biens, a passé avec son conjoint un acte portant sur un bien commun qui fait partie du gage du créancier, l'acte est inopposable à celui-ci en son entier ».

La règle retenue, outre qu'elle évite que le champ d'application de l'action paulienne ne se trouve considérablement réduit, obéit au principe selon lequel les biens communs répondent des dettes de chaque époux (article 1413). On peut noter que la solution ne pose pas non plus problème lorsque les deux époux sont débiteurs du créancier et coupables de la fraude¹,

¹ Civ. 1^{ère}, 18 juillet 1995, *Bull. civ. I*, n° 324, p.

ni lorsqu'ils procèdent à un partage simulé (qui réalise une donation déguisée pouvant être attaquée en vertu de l'action paulienne²).

Victor DAUDET

227 ; *D.* 1996.391, note E. Agostini.

² Civ. 1^{ère}, 6 mars 1996, *Bull. civ. I*, n° 125, p. 89 ; *Defrénois*, 1996.1438, obs. G. Champenois ; *V. égal. Civ. 1^{ère}*, 29 mai 1979, *Bull. civ. I*, n° 157 ; p. 127 ; 17 févr. 1987, *ibid.* n° 61, p. 44.

III – Des diverses espèces d'obligations

A – Obligations conditionnelles

1 – Condition suspensive : Civ. 3^{ème}, 30 janvier 2008, 06-21.117, FS-P+B+I

Un contrat de vente avait été conclu avec une condition suspensive d'obtention d'un prêt. Le vendeur demandait le paiement de l'indemnité prévue par le contrat en raison d'un manque de diligence de l'acquéreur dans l'accomplissement des formalités relatives à la réalisation de cette condition suspensive, ce que la cour d'appel lui avait accordé au motif qu'il était établi que la condition à laquelle était subordonnée la validité de l'acte ne s'était pas produite et qu'il n'était nullement démontré que ce fut par la faute de la carence des acquéreurs.

Cassant cette décision, la Cour de cassation rappelle qu'il incombait à l'acquéreur de démontrer que la demande de prêt était conforme aux caractéristiques prévues dans la promesse de vente afin de s'exonérer de tout manque de diligence dans l'accomplissement des formalités relatives à la réalisation de la condition suspensive, la cour d'appel ayant, par sa solution, violé les articles 1315 et 1178 du Code civil.

Benjamin MULLER

2 – Condition résolutoire

• Il appartient aux juges du fond d'apprécier si le retard dans l'exécution d'une obligation est d'une gravité suffisante pour que la résolution doive être prononcée : Com., 22 janvier 2008, 07-11.050, F-D.

Dans l'optique du respect des engagements pris et donnés, la résolution du contrat revêt un intérêt certain. En premier lieu, cette dernière constitue une véritable garantie de l'exécution du contrat par sa fonction répressive. En deuxième lieu, et comme le soulignait M. Carbonnier, « s'il est vrai que le contrat, organisme socialement utile, ne doit pas être sacrifié à un mouvement d'impatience, un contrat qui traîne dans l'inexécution ou dans la mauvaise exécution est un organisme mort dont il vaut mieux débarrasser l'économie : les forces vives du contractant capable d'exécuter pourront ainsi se remployer rapidement ailleurs »¹.

Cependant, ce mode privilégié de sanction peut apparaître dangereux pour les protagonistes du contrat. En effet, pour les différents créanciers, la résolution emporte anéantissement rétroactif du contrat. Pour le débiteur également, qui peut invoquer une inexécution minimale.

C'est pour répondre à ce type de situation que notre droit a instauré un large pouvoir d'appréciation et d'intervention aux juges du fond en ce qui concerne le prononcé de la résolution, même si l'inexécution dénoncée est avérée.

L'arrêt commenté illustre ce pouvoir juridictionnel souverain dans l'appréciation de la gravité de

l'inexécution alléguée pouvant entraîner la résolution. La société AFPP confia à une autre société l'élaboration d'un programme informatique devant être livré le 16 janvier 2003, pour un prix forfaitaire de 13 156 euros, le versement de 7 400 euros ayant déjà été effectué. Une Cour d'appel prononça la résolution dudit contrat en raison du retard dans les délais donnés, aucune livraison n'étant intervenue le 23 juin 2003.

La société prestataire de service forma un pourvoi, soutenant qu'il appartient au juge de rechercher si le comportement d'une partie revêt une gravité suffisante pour justifier la rupture unilatérale du contrat par l'autre partie, le simple retard dans l'exécution de ses obligations contractuelles ne pouvant suffire.

Au visa de l'article 1184 du Code civil, la Chambre commerciale de la Cour de cassation énonce que « sans rechercher si le non respect du délai de livraison revêtait une gravité suffisante pour justifier cette rupture, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision », et précise ainsi qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier si le retard dans l'exécution d'une obligation est d'une gravité suffisante pour que la résolution doive être prononcée.

La gravité de l'inexécution alléguée par le créancier relève donc de l'appréciation des juges du fond qui peuvent prononcer la résolution en cas de simple retard dans l'exécution

¹ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. II, *Les biens, Les obligations*, PUF, 2004.

puisque'il s'agit d'un élément essentiel du contrat. L'inexécution est la condition nécessaire de la résolution, peu importe la forme qu'elle prend. Toutefois, dans le cadre d'une inexécution tardive, les juges doivent rechercher si le manquement aux règles du contrat est suffisamment important pour justifier la résolution. Ainsi, s'il apparaît que le retard du débiteur, bien que réellement constitutif d'une inexécution, n'est pas suffisamment grave et ne met, de ce fait, pas en péril l'équilibre économique du contrat, les juges écarteront la résolution¹. *A contrario*, si le retard est considéré comme grave en raison de, par exemple, la situation économique précaire du débiteur, les juges pourront retenir la résolution².

Ce pouvoir donné aux juges d'apprécier la gravité d'un retard et ainsi de prononcer ou non la résolution fait « planer un aléa sur le sort du contrat inexécuté »³. En effet, le créancier peut craindre que le juge fasse preuve de compréhension vis-à-vis du débiteur et accorde des délais de grâce afin que ce dernier accomplisse ses obligations et honore le contrat.

Cependant, face à ce risque, il peut être envisagé l'insertion d'une clause résolutoire expresse automatisant l'annihilation rétroactive du contrat, le juge ne pouvant alors que constater la mise en œuvre de la clause. Mais une fois encore la jurisprudence démontre l'existence d'une intervention des juges lorsque la clause révèle soit une dangerosité soit une trop grande rigueur pour le débiteur, instaurant un pouvoir « modérateur » donné aux magistrats⁴.

En conclusion, il semblerait que le juge se positionne en véritable protecteur du débiteur, que l'on soit face à une condition ou à une clause résolutoire.

Fanny MEYNADIER

¹ Cas similaires où l'inexécution n'a pas été considérée comme suffisamment grave pour emporter la résolution du contrat : CA Versailles, 19 juin 1984, *Defrénois*, 1985, art. 33489, p. 450, obs. G. Vermelle ; *RTD civ.*, 1986, 107, obs. J. Mestre — Cass. com., 5 février 1991, *Contrats, conc., consom.*, 1992, comm. n° 73, obs. L. Leveneur — Cass. com., 17 mars 1992, *Contrats, conc., consom.*, 1992, comm. n° 93, obs. L. Leveneur.

² Cas où la résolution a été retenue en raison du retard « suffisamment grave » du débiteur : Cass. civ., 30 novembre 1949 : *Gaz. pal.* 1950, 1, 38 — Cass. civ., 3^{ème}, 27 novembre 1991, *D.* 1992, IR, 44 — Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, *Defrénois*, 1995, art. 36210, p. 1408 et s., obs. D. Mazeaud.

³ D. Mazeaud *in* Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, *Defrénois*, 1995, art. 36210, p. 1408 et s.

⁴ Pour une étude détaillée : F. Osman, *Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit*, *Defrénois* 1993, art. 35433.

B – Obligations indivisibles

• Contrat d'adhésion et contrat de location : Civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, 06-19.339, F-P+B

L'article 1218 du Code civil énonce que « L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle ».

Les contrats d'adhésion au centre serveur « d'abonnement téléphonique » et de location de matériel téléphonique sont indivisibles, dès lors que ces matériels et services loués ne pouvaient avoir, sans modification substantielle, d'autre usage que sur le réseau de télécommunication géré par le serveur.

Il est de jurisprudence constante que cette spécificité ne pouvait

être méconnue du bailleur qui avait participé à l'élaboration de cet ensemble complexe ayant pour objet la mise en place et le fonctionnement d'un système de communication¹.

De ce fait, la location souscrite ne pouvait avoir de sens sans les prestations d'installation du matériel contractuellement dues à l'utilisateur par le prestataire, les contrats étant ainsi indivisibles par leur nature.

Fanny MEYNADIER

¹ V. entre autre : Com. 4 avril 1995 : *D.* 1996, 141, note Piquet ; Com. 23 oct. 2001 : *Dr. et patr.*, févr. 2002, p. 108, obs. Chauvel.

IV – Extinction des obligations

• Délégation imparfaite de paiement : Civ. 3^{ème}, 5 mars 2008, 06-19.237, 06-20.223, FS-P+B

L'acte de vente d'un immeuble donné à bail commercial comprenait une stipulation aux termes de laquelle l'acquéreur déclarait avoir parfaite connaissance du bail commercial et de la procédure introduite par le preneur à la suite de la rétractation de l'offre de renouvellement et déclarait en faire son affaire personnelle en déchargeant le vendeur de toutes les conséquences financières, s'obligeant notamment à prendre à sa charge le paiement de l'indemnité d'éviction ainsi que les frais et honoraires de cette procédure. La Cour de cassation refuse de

sanctionner la cour d'appel ayant déduit qu'une telle clause s'analysait en une délégation imparfaite de paiement par laquelle le vendeur avait transmis à l'acquéreur la charge du paiement de l'indemnité d'éviction due au preneur et qu'une telle stipulation autorisait le preneur à réclamer le paiement de l'indemnité à l'acquéreur de l'immeuble, sans être tenu de s'adresser au vendeur, et sans que puisse lui être opposé la règle de l'effet relatif des conventions.

Benjamin MULLER

V – Preuve des obligations

A – Preuve de l’acceptation du contrat

- **Acceptation par le client d’un garagiste de réparations effectuées sur son véhicule : Civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, 06-21.884, F-D**

L’article 1315 du Code civil énonce que « celui qui réclame l’exécution d’une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l’extinction de son obligation ».

En l’espèce, un client faisant appel à un garagiste afin de remédier à des disfonctionnements sur son véhicule, refuse le paiement de la facture présentée au motif qu’il n’avait pas accepté une telle réparation.

La Cour de cassation répond que le client d’un garagiste ne peut être condamné à payer des réparations prétendument effectuées sans établir au préalable que lesdits travaux ont bien été commandés par le client¹.

De plus, elle précise qu’il appartient au garagiste d’apporter la preuve du consentement du client, la seule facture ne pouvant être considérée comme une attestation d’acceptation du contrat.

¹ Jurisprudence constante : Civ. 1^{ère}, 14 décembre 1999 — 6 janvier 2004.

B – Preuve et mentions obligatoires

- **L’article 1326 du Code civil n’exige pas la mention nécessairement manuscrite du montant : Civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, 06-17.534, FS-P+B+R+I**

L’article 1326 du Code civil énonce que « l’acte juridique par lequel une seule partie s’engage envers une autre à lui payer une somme d’argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention écrite « par lui-même », de la somme ou de la quantité en toutes lettres et chiffres [...] »

En l’espèce, un débiteur reconnaissait devoir à un créancier le montant d’un prêt par l’intermédiaire d’un acte sous seing privé en date du 21 août 2002. Cet acte mentionnait, de manière dactylographiée, le montant du prêt en chiffres et en lettres, la signature

étant quant à elle manuscrite. La Cour d’appel a reconnu ce document comme un commencement de preuve et non comme la preuve formelle de la dette, en raison de la non rédaction manuscrite du montant en chiffres et en lettres, conformément à l’article 1326 du Code civil. Néanmoins, la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation rejette cette argumentation, aux motifs que l’article 1326 du Code civil n’exige pas la mention nécessairement manuscrite du montant. Elle ajoute que cette mention peut résulter d’un procédé d’identification conforme aux règles de

signature électronique et ainsi répondre à l'exigence nouvelle posée par la loi du 13 mars 2000 sur l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de

l'information et sur la signature électronique.

Fanny MEYNADIER

§ 2 – Contrats spéciaux

I – Contrat de vente

A – Garantie des vices cachés

• Des vices cachés mais toujours d'actualité

La naissance du contrat de vente a toujours pour corollaire l'apparition d'un large éventail d'obligations, c'est bien connu. Attardons-nous néanmoins sur l'une des obligations essentielles incombant au vendeur, obligation qui a, comme à l'accoutumée, fait bouillonner la vie jurisprudentielle de ces derniers mois : la garantie des vices cachés. L'article 1641 dispose que, dès lors que la chose, objet de la vente, est affectée d'un vice caché, c'est-à-dire d'un défaut qui la rend impropre à l'usage ou diminue ce dernier de telle façon que s'il avait été connu de l'acheteur, celui-ci n'en aurait pas fait l'acquisition ou l'aurait faite à un prix moindre, le vendeur lui doit garantie.

Du fait de l'accroissement considérable du nombre de vente de biens, ce mécanisme se retrouve de plus en plus souvent au cœur de l'actualité juridique, parfois même dans des situations de conflits vis-à-vis d'autres obligations du même type, d'autant qu'il s'agit d'une garantie dont la portée est particulièrement large, puisqu'elle vise conjointement les ventes de meubles, corporels ou

incorporels, et les ventes d'immeubles (les immeubles à construire mis à part pour des raisons évidentes). Aussi, il convient de revenir sur quelques éléments de différenciation. L'erreur trouve son origine dans la phase de formation du contrat ; la non conformité s'insère, quant à elle, dans sa réalisation ; il peut alors sembler tout naturel de consacrer à l'action pour vices cachés le morceau du roi : la bonne exécution de l'obligation.

Par un arrêt du 5 mai 1993¹, la première chambre civile de la Cour de cassation est venue rejoindre l'interprétation de la troisième quant à la nécessaire distinction désormais de mise entre délivrance conforme et garantie des vices cachés : aucun mélange des genres, aucune mixité des procédures ne seront désormais admis. Existe depuis lors une perméabilité totale entre ces deux actions ne permettant plus de « glissement favorable » à l'initiative du cocontractant lésé et désireux d'obtenir réparation (cocontractant qui cherchait

¹ Arrêt *Gosse*, D.1993, Jur. p. 506, note A. Bénabent.

le plus souvent à échapper au bref délai que nous évoquerons tout à l'heure), une perméabilité toujours de mise si l'on se réfère à cet arrêt du 13 mars 2008 (**Civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, 05-19.193, F-D**), où la première chambre civile est venue sanctionner la cour d'appel de Lyon qui avait retenu l'obligation de délivrance en lieu et place de la garantie des vices cachés. Il s'agissait en l'espèce d'un forain qui, s'étant vu livrer un manège défectueux, avait exercé à l'encontre de son fabricant une action sur le fondement d'un défaut de conformité et invoqué subsidiairement la garantie des vices cachés, un rapport d'expertise concluant que le matériel livré n'était pas conforme à sa destination et que le dysfonctionnement était lié à un défaut de fabrication.

Il serait particulièrement hasardeux et simpliste, voire trompeur de baser cette distinction sur le moment de la découverte du défaut : le vice découvert au moment de la livraison contreviendrait à l'obligation de délivrance conforme, celui décelé *a posteriori* engagerait la garantie des vices cachés. En effet, le critère sur lequel il convient de se fonder est tout autre : il y a vice caché si la chose est impropre à l'usage auquel elle est destinée, la délivrance est non-conforme lorsque la chose livrée n'est pas conforme à sa destination normale. Toutefois, cette opposition reste particulièrement difficile à appréhender : pour preuve, une décision du 29 janvier 2008 de la troisième chambre civile de la Cour de cassation (**Civ. 3^{ème}, 29 janvier 2008, 06-21.817, F-D**) qui a considéré que la présence d'amiante, dans un immeuble pour la vente duquel avait été effectué

l'ensemble des recherches légalement prévues, ne pouvait constituer un défaut de conformité dans l'obligation de délivrance. Nous pouvons nous interroger sur ce qu'aurait été la solution retenue si la garantie des vices cachés avait été évoquée en l'espèce, ce qui est relativement fréquent en la matière.

Au même titre, la distinction entre la garantie des vices cachés et l'erreur sur les qualités substantielles de la chose pouvait également sembler incertaine, notamment lorsque l'erreur s'avérait être la conséquence du vice. En 1996, la Cour de cassation a cependant abandonné une position où elle laissait à l'acquéreur le choix entre une action en garantie et une action en annulation de la vente et considère désormais que la garantie ne peut être contournée par l'action en erreur puisqu'elle constitue « l'unique fondement de l'action exercée »¹. Le 13 mars 2008 (**Civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, 06-18.492, F-D**), sur la demande en résolution de la vente d'une alliance, l'acheteur soutenant le fait que l'objet présentait des défauts tels qu'il ne l'aurait pas acheté s'il les avait connus (la bague était trop délicate et fragile pour être portée tous les jours), la première chambre civile a estimé que la cour d'appel de Paris avait oublié de rechercher si le fait qu'une bague d'alliance puisse être portée quotidiennement n'en constituait pas une qualité substantielle. Là encore, on peut s'étonner de voir l'erreur préférée à la garantie des vices cachés tant la formulation des arguments du pourvoi

¹ Civ. 1^{ère}, 14 mai 1996, *JCP* 1996, éd. N, I, p. 1585.

rappelle celle de 1641. Pourtant, erreur et garantie des vices n'ont absolument pas le même champ d'application : l'erreur sanctionne le vice dans la formation du contrat, c'est un vice du consentement de l'acheteur ; la garantie des vices s'intéresse à l'exécution du contrat. Ainsi, comme le défaut de conformité, l'erreur doit s'apprécier au regard de l'acheteur, de ses demandes et de ses attentes, elle sanctionne afin de protéger ce dernier qui a acquis une chose en croyant qu'elle possédait une qualité propre et substantielle qu'elle ne possède finalement pas alors que la garantie des vices sanctionne un défaut que la chose possède alors qu'elle n'aurait pas dû en être atteinte (de là, on puise la justification quant aux sanctions : nullité contre dommages et intérêts).

Quoi qu'il en soit, la mise en œuvre d'une telle garantie nécessite, c'est on ne peut plus logique et nous venons de le voir, la présence du vice, de ce défaut rendant la chose impropre à son usage. Sur cette condition s'affrontent deux points de vue radicalement opposés : une conception matérielle pour laquelle le défaut réside dans l'anomalie, l'altération, le défaut de conception de l'objet qui diminue sa solidité ou son efficacité, et une conception fonctionnelle qui s'en tient quant à elle aux seules conséquences du prétendu « défaut », la première l'ayant finalement emporté dans la jurisprudence française avant de se trouver de nouveau menacée par les directives européennes et la Convention de Vienne.

Bien évidemment, le vice se doit d'être caché, c'est-à-dire ignoré par

l'acheteur (sous peine de devenir un vice apparent), la jurisprudence distinguant tout à fait logiquement entre le consommateur profane et le professionnel. Conséquence immédiate de ce principe : le vice doit être apparu postérieurement à la vente mais avoir germé auparavant (ainsi, il n'existe pas de garantie contre l'usure). Le 30 janvier 2008, la troisième chambre civile (**Civ. 3^{ème}, 30 janvier 2008, 07-10.133, FS-P+B**) a rejeté l'action en garantie des vices cachés pour la vente d'un immeuble en raison de la présence de termites dans la majorité des éléments de bois, l'acquéreur ayant été informé au moment de la passation de l'acte authentique de l'état parasitaire positif. Nous pouvons au passage noter dans cette décision le fait que la Cour de cassation ait pris soin de préciser que l'acquéreur s'était borné à faire valoir à l'appui de sa demande que le vendeur était de mauvaise foi sans invoquer l'existence d'une manœuvre ou d'une réticence dolosive l'ayant déterminé à contracter, puisque est admise la validité d'une action pour dol, concurrente à celle en garantie des vices cachés¹.

Enfin, l'action en garantie doit être intentée sous un bref délai, délai qui prend naissance à la découverte du vice et non au jour de conclusion de la vente ou du transfert de la propriété. La première chambre civile vient encore de le rappeler (**Civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, 06-17.399, F-D**) : le délai court à compter de la découverte du vice, ce qui implique de rechercher à quel moment précis le demandeur en a eu connaissance ; par conséquent, en cas

¹ Civ, 1ère, 6 novembre 2002.

de dysfonctionnement de l'objet, ce n'est pas forcément au moment même du dysfonctionnement (en l'espèce, il s'agissait d'une presse à paille ne fonctionnant pas mais dont le vice caché n'avait été découvert qu'à la remise du rapport d'expertise qui établissait qu'un défaut était à la source du dysfonctionnement, d'ailleurs, force est d'admettre l'importance croissante de tous ces documents en la matière). Quant à la caractéristique de brièveté, la jurisprudence retient généralement une année (deux pour la Convention de Vienne), mais cette durée se voit souvent étendue au gré des situations et notamment pour des choses complexes.

C'est à l'acheteur de démontrer l'existence du vice, son antériorité et le fait que le vendeur avait connaissance

de celui-ci (sauf vendeur professionnel). Le vendeur, lui, devra démontrer que le bref délai est expiré ou que le vice était apparent ; il peut également se retourner contre son fabricant pour peu qu'ils soient distincts, à noter cependant que le vendeur ne peut agir contre le fabricant avant d'avoir été lui-même assigné par son acquéreur (**Civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, 06-20.572, F-D**).

Pour de plus amples informations en la matière, je vous renvoie à la brillante thèse du professeur Yves-Marie Serinet : « Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente » (thèse Paris I, 1996).

Julien FAURE

B – Promesse de vente

• Désaccord sur la chose et le prix ?

L'article 1589 du Code civil ne pourrait être formulé de manière plus claire : « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties, sur la chose et sur le prix ». Néanmoins, cette notion d'accord sur la chose n'a eu de cesse d'être précisée au fil du temps par la jurisprudence et ce fut encore le cas, tout récemment, en matière immobilière. Ainsi, la décision du 11 mars 2008 de la 3^{ème} chambre civile (**Civ. 3^{ème}, 11 mars 2008, 07-10.348, inédit**) s'inscrit dans cette mouvance : la promesse de vente d'une parcelle de terrain sur laquelle est édiflée une maison d'habitation, portant mention de la situation et de la superficie au

cadastre mais ne faisant pas référence aux aisances et aux dépendances qui pourraient la composer, n'est pas suffisamment précise quant à son objet dans la mesure où deux maisons à usage d'habitation avec chacune une entrée privative, un compteur électrique et une boîte aux lettres sont édiflées sur cette parcelle, aucune ne constituant une dépendance de l'autre. En l'espèce, il y a donc absence d'accord des parties sur l'objet de la vente impliquant la nullité de l'acte. A l'inverse, le 30 janvier 2008, la même cour (**Civ. 3^{ème}, 30 janvier 2008, 07-10.133, FS-P+B**) estime que vaut vente parfaite la promesse de vente d'une propriété située sur un terrain clos paysager

dont la contenance et la situation cadastrale, de même que la contenance d'une parcelle à détacher sont précisées,

et ce, même en l'absence du moindre dessin ou esquisse de plan.

Julien FAURE

C – Cession de créance

• **La cession de créance transfère au cessionnaire le titre exécutoire obtenu par le cédant à l'encontre de la caution condamnée en justice : Com., 5 février 2008, 06-17.029, F-P+B ; 4 mars 2008, 06-14.827, F-D, et 06-10.734, inédit (v. égal. p. 94).**

La cession de créance intervient quand un créancier (le cédant) transmet volontairement (et par convention) son droit contre le débiteur (le cédé) à un tiers qui devient créancier à sa place (le cessionnaire)¹.

L'article 1692 du Code civil indique à cet effet que la « cession de créance comprend les accessoires de la créance », ce qui englobe les droits et actions appartenant au cédant et attachés à la créance cédée », qui sont transmis au cessionnaire. S'il ne fait aucun doute que le cautionnement garantissant une créance suit celle-ci lorsqu'elle est cédée², une question plus complexe se posait à la Cour de cassation : qu'advient-il, en cas de cession de la créance de prêt, de la créance détenue par le cédant à l'encontre de la caution condamnée en justice ?

La Cour de cassation, par un arrêt du 5 février 2008 et deux arrêts du 4 mars 2008, vient répondre à cette question. Des faits similaires étaient présents : une société A consent un prêt à une société B, prêt garanti par un cautionnement. La mise en

redressement ou en liquidation judiciaire de la société B intervenant, la caution est condamnée en justice au paiement envers la société A. Celle-ci cède alors sa créance à une société C, qui réclame à la caution l'exécution de la décision judiciaire. La caution argue alors de l'inopposabilité de la cession de créance, en énonçant que la cession consentie par la société A ne portait que sur la créance de prêt envers la société B, mais pas sur la créance envers la caution, résultant de la condamnation en justice.

La caution invoquait donc l'existence de deux créances distinctes, celle envers la société emprunteuse, et celle envers la caution. Les deux, indivisibles et obéissant au transfert de l'article 1692 tant que la caution n'avait pas été mise en œuvre, seraient après le jugement de condamnation devenues deux créances indépendantes. La créance contre la caution ne serait ainsi plus un accessoire de la créance sur la société, mais une créance distincte dont la cession doit intervenir à titre autonome.

Cette argumentation, accueillie dans deux cas par les juges du fond (06-17029 et 06-14827), rejetée dans le troisième (06-10734), ne convainc pas la Cour de cassation, qui énonce qu'il résulte de l'article 1692 du Code civil

¹ A. Rieg, *Rép. Civ. Dalloz*, v. *Cession de créance*, n° 1.

² Not. Cass., Ass. plén., 6 déc. 2004 : *Bull. civ.* n° 14 ; *R.*, p. 203 et 345 ; *Civ. 1^{ère}*, 4 mars 2003, *D.* 2003, p. 3041.

que « la cession de créance transfère au cessionnaire les droits et actions appartenant au cédant et attachés à la créance cédée, notamment le titre exécutoire obtenu par le cédant à l'encontre de la caution garantissant le paiement de la créance ». Dès lors, la caution doit paiement au cessionnaire¹, solution qui peut être

approuvée, notamment parce que la mise en œuvre du cautionnement démontre l'absence de recouvrement possible du prêt consenti.

Victor DAUDET

99 ; *D.* 2007. *AJ.* 1076, obs. Avena-Robardet ; *RDC* 2007. 848, obs. Houtcieff.

¹ V. déjà *Com.*, 27 mars 2007, *Bull. civ.* IV, n°

II – Contrat de bail

• Obligations du bailleur : Civ. 2^{ème}, 19 février 2008, 06-21.217, F-D

« Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer » (article 1709 du Code civil).

En l'espèce, suite à un incendie, les locaux d'un haras furent dévastés, provoquant la mort des chevaux y résidant. Le propriétaire des animaux demanda à être indemnisé du fait de l'obligation de garde du haras vis-à-vis d'eux. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 22 septembre 2006, n'accueillit pas la demande, aux motifs que le propriétaire avait conservé la garde de ses chevaux, ceux-ci étant soignés et nourris par son propre personnel, et que le contrat de location

de boxes ne pouvait inclure une obligation de surveillance des chevaux la nuit.

La Cour de cassation casse cependant la décision rendue par la Cour d'appel au motif que, d'une part, le contrat ne permettait pas au propriétaire de laisser son personnel dormir sur place afin d'assurer la surveillance des chevaux et que, d'autre part, était insuffisante la démonstration selon laquelle le haras n'était pas tenu à une surveillance des chevaux pendant la nuit.

Ainsi, la Cour de cassation pousse la Cour d'appel à une justification complexe, mettant en exergue un faisceau d'indices exonérant le bailleur de sa responsabilité.

• Jouissance paisible : Civ. 3^{ème}, 23 janvier 2008, 06-19.520, FS-D

La jouissance du preneur ne doit pas être troublée par le fait du bailleur ou par celui d'un tiers. Cette règle est celle de la « jouissance paisible », appliquée au bail. Le bailleur doit ainsi permettre au preneur de jouir paisiblement de la chose pendant toute la durée du bail et cette obligation ne peut être écartée, étant l'une des caractéristiques fondamentales du bail.

Les faits de l'espèce concernent un incendie intervenu dans un lieu loué sous convention d'occupation précaire à une société, causant un sinistre dans un local voisin ayant le même bailleur et des conditions locatives similaires.

Le bailleur ainsi que son assureur sont condamnés à indemniser en totalité le locataire victime de l'incendie. En effet, la Cour de cassation refuse de prendre en considération, d'une part, la clause d'exonération tenant à un trouble

de jouissance résultant du fait des autres occupants ou des tiers et, d'autre part, le défaut d'assurance de la société locative tenant aux risques locatifs et aux recours des voisins. Les justifications apportées par la Cour sont, pour le premier point, que le sinistre a une cause indéterminée et que de ce fait il ne s'agit pas d'une faute des occupants ou de tiers ; pour le second point, que la non souscription par le locataire d'une assurance contre l'incendie de ses marchandises, mobiliers, matériels et autres risques locatifs n'annihile pas l'obligation pour le bailleur d'une jouissance paisible des lieux loués, cette dernière ne cessant qu'en cas de force majeure, conformément à l'article 1719 du Code civil.

Fanny MEYNADIER

III – Contrat d'entreprise

• Action en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage en matière internationale : Civ. 3^{ème}, 30 janvier 2008, 06-14.641, FS-P+B

La question de la loi applicable à l'action en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage en matière internationale avait connu, ces derniers mois, deux réponses différentes.

La première Chambre civile de la Cour de cassation avait d'abord dénié la qualité de loi de police régissant impérativement la situation au sens de l'article 7-2 de la Convention de Rome du 16 juin 1980 à l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975, avec pour effet de priver le sous-traitant de l'action directe

que cette loi lui offre contre le maître de l'ouvrage en droit français¹. Or, l'application de la loi française revêtait une importance de premier ordre pour le sous-traitant. En effet, cette action directe ne se retrouve pas dans le droit allemand qui était en l'espèce applicable en vertu de l'article 3 de la Convention de Rome, prévoyant que le contrat est

¹ Civ. 1^{ère}, 23 janv. 2007, *D.* 2007. Jur. 2008, note E. Borysewicz, et J.-M. Loncle, *Pan.* 2562, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *RD imm.* 2007. 418, obs. H. Périnet-Marquet.

régi par la loi choisie par les parties. Dès lors, il se retrouvait sans protection et perdait une solide chance d'obtenir le paiement qu'il réclamait.

Une dizaine de mois plus tard, c'était au tour d'une Chambre mixte de la Cour de cassation de se prononcer sur cette question. Or cette fois, la réponse alla dans un sens plus favorable au sous-traitant, la Cour ayant estimé que « s'agissant de la construction d'un immeuble en France, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police au sens des dispositions combinées de l'article 3 du Code civil et des articles 3 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles »¹. Dès lors qu'elle était considérée comme une loi de police, celle-ci devenait impérativement applicable, même si les parties avaient prévu l'application d'un droit étranger en cas de litige. La tentation

aurait pu être réelle de voir derrière cette décision l'empreinte d'un certain « chauvinisme juridique » conduisant à protéger le sous-traitant, français en l'espèce, contre un maître de l'ouvrage allemand.

Or la décision rendue le 30 janvier 2008 par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation laisse à penser le contraire. Si cet arrêt prolonge et confirme l'arrêt de Chambre mixte du 30 novembre 2007, c'est un sous-traitant allemand qui avait engagé cette fois une action contre son maître d'ouvrage français, et qui obtient gain de cause puisque le bénéfice de la loi française lui est accordé. L'attendu de principe est d'ailleurs le même que dans la décision rendue en Chambre mixte, ce qui démontre une volonté de la troisième Chambre civile de se conformer au plus vite à cette nouvelle jurisprudence. Reste à voir si la première Chambre civile va revenir, à la lumière de ces deux arrêts, sur la solution qu'elle avait adoptée en janvier 2007.

¹ Ch. mixte, 30 nov. 2007, *D.* 2008. AJ. 5, obs. Delpèch ; *JCP* 2007. II. 10000, note d'Avout.

IV – Contrat de mandat

A – Obligations du mandataire

• Héritier mandataire et retraits non justifiés : Civ. 1^{ère}, 20 février 2008, 06-19.977, F-P+B

Il est familial, lorsqu'une personne vieillit, que le descendant qui gère le quotidien obtienne une procuration l'autorisant à gérer les comptes bancaires de celle-ci. Tout aussi souvent retrouve-t-on les soupçons des autres héritiers, au jour du décès du parent, vis-à-vis de cette gestion. En

effet, il n'est pas impossible que des fonds, faisant partie du patrimoine transmissible aux héritiers, aient été détournés au profit du mandataire.

Pendant, il n'est pas de la mission du mandataire de profiter de sa position pour s'octroyer des sommes, sauf à ce que le mandant lui-même lui ait donné

ordre de le faire. Toutefois, si ce dernier cas de figure avait lieu, il s'agirait de libéralités, ce qui entraînerait un rapport à la succession, conformément à l'article 843 du Code civil¹.

La Cour de cassation illustre cette situation au travers de sa décision du 20 février 2008, mettant l'accent sur une problématique familiale qui peut trouver écho bien au-delà de cette sphère.

En effet, l'article 1993 du Code civil prévoit que « tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration ». Dans une application générale, cet article s'applique à tout type de mandat et est « inhérent au mandat »².

¹ Article 843 du Code civil : « Tout héritier, même ayant accepté à concurrence de l'actif, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donations entre vifs, directement ou indirectement ; il ne peut retenir les dons à lui faits par le défunt, à moins qu'ils ne lui aient été faits expressément hors part successorale.

Les legs faits à un héritier sont réputés faits hors part successorale, à moins que le testateur n'ait exprimé la volonté contraire, auquel cas le légataire ne peut réclamer son legs qu'en moins prenant ».

² Civ. 1^{ère}, 2 février 1999, *Gaz. Pal.* 1999. 2. Somm., p. 433, note D. Guével.

B – Faculté de substitution

• Acceptation de donation et pouvoir exclusif du mandataire : Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2008, 06-17.489, FS-P+B

Afin d'intervenir dans une donation-partage alors qu'ils résident à San Francisco, les enfants des donateurs dressent au consulat de France un acte notarié donnant procuration à un clerc

Cependant, l'article 2003 dispose que « le mandat finit, par la révocation du mandataire, par la renonciation de celui-ci au mandat, par la mort naturelle ou civile, la tutelle des majeurs ou la déconfiture, soit du mandant soit du mandataire ». Ainsi, le mandataire ne devant rendre des comptes qu'au mandant, ce dernier décédant, le mandataire n'a plus de comptes à rendre. Néanmoins, il est unanimement reconnu que l'obligation de reddition des comptes survit et qu'elle peut être exigée par les héritiers du mandant. C'est donc au mandataire, titulaire de la procuration, de justifier de sa gestion et d'établir la destination des sommes ayant fait l'objet de retraits.

Cette obligation permettra aux héritiers d'établir soit l'existence de sommes détournées par le mandataire, soit l'existence de fonds constitutifs d'une libéralité et qui feront l'objet, les unes comme les autres, de rapport à la succession. Bien entendu, il va de soi que si la première alternative n'est pas prouvée, le mandataire s'exercera à démontrer la seconde.

Fanny MEYNADIER

de notaire (M. Z...) pour les représenter à l'acte. Le notaire rédacteur de l'acte de donation-partage (M. X...) ajoute sur la procuration le nom d'une secrétaire salariée (Mme A...) à la suite

du nom de M. Z..., avec la mention « faculté d'agir séparément », en soutenant que son clerc avait quitté l'étude, et que la procuration comportait la faculté de substitution. Des difficultés étant survenues au sein de la famille, se pose le problème de la validité de l'acte de donation-partage.

Le commettant du mandataire désigné dans l'acte de procuration peut-il faire usage à la place de ce dernier de la faculté de substitution ?

C'est une réponse positive qu'apportent les juges du fond à cette question. Plusieurs éléments sont relevés, tendant à démontrer la régularité de l'opération : tout d'abord, ni l'article 1994 du Code civil (permettant la substitution du mandataire) ni aucun texte n'imposeraient d'acter sous forme authentique et même par écrit la mise en œuvre de cette substitution (qui était en l'espèce prévue dans la procuration). En second lieu, les juges prennent en considération la position occupée par le mandataire désigné : celui-ci est un préposé du notaire, et il n'apparaît pas choquant que le notaire puisse lui substituer un autre préposé de la même étude. Ainsi, le mandat serait, dans ces conditions, soumis à la situation professionnelle du mandataire, le commettant du mandataire pouvant intervenir dans la validité de cet acte. En dernier lieu, les juges du fond relèvent de manière plus pragmatique que « les circonstances géographiques et temporelles pouvaient parfaitement justifier » les motifs de substitution du mandataire.

Ce n'est cependant pas la position qu'adopte la Cour de cassation, qui vient ici sanctionner le raisonnement exposé : au visa des articles 933 et 1991 du Code civil du Code civil, elle énonce

qu'« en vertu de ces textes, en matière d'acceptation de donation, seul le mandataire désigné peut, en la forme notariée, faire usage de la faculté de substitution prévue dans une procuration ».

Deux enseignements sont donc ici apportés : à la question de la forme à respecter pour permettre la substitution de mandataire, et au silence législatif invoqué par les premiers juges, la Cour de cassation souligne l'existence d'un texte, l'article 933 du Code civil, au terme duquel le donataire qui utilise une procuration pour accepter la donation doit passer cet acte « devant notaires », c'est-à-dire en la forme authentique¹. A la question de la possibilité pour le notaire d'user de la faculté de substitution à la place de son clerc, la Cour répond que seul le mandataire désigné dans l'acte dispose de ce pouvoir (la possibilité, qui semblait avoir été ouverte par les juges du fond au profit du commettant, d'agir à la place de son préposé en matière de substitution de mandataire, aurait d'ailleurs pu remettre indirectement au cause la nécessaire indépendance qui

¹ Question déjà jugée, Civ. 1^{ère}, 17 mai 1993 : *Bull. civ.* I, n° 176 : « L'acceptation d'une donation, à défaut de laquelle celle-ci ne produit aucun effet, doit être faite par le donataire lui-même, sauf mandat donné par celui-ci dans les formes prévues à l'art. 933 C. civ. » ; les juges du fond s'en étaient remis au principe exposé par l'article 1985, celui du consensualisme. L'acte en question n'entre pas dans la catégorie des mandats nécessitant la forme écrite pour leur validité, mais obéit à l'exigence du parallélisme des formes généralisée par la jurisprudence à partir de certains textes, le mandat devant revêtir les mêmes formes que l'acte à accomplir (le mandat de conclure un acte notarié doit être notarié) ; pour des exemples, V. A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7^{ème} édition, Montchrestien, p. 432-433.

doit entourer le mandataire dans la conduite de sa mission).

Par conséquent, le notaire, non désigné dans l'acte de procuration, ne pouvait pas substituer au clerc la secrétaire salariée, cette possibilité étant réservée audit clerc. La secrétaire salariée n'avait donc aucun pouvoir pour intervenir à l'acte de donation-

partage au nom et pour le compte des mandants, ce qui rejaillira sur la validité de cet acte. En vertu de l'article 1991, le clerc de notaire, seul mandataire valable, pourra voir sa responsabilité engagée pour inexécution de son obligation contractuelle (ce qui se traduira en dommages-intérêts, art. 1991 al. 1^{er}).

C – Mandat apparent

Depuis un arrêt du 13 décembre 1962¹, la Cour de cassation décide que « le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent [...] si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime ». Cette application particulière de la théorie de l'apparence², justifiée par la sécurité des transactions³ mais présentant des dangers certains, est entourée de strictes conditions qui donnent lieu à des difficultés d'interprétation, dont les espèces présentées donnent une illustration.

Dans le premier arrêt rendu par la Cour de cassation (**Cass. civ. 1^{ère}, 31**

janvier 2008, 05-15.774, FS-P+B+R+I), la propriétaire d'un appartement avait confié à une société un mandat exclusif dit « de vente » concernant cet immeuble. Acte sous seing privé de vente est signé entre la société et le locataire, mais la propriétaire refuse finalement de signer l'acte authentique. Le mandat apparent pouvait-il fonder l'engagement de la propriétaire dans le compromis de vente ?

Les juges du fond répondent par l'affirmative, suivant une solution précédemment donnée par la Cour de cassation⁴, en relevant que la propriétaire était engagée en vertu d'un mandat apparent, et que l'acheteur était fondé à ne pas vérifier les pouvoirs de la société, ayant pu légitimement croire que celle-ci avait été dûment mandatée par la propriétaire en vue de conclure le compromis de vente. Mais cette position est censurée par la Haute juridiction, au visa des articles 1^{er} et 6 de la loi du 2 janvier 1970 (dite Loi « Hoguet », d'ordre public) et de

¹ Cass. Ass. plén., 13 déc. 1962, *D.* 1963. 277, note Calais-Auloy ; *JCP* 1963.II.1305, note Esmein ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, 2000, n° 267 ; *RTD civ.*, 1963.572, obs. Cornu.

² V. A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations, Montchrestien*, 11^{ème} édition, p. 353 s. ; J. Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, préf. M. Cabrillac, LGDJ, coll. *Bibl. dr. privé*, T. 17, 1959.

³ F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 8^{ème} édition, Dalloz, coll. *Précis*, p. 546 ; et faisant entrer en confrontation la sécurité statique, assurant la conservation des droits, et la sécurité dynamique, assurant l'efficacité des transactions, A. Bénabent, *Contrats spéciaux, op. cit.*, p. 480.

⁴ Civ. 1^{re}, 6 janv. 1994, *D.* 1994. Somm. 208, obs. Delebecque ; *RTD civ.* 1994. 593, n° 3, obs. Mestre ; *CCC* 1994, n° 49, obs. Leveneur.

l'article 72 du décret du 20 juillet 1972, ce qui constitue un revirement de jurisprudence¹. Selon ces textes, qui appliquent le régime spécial du mandat des agents immobiliers, le type de convention conclue en l'espèce entre le locataire et une société spécialisée dans la vente d'immeuble est soumis à l'écrit, mais surtout, le prétendu mandataire doit « détenir un mandat écrit précisant son objet et qui, lorsqu'il comporte l'autorisation de s'engager pour une opération déterminée, fait expressément mention de celle-ci ».

Face à ces exigences, le principe du mandat apparent ne peut être efficace, celui-ci « ne [pouvant] tenir en échec ces règles impératives ». La cour d'appel, en l'espèce, n'a « pas constaté que le mandat litigieux comportait la mention expresse de l'autorisation requise », ce seul défaut faisant échec à toute possibilité de mandat apparent. La « croyance légitime » du tiers-contractant² ne pouvait être ici retenue³.

¹ V. P. Chauvin et C. Creton, *D.* 2008, p. 646 ; V. égal. Béatrice Vial-Pedroletti, *Loy. et copr.* 2008, comm. 72, et les références citées.

² Selon l'arrêt d'Assemblée plénière du 13 déc. 1962, il faut « que la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire soit légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs » ; V. Sourieux, *La croyance légitime*, *JCP* 1982.I.3058 et L. Leveneur, *C.C.C.* 1996.199 ; en l'espèce, la société, traitant avec le locataire dispose d'un mandat exclusif dit « de vente » concernant l'appartement en question ; cette société, de plus, est un mandataire habituel de ce genre d'affaires, V. Civ. 3^{ème}, 25 mai 2005, *RDC* 2005, p. 1071, obs. F. Collart-Dutilleul.

³ P. Chauvin et C. Creton, *D.* 2008, p. 646 : « comment admettre que celui-ci puisse être dispensé de vérifier les pouvoirs de l'agent immobilier qui prétend être titulaire d'un mandat de vente alors que la loi exige que lesdits pouvoirs soient expressément mentionnés dans un

En revanche, quand le mandat apparent est accueilli par les juges, les obligations en découlant suivent le même régime que le mandat classique : sauf la mise en œuvre de la responsabilité du mandataire, seul le mandant se trouve engagé par les actes accomplis. C'est ce que rappelle l'arrêt du 29 janvier 2008 (**Com., 29 janvier 2008, 06-20.489, F-D**), en énonçant que « Le mandat apparent a pour seul effet d'obliger le mandant à exécuter les engagements pris envers les tiers par le mandataire apparent, mais non d'y obliger ce dernier »⁴.

En l'espèce, une société civile immobilière (représentée par MM. Daniel et Eric X...) signe une convention avec M. Y..., ayant pour objet la réalisation de prestations topographiques en vue de la réalisation d'un lotissement résidentiel sur un terrain appartenant à la succession de Jean X... La convention précise que la SCI s'engage à réaliser le lotissement ou à payer une somme forfaitaire à M. Y... Le projet n'ayant pas abouti, M. Y... assigne la SCI afin d'obtenir la somme prévue. Les juges du fond, en vertu de leur pouvoir souverain d'appréciation des faits, retiennent cependant l'existence d'un mandat apparent : la SCI s'est engagée à titre de mandataire

mandat écrit ? Le tiers qui ne prend pas la précaution de vérifier l'existence de ces pouvoirs ne mérite donc pas d'être protégé au détriment du propriétaire du bien ».

⁴ V. déjà Com., 21 mars 1995, *Bull. civ.* IV, n° 101.

JURISPRUDENCE

apparent de la succession X... à l'égard de M. Y...

Dès lors, et suivant le principe déjà établi, la SCI ne pouvait pas être condamnée à payer la somme prévue

par la convention, seul le mandant, en l'occurrence la succession X..., étant lié par les obligations découlant du contrat.

Victor DAUDET

RESPONSABILITÉ

Stéphanie DA SILVA et Benjamin MULLER

SOMMAIRE

§ 1 – Conditions de la responsabilité.....	29
§ 2 – Effets de la responsabilité.....	35

§ 1 – Conditions de la responsabilité

• **Appréciations critiques sur un chirurgien : Civ. 2^{ème}, 20 fév. 2008, 06-21.980, F-P+B**

Un chirurgien orthopédique hospitalier, avait demandé réparation, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, à des médecins anesthésistes, du préjudice que lui auraient causé les fautes commises par ces derniers en portant des accusations mensongères à son encontre et en cessant toute activité avec lui.

La Cour de cassation précise qu'ayant relevé que les critiques émises à l'encontre du chirurgien ont été partiellement confirmées par une enquête interne antérieure, qu'elles ont été émises entre professionnels, au sein de la communauté médicale et auprès des autorités de tutelle, qu'elles ont été

limitées à la seule sphère professionnelle, à l'exclusion de toutes attaques personnelles ou privées, qu'elles ont été approuvées par les instances médicales et administratives de l'établissement et qu'elles avaient pour seul objectif le bon fonctionnement du service, à l'exclusion de tout intérêt personnel démontré des auteurs, la Cour d'appel, qui a implicitement mais nécessairement écarté le caractère excessif des propos, en a souverainement déduit que les appréciations critiques portées sur le chirurgien par les défendeurs ne relevaient en rien d'un comportement constitutif d'une faute personnelle détachable du service.

• Faute du conducteur victime : Civ. 2^{ème}, 6 mars 2008, 06-21.473, F-D

L'article 4 de la loi du 5 juillet 1985 précise que « la faute commise par le conducteur du véhicule terrestre à moteur a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages qu'il a subis ».

En ce sens, la Cour de cassation rappelle que « lorsque plusieurs véhicules sont impliqués dans un accident de la circulation, chaque conducteur a droit à l'indemnisation des dommages qu'il a subis, sauf s'il a commis une faute ayant contribué à la réalisation de son préjudice. Il appartient alors au juge d'apprécier souverainement si cette faute a pour effet de limiter l'indemnisation ou de l'exclure ».

En l'espèce, un accident était intervenu entre deux véhicules automobiles, et la cour d'appel, pour

dire que les demandes d'indemnisation des parties étaient fondées chacune pour moitié, avait retenu d'une part que l'empiétement fautif d'un véhicule sur la voie de circulation de l'autre véhicule limite son droit à indemnisation, d'autre part que le conducteur de l'autre véhicule circulait à proximité de la ligne séparative à une vitesse excessive. Les juges du fond en déduisait que tant l'un que l'autre ont commis une faute qui a concouru à la réalisation de l'accident justifiant un partage de responsabilité par moitié.

La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation vient censurer par la présente décision l'argumentation de la cour d'appel en précisant que « la faute du conducteur ayant contribué à la réalisation de l'accident doit être appréciée en faisant abstraction du comportement du conducteur de l'autre véhicule impliqué dans l'accident ».

• Faute de l'expert. Prescription de l'action en responsabilité extracontractuelle : Civ. 2^{ème}, 6 mars 2008, 04-12.042, FS-D

Quatre tableaux de H. E. Cross avaient été mis en vente le 19 mars 1982, à l'occasion d'une vente volontaire aux enchères publiques. Une société, sous acquéreur d'un des tableaux le revendit la même année. Or, quelques années plus tard, l'authenticité du tableau fut remise en cause, d'abord par un arrêt irrévocable du 5 mai 1989 jugeant que deux autres des quatre tableaux vendus le 19 mars 1982 n'étaient pas des œuvres de ce peintre, puis dans le courant de l'année 2000, lorsqu'un expert remit en cause l'authenticité du tableau acquis. Cela obligea la société à rembourser à

l'acheteur du tableau le prix de vente. Mécontente, elle se retourna vers l'expert qui avait assisté, à l'époque de la vente aux enchères publiques, le commissaire priseur, en lui reprochant une faute extracontractuelle.

Le premier problème soulevé par le pourvoi est un problème de prescription, le défendeur faisant valoir que la prescription de dix ans était acquise à la date des poursuites, la cour d'appel ayant retenu, quant à elle, un délai de prescription de trente ans. C'est l'occasion pour la Cour de cassation de préciser que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 juillet 1985, les actions en

responsabilité civile extracontractuelle se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage (art. 2270-1 C. civ.). Le marchand d'art ayant dû restituer, le 28 juin 2000, le prix de vente du tableau dont l'authenticité avait été déniée, l'action en responsabilité professionnelle introduite contre l'expert le 26 juin 2001 n'est de ce fait pas prescrite. Par substitution de motifs, la décision de la

Cour d'appel n'est dès lors pas remise en cause sur ce point.

Quant au second problème, la deuxième Chambre civile rappelle que l'expert qui affirme l'authenticité d'une œuvre d'art sans assortir son avis de réserves engage sa responsabilité, soulignant qu'au vu des éléments de faits les juges du fond en avaient déduit à bon droit une faute de celui-ci.

Benjamin MULLER

• Article 1384 alinéa 1^{er} : une association chargée d'organiser et de contrôler le mode de vie d'un mineur demeure responsable du fait dommageable commis par celui-ci, même lorsqu'il est hébergé par ses parents : Crim., 8 janvier 2008, 07-81.725, F-P+F.

Un mineur placé dans un foyer par décision de justice commet un viol sur la personne de sa jeune sœur lors d'un week-end chez sa mère. La responsabilité du foyer est engagée au même titre que celle du mineur.

Le tribunal de première instance ne reconnaît pas la responsabilité du foyer. L'administrateur *ad hoc* de la petite fille interjette appel. La Cour d'Appel rend un arrêt infirmatif aux motifs que le mineur a été placé dans le foyer sur décision de justice, qu'ainsi le foyer avait pour mission de contrôler et d'organiser, à titre permanent, le mode de vie du mineur, que le retour de l'enfant dans sa famille ne résultant ni d'une décision judiciaire ni d'un accord entre l'établissement et l'enfant pouvant justifier le transfert de responsabilité même temporaire, il était sans incidence sur la responsabilité du foyer.

L'association du Foyer BEYRIS forme alors un pourvoi en cassation en se fondant sur l'article 375-7 du Code

civil qui dispose que les père et mère dont l'enfant a fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative conservent sur lui leur autorité parentale et en exercent tous les attributs qui ne sont pas incompatibles avec l'application de la mesure.

La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif suivant : « une association, chargée par décision du juge des enfants d'organiser et de contrôler à titre permanent le mode de vie d'un mineur, demeure, en application de l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil, responsable de plein droit du fait dommageable commis par ce mineur, même lorsque celui-ci est hébergé par ses parent, dès lors qu'aucune décision judiciaire n'a suspendu ou interrompu cette mesure éducative ».

Commentaire : Dans un arrêt en date du 26 mars 1997¹, il avait été jugé que le service éducatif auquel le mineur était confié demeurait civilement responsable en cas de dommage causé par ce dernier dans sa famille, lorsque ce retour ne résultait « d'aucune décision judiciaire ni d'aucun accord passé entre l'établissement gardien et la mère de l'enfant ». La chambre criminelle avait jugé dans un arrêt du 25 mars 1998² qu'en cas de droit de visite et d'hébergement organisé par l'établissement sous le contrôle du juge des enfants, et par application de l'article 375-7 du Code civil³, le parent redevient civilement responsable pendant la durée de l'hébergement chez lui. Ainsi, nous nous trouvons là avec une décision de justice inadaptée à la réalité. En effet, la décision de la chambre criminelle considérait que les parents défaillants d'un mineur en danger, passant la majorité de son temps hors de leur domicile, étaient en mesure d'exercer pleinement leur autorité parentale lors des séjours du dit mineur à leur domicile fussent-ils de quelques heures, et ce au regard de la loi.

¹ JCP 1998. II. 10015.

² Crim. 25 mars 1998, JCP 1998.II.10162.

³ « Les père et mère de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure. Ils ne peuvent, pendant la durée de cette mesure, émanciper l'enfant sans autorisation du juge des enfants ».

L'arrêt du 8 janvier 2008 fixe ici un principe clair, reprenant d'ailleurs une formulation adoptée par la deuxième chambre civile⁴. La décision du juge des enfants opère transfert de garde du mineur et par là même transfert de responsabilité civile au service éducatif ayant la charge dudit mineur. Toutefois, il est précisé que cette responsabilité cesse dès lors qu'une mesure judiciaire la suspend ou l'interrompt. Il va de soi qu'il reste aux juges à préciser le sens des notions « *suspension* » et « *interruption* », mais il est possible d'affirmer que dès lors que le mineur a été confié à un service éducatif, ledit service prend la responsabilité du mineur en permanence. Ainsi, les parents sont exonérés de toute responsabilité due à des dommages causés par leur enfant mineur placé.

Il est évident que la décision commentée ne concerne pas les établissements scolaires où le mineur serait interne⁵. De plus, notons que le service éducatif reste civilement responsable quelle que soit la durée des séjours en famille, et même lorsque le mineur passe plus de temps au domicile des parents qu'au foyer⁶.

Stéphanie DA SILVA

⁴ Civ. 2^{ème}, 6 juin 2002, Bull. civ. II, n° 120 ; D. 2002. Jur. 2750, note Huyette ; RTD civ. 2002. 825, obs. Jourdain.

⁵ Dans ce cas là, la responsabilité des parents est maintenue : Civ2, 29 mars 2001, D. 2001..IR, p.1285.

⁶ Arrêt de la Cour de Cassation du 8 Janvier 2008, 00-18.286.

• **Lien de causalité. Contamination par le virus de l'hépatite C : Civ. 2^{ème}, 6 mars 2008, 07-13.146, F-D**

La victime d'un accident du travail survenu en 1981 a subi une intervention chirurgicale avec transfusion de sang. En 1988 elle a contracté deux prêts immobiliers auprès d'une banque dont l'assureur a accepté de garantir le risque décès moyennant une surprime mais a refusé d'assurer le risque incapacité de travail invalidité deuxième catégorie. En 1990, le diagnostic de l'hépatite C a été posé. En 1997, l'emprunteur a été classé par la sécurité sociale en invalidité de deuxième catégorie. Prétendant que les conditions d'assurance défavorables imposées avaient pour origine sa pathologie hépatique, la victime a fait assigner l'Établissement français du sang (EFS) afin d'obtenir réparation des préjudices résultant de sa contamination par le virus de l'hépatite C.

Les juges du fond retiennent qu'il résulte du rapport d'expertise que

• **Accident du travail et indemnisation des victimes d'infractions. Régime applicable : Civ. 2^{ème}, 7 février 2008, 07-10.838, FS-P+B**

La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation rappelle que les dispositions propres à l'indemnisation des victimes d'infractions ne sont pas applicables aux victimes d'un accident du travail imputable à l'employeur où à ses préposés même en cas de faute intentionnelle de l'employeur ou du préposé.

Dès lors, en accueillant la demande du salarié, victime sur son lieu de travail de coups et blessures volontaires, tendant à la réparation de

l'invalidité de catégorie 2 attribuée en 1997 par la sécurité sociale a pour origine l'accident du travail pour les séquelles duquel la victime percevait depuis 1982 une pension d'invalidité de catégorie 1 au taux de 15 % ; que cette situation était à elle seule de nature à justifier, lors de la souscription des prêts immobiliers, l'application d'une surprime d'assurance et le refus de l'assureur de garantir une invalidité de catégorie 2.

La Cour de cassation vient préciser que de ces constatations et énonciations, procédant de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve soumis aux débats, la cour d'appel a pu déduire que le préjudice financier allégué n'était pas en rapport avec la contamination par le virus de l'hépatite C.

son préjudice en application des dispositions propres à l'indemnisation des victimes d'infractions, après avoir constaté que le salarié avait été victime d'un accident du travail imputable à un de ses copréposés, la cour d'appel a violé les articles L. 451-1 et L. 452-5 du Code de la sécurité sociale et 706-3 du Code de procédure pénale.

En application de l'article 627 du Code de procédure civile, n'y ayant lieu à renvoi, la Cour de cassation déclare le salarié irrecevable en sa demande.

• **Préjudice résultant d'une infraction et accident de la circulation. Régime applicable : Civ. 2^{ème}, 7 février 2008, 07-13.397, FS-P+B**

Selon l'article 706 3, 1° du Code de procédure pénale, toute personne ayant subi un préjudice résultant de faits volontaires ou non qui présentent le caractère matériel d'une infraction ne peut obtenir la réparation intégrale des dommages qui résultent des atteintes à la personne que lorsque ces atteintes n'entrent pas notamment dans le champ d'application du chapitre 1er de la loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accident de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

Ainsi, la Cour de cassation censure la Cour d'appel qui avait retenu, pour établir le droit à indemnisation de la

victime d'une blessure au cours d'une opération de déchargement de plaques de béton, qu'étant arrivé sur un chantier où elle apportait des plaques de béton, arrimées sur la benne de son camion, la victime avait desserré deux des trois sangles qui les maintenaient, que l'une des plaques s'était renversée et était tombée sur le sol, blessant l'intéressé. Les juges de la deuxième Chambre civile précisent qu'en statuant ainsi alors qu'il résultait de ces constatations que l'accident, survenu au moment du déchargement du camion sans instrument de levage, constituait un accident de la circulation, la Cour d'appel a violé le texte précité.

• **Prescription décennale : Civ. 2^{ème}, 7 fév. 2008, 06-11.135, FS-P+B**

Le mandataire ad hoc d'une société avait procédé au licenciement d'une salariée de cette société, alors qu'elle lui avait adressé un certificat médical l'informant de son état de grossesse. Le 28 août 1990, la salariée avait alors assigné la société devant le conseil de prud'hommes, lequel, reconnaissant que le licenciement était nul, condamna la société au paiement de dommages intérêts, décision confirmée par un arrêt de la Cour d'appel.

La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi à l'encontre de l'arrêt statuant sur l'action en responsabilité de la

société contre l'administrateur ad hoc, approuve les juges du fond qui n'avaient pas à faire application de l'article 2257 du Code civil, dès lors que le droit d'agir de la société n'était pas suspendu, et qui ont exactement retenu que la manifestation du dommage au sens de l'article 2270-1 du Code civil consistait, en l'espèce, en l'assignation délivrée à la société le 28 août 1990 par la salariée licenciée, de sorte que la prescription décennale édictée par ce dernier texte était acquise lors de l'introduction de l'instance en responsabilité le 2 mars 2004.

§ 2 – Effets de la responsabilité

• Evaluation du préjudice : Civ. 2^{ème}, 7 fév. 2008, 06-21.255, F-D

Statuant sur l'indemnisation des préjudices subis par la victime d'un accident de la circulation, pour réserver les frais d'adaptation du logement et d'appareillage, ainsi que les droits de la victime sur ses frais d'hébergement dans un foyer et sur les frais futurs d'assistance d'une tierce personne, une cour d'appel, après avoir constaté la nécessité de telles dépenses, retenait qu'il n'était pas justifié de leur engagement et énonçait que ces postes

de dépense n'avaient de justification que dans l'hypothèse de l'emménagement effectif de la victime dans un logement adapté.

La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation sanctionne cette solution, précisant que les juges du fond avaient violé les articles 4 et 1382 du Code civil en refusant ainsi d'évaluer des dommages dont elle avait constaté l'existence en leur principe.

• Créance du tiers payeur et limitation du droit à réparation : Civ. 2^{ème}, 7 février 2008, 07-11.091 et 07-11.269, F-D

La Cour de cassation rappelle que viole l'article 1351 du Code civil, la cour d'appel qui condamne le conducteur responsable d'un accident de la circulation et son assureur à supporter intégralement le préjudice subi par la victime, sans faire application de la limitation de son droit à réparation d'un tiers décidée par jugement définitif antérieur.

De la même façon, la créance du tiers payeur dont le recouvrement est poursuivi par subrogation dans le droit

d'action de la victime n'est pas indemnitaire et se borne au paiement d'une somme d'argent. Dès lors, viole l'article 1153 du Code civil les juges du fond qui, pour dire que les condamnations prononcées au profit de l'État produiront intérêts au taux légal à compter d'une certaine date, retiennent que ce jour correspond à celui où le recours a été définitivement liquidé et connu alors que la demande de paiement avait été formée par des conclusions antérieures de deux ans.

• Recours des tiers payeurs en cas d'accident du travail : Crim., 5 février 2008, 07-83.327, F-P+F

L'article 25 de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la Sécurité sociale pour 2007 a, rappelons-le, modifié en profondeur le droit des recours des tiers payeurs, d'abord en imposant l'exercice du recours « poste par poste », ensuite en

accordant à la victime partiellement indemnisée par les prestations sociales un droit de préférence sur les tiers payeurs.

A l'origine, les tiers payeurs étaient autorisés à exercer leur recours

subrogatoire, par imputation sur les droits de la victime, sur la totalité des indemnités allouées¹. Les tiers payeurs, avantagés, pouvaient ainsi recouvrer leurs prestations sur l'ensemble des chefs de préjudice, y compris ceux pour lesquels ils ne versaient aucune prestation. Par ailleurs, lorsque la victime, partiellement indemnisée par les prestations sociales, se trouvait en concours avec les tiers payeurs sur les indemnités qui lui étaient dues, ceux-ci bénéficiaient d'une priorité sur celle-là.

Le législateur, intervenant par la loi du 27 décembre 1973 relative aux recours de la Sécurité sociale introduite notamment dans les articles L. 376-1 et L. 454-1 du Code de la sécurité sociale (anciennement art. L. 397 et L. 470), puis par celle du 5 juillet 1985 relative à l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation (art. 31), a cantonné l'assiette des recours des tiers payeurs aux seules indemnités réparant « l'atteinte à l'intégrité physique » de la victime, à l'exclusion de celles, « de caractère personnel, correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique ou d'agrément » ou encore de celle « correspondant au préjudice moral des ayants droit ».

C'est donc un changement radical qu'opère la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2007. L'application de ces nouvelles dispositions ne s'est cependant pas faite sans interrogations. La Cour de cassation avait en ce sens été saisie d'une

demande d'avis par le TGI de Paris, et avait précisé les éléments suivants² :

« 1 - Les dispositions de l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985, modifié par l'article 25, IV, de la loi du 21 décembre 2006, relatives à l'exercice des recours des tiers payeurs contre les personnes tenues à réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à la personne, s'appliquent aux événements ayant occasionné ce dommage survenus antérieurement à la date d'entrée en vigueur de cette loi, dès lors que le montant de l'indemnité due à la victime n'a pas été définitivement fixé.

2 - Les dispositions de l'article 31 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, modifié par l'article 25, IV, de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006, de financement de la sécurité sociale pour 2007, relatives à l'exercice des recours des tiers payeurs contre les personnes tenues à réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à la personne, s'appliquent aux recours exercés par les caisses de sécurité sociale dans une action engagée par la victime d'un accident du travail sur le fondement des articles L. 454-1, L. 455-1 ou L. 455-1-1 du Code de la sécurité sociale.

3 - La rente versée en application de l'article L. 434-2 du Code de la sécurité sociale, à la victime d'un accident du travail, indemnise, notamment, les pertes de gains professionnels et les incidences professionnelles de l'incapacité et doit en conséquence s'imputer prioritairement sur les pertes de gains professionnels, puis sur la part d'indemnité réparant l'incidence professionnelle.

¹ Ch. réun., 27 avr. 1959, *JCP* 1959. II. 11176, note J. B. ; *D.* 1959. 345 ; *Gaz. Pal.* 1959. 2. 5 ; *S.* 1959. 153.

² Cass., avis, 23 oct. 2007, *D.* 2007. AJ. 2801, obs. Gallmeister.

Si la caisse de sécurité sociale estime que cette prestation indemnise aussi un préjudice personnel et souhaite exercer son recours sur un tel poste, il lui appartient d'établir que, pour une part de cette prestation, elle a effectivement et préalablement indemnisé la victime, de manière incontestable, pour un poste de préjudice personnel. »

Une de ces interrogations relevait de ce que l'article L. 454-1 du Code de la sécurité sociale, qui concerne les accidents du travail et les maladies professionnelles, n'avait pas été modifié, ce qui pouvait laisser croire que les recours exercés par les caisses de sécurité sociale dans une action engagée par la victime d'un accident du travail sur le fondement de ce texte étaient exclus de la réforme.

Soulignant ce « regrettable oubli », un auteur faisait remarquer que cela était sans conséquence car « l'article 31 de la loi de 1985, dont la rédaction et la modification sont postérieures, a vocation à s'appliquer à tous les tiers payeurs et à toutes les prestations ouvrant droit à recours. Ce texte de portée générale devrait donc prévaloir sur l'actuel libellé de l'article L. 454-1, et la réforme s'appliquer à tous les recours ouverts aux tiers payeurs visés par les articles 29 et suivants de la loi de 1985 »¹.

¹ P. Jourdain, *La réforme des recours des tiers payeurs : des victimes favorisées* : D. 2007. Chron. 454 ; V., contra, Yves Saint-Jours, *Les recours subrogatoires des CPAM contre les tiers responsables face à l'article 25 de la loi de*

Si l'avis de la Cour de cassation semblait clair sur cette question, des juges du fond s'étaient éloignés de la solution préconisée, jugeant que l'article L. 454-1 du Code de la sécurité sociale était applicable en cas d'accident du travail.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi contre cette décision, sanctionne la Cour d'appel en précisant dans un premier temps que « les articles 28 et 31 de la loi du 5 juillet 1985, modifiée par l'article 25, IV, de la loi du 21 décembre 2006 sont applicables aux recours exercés par les caisses de sécurité sociale dans une action engagée par la victime d'un accident du travail sur le fondement des articles L. 454-1, L. 455-1 ou L. 455-1-1 du Code de la sécurité sociale », puis rappelant dans un second temps que « ces recours s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent les préjudices qu'elles ont pris en charge à l'exclusion des préjudices de caractère personnel ».

Voilà qui trace un peu plus profondément le sillon d'une jurisprudence qui devrait s'établir rapidement. A noter qu'en ce sens, le Conseil d'Etat vient, dans une décision du 5 mars 2008², de se conformer à la position adoptée par la Cour de cassation.

financement de la sécurité sociale de 2007 : D. 2008, p. 269

² CE, 5 mars 2008, D. 2008, p. 921.

• **Application de la réforme sur le recours des tiers payeurs : Civ. 2^{ème}, 21 fév. 2008, 07-11.712, FS-P+B**

Selon l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985 et l'article L. 376-1 du Code de la sécurité sociale, dans leur rédaction antérieure à leur modification par l'article 25 de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006, relatif à l'exercice des recours des tiers payeurs contre les personnes tenues à réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à la personne, les recours des tiers payeurs s'exercent à due concurrence de la part d'indemnité mise à la charge du tiers responsable de l'accident qui répare l'atteinte à l'intégrité physique de la victime, à l'exclusion de la part d'indemnité, de caractère personnel, correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique et d'agrément.

Les dispositions de l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985 et de l'article L. 376 1 du Code de la sécurité sociale, modifiées par la loi du 21 décembre 2006, s'appliquent aux événements ayant occasionné ce dommage survenus antérieurement à la date d'entrée en vigueur de cette loi, dès lors que le montant de l'indemnité due à la victime n'a pas été fixé par une décision passée en force de chose jugée.

La deuxième Chambre civile rejette ainsi le pourvoi contre l'arrêt attaqué, insusceptible d'un recours suspensif d'exécution et rendu avant l'entrée en vigueur de la loi du 21 décembre 2006, dont les dispositions ne sont pas, en l'espèce, applicables pour la première fois devant la Cour de cassation.

Benjamin MULLER

PERSONNES – FAMILLE

Victor DAUDET et Benjamin MULLER

SOMMAIRE

§ 1 – L’enfant	40
I – Naissance : état civil	40
II – Filiation	41
A – Filiation par procréation charnelle :	41
B – Filiation adoptive	42
1 – Refus de l’adoption de l’enfant du conjoint par le partenaire homosexuel	42
2 – Illustration de motifs graves justifiant la révocation de l’adoption simple	43
III – Autorité parentale	44
A – Autorité parentale relativement à la personne de l’enfant	44
1 – Résidence de l’enfant	44
2 – Contribution des parents à l’entretien de l’enfant	45
B – Autorité parentale relativement aux biens de l’enfant	45
§ 2 – Le couple	46
I – Mariage	46
A – Régime primaire	46
B – Contrat de mariage et avantages matrimoniaux	47
1 – Composition et administration de la communauté	47
2 – Dissolution de la communauté	48
II – Divorce	52
A – Cas de divorce : divorce pour faute	52
B – Conséquences du divorce	53
1 – Prestation compensatoire	53
2 – Donations effectuées pendant le mariage	55
§ 3 – Successions et libéralités	56
I – Successions	56
A – Rapport de sommes	56
B – Recel successoral	57
II – Libéralités	57
A – Révocabilité des donations	57
B – Dispositions testamentaires	58

§ 1 – L'enfant

I – Naissance : état civil

• **Etat civil de l'enfant né sans vie : Civ. 1^{ère}, 6 février 2008, 06-16.499, FS-P+B+R+I**

Rappelant qu'il résulte de l'article 79-1 alinéa 2 du Code civil, que lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil et à défaut de production d'un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable, l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie qui énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement, cet acte étant alors inscrit à sa date sur les registres de décès, la Cour de cassation censure la décision par laquelle les juges du fond ont refusé l'établissement d'un tel acte en se fondant sur le stade de développement insuffisant du fœtus selon les critères retenus par l'Organisation mondiale de la santé. Dans les trois affaires soumises à la Cour de cassation, les accouchements avaient ainsi eu lieu entre 18 et 21 semaines d'aménorrhée, pour des fœtus dont le poids était compris entre 155 et 400 grammes. Or, l'instruction générale du 11 mai 1999 relative à l'état civil, telle que modifiée par celle du 29 mars 2002, fixe un seuil correspondant à 22 semaines d'aménorrhée ou à un poids supérieur à 500 grammes, conformément au seuil de viabilité de l'OMS. Lorsque les familles avaient tenté de faire établir des certificats d'enfant né sans vie, elles s'étaient donc vues opposer qu'un tel certificat ne pouvait être dressé pour un accouchement survenu avant les seuils des 22 semaines d'aménorrhée ou 500

grammes. La Cour de cassation, en cassant les trois décisions des cours d'appel qui avaient validé, se fondant sur ces conditions, le rejet du certificat d'enfant sans vie, entend donc élargir la possibilité pour les parents de pouvoir bénéficier des droits concédés lors de la naissance d'un enfant né non vivant et viable. En ce sens, le communiqué publié par la Cour de cassation sur son site internet précise que « tout fœtus né sans vie à la suite d'un accouchement peut être inscrit sur les registres de décès de l'état civil, quel que soit son niveau de développement ». Cette déclaration à l'Etat civil doit être distinguée de celle intervenant à la naissance d'un enfant vivant et viable décédé par la suite : d'une portée symbolique, elle permet également aux parents de donner un prénom au fœtus et d'organiser pour lui des obsèques.

Cette décision, si elle semble s'inscrire dans une volonté d'épargner aux parents d'un enfant né sans vie la rigidité d'un effet de seuil dont la qualification qu'il entraînait pouvait se révéler psychologiquement néfaste, pose, une fois n'est pas coutume, l'épineuse question de savoir quand la vie - et donc ici la fin de vie - doivent être reconnues juridiquement ; comment définir l'« enfant né sans vie » auquel fait référence l'article 79-1 alinéa 2 du Code civil, au visa duquel est rendu l'arrêt de la Cour de cassation ? Devant la douleur qui se

mue parfois en véritable besoin social, comme cela fut le cas pour l'avortement, la tentation est grande de dépasser des principes qui semblent laisser trop peu de place à une humaine compassion. L'attention du juriste en général, et du juge en particulier devra cependant veiller à ce que soit préservée une certaine cohérence dans les qualifications juridiques découlant

des choix opérés. Ne serait-il pas dérangeant qu'un fœtus soit, au même stade de développement, considéré comme une chose lorsque l'on souhaite procéder à un avortement, et comme un enfant - donc une personne - lorsqu'il est né non vivant et viable ? Si l'humanité doit être nourrie de compassion, elle doit également être abreuvée de raison.

II – Filiation

A – Filiation par procréation charnelle : Civ. 1ère, 20 fév. 2008, 07-13.642, F-D

La seule désignation en tant que mère dans l'acte de naissance suffisant à établir sa filiation maternelle, viole les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales la cour d'appel qui, pour constater l'extranéité du père et de ses deux enfants, retient que la reconnaissance de maternité naturelle transcrite en marge de la copie de l'acte d'état civil comporte des irrégularités, que l'intéressé n'établit pas autrement que par ses propres

affirmations avoir eu la possession d'état d'enfant pendant sa minorité, et que la seule circonstance qu'il a l'usage du nom de sa mère se révèle insuffisante à caractériser un faisceau d'indices précis et concordants constitué pendant sa minorité, dès lors que la mention sur la copie de son acte de naissance est reconnue dépourvue de force probante.

Benjamin MULLER

B – Filiation adoptive

1 – Refus de l'adoption de l'enfant du conjoint par le partenaire homosexuel

• **Adoption réalisant un transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant en privant la mère biologique, qui entendait continuer à élever l'enfant, de ses propres droits : Civ. 1^{ère}, 6 février 2008, 07-12.948, F-D**

Une nouvelle fois se posait ici le problème d'une adoption par un couple homosexuel¹, qui démontre la résistance de certains juges du fond², s'inscrivant plus largement dans un contexte international de reconnaissance de l'homoparentalité³.

En l'espèce, la conjointe d'une femme dépose une requête aux fins de l'adoption simple de l'enfant de sa compagne. La Cour d'appel d'Amiens

fait droit à cette demande, en relevant que les conditions relatives à l'adoption simple sont remplies : âge, consentement, et intérêt de l'enfant préservé, puisque celui-ci « disposera ainsi d'un parent supplémentaire conformément à la réalité du cadre familial dans lequel il évolue puisqu'il est élevé au sein du foyer stable [des concubines], lesquelles ont formé le projet de l'éduquer ensemble et de pourvoir conjointement à ses besoins affectifs », ajoutant qu'il est intégré à la famille de la requérante, et qu'il « bénéficiera d'une double vocation successorale ».

Le problème, auparavant relevé par la Cour de cassation et auquel répondent les juges du fond, réside dans le transfert de l'autorité parentale. Comme le souligne l'article 365 du Code civil, « l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, [...] à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté », cas dans lequel la titularité de l'autorité parentale est conjointe, son exercice restant propre au conjoint⁴. Le problème ici posé est que le concubin, qui n'est pas le « conjoint » de l'article 365, voit ses droits d'autorité parentale lui être

¹ V. par ex. Civ. 1^{ère}, 19 déc. 2007, *D.* 2008, p. 1028, note Laurence Mauger-Vielpeau ; V. égal. Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2007 : *D.* 2007.1047, note D. Vigneau ; *ibid.* AJ. 721, obs. Delaporte-Carré ; *ibid.* Chron. C. cass. 891, obs. Chauvin ; *ibid.* Pan. 1467, obs. Granet-Lambrechts ; *JCP* 2007. II. 10068, note Neirinck ; *Gaz. Pal.* 2007. 480, avis Cavarroc ; *Defrénois* 2007. 791, obs. Massip ; *AJ fam.* 2007. 182, obs. Chénéde ; *Dr. fam.* 2007, n° 80, note Murat ; *RJPF* 2007-5/32, note Mécary.

² V. égal. TGI Paris, 27 juin 2001 : *D.* 2003. Somm. 1941, obs. Lemouland ; *Dr. fam.* 2001, n° 116, note Murat ; *RTD civ.* 2002. 84, note Hauser ; TGI Clermont-Ferrand, 24 mars 2006 ; *AJ fam.* 2006. 245, obs. Chénéde ; Amiens, 14 févr. 2007 ; *Dr. fam.* 2007, n° 80, note Murat

³ La Suède permet ainsi depuis juin 2002 à un couple homosexuel d'adopter, ainsi que l'Angleterre (décision de la Chambre des Lords du 5 nov. 2002, *AJ famille*, déc. 2002, 399) ; le Danemark autorise l'adoption par un partenaire homosexuel du père ou de la mère (*AJ famille* 2002, 47), l'Espagne a voté le 30 juin 2005 une loi ouvrant mariage et adoption aux homosexuels..., in F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes La famille Les incapacités*, 7^{ème} édition, Dalloz, coll. *Précis*, p. 824, note 2.

⁴ « sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité », art. 365 al. 1 *in fine*.

retirés. Les juges du fond ont tenté de franchir l'obstacle en posant que la requérante « est parfaitement avisée de ce que l'adoption entraînera le transfert des droits d'autorité parentale au profit de l'adoptante mais que cet élément n'est pas de nature à faire obstacle à l'adoption dès lors que ces droits pourront lui être délégués partiellement ou en totalité, comme le permettent les dispositions de l'article 377 du Code civil ».

La Cour de cassation n'accueille cependant pas l'argumentation, et considère que « cette adoption réalisait un transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant en privant la mère biologique, qui entendait continuer à élever l'enfant, de ses propres droits ». La Cour, restant sur sa position,

considère donc que l'article 365 fait obstacle à l'argument de l'article 377, qui ne doit pas constituer un moyen de tourner le principe selon lequel seuls les époux peuvent exercer l'autorité parentale en commun dans une telle situation. Le juge choisit ici de ne pas trancher un débat, houleux socialement, dont l'issue ne doit revenir qu'au législateur¹.

¹ Mais dans lequel la CEDH pourrait jouer un rôle important : V. CEDH, 22 janv. 2008, D. 2008, p. 351, JCP 2008. II. 10071 constatant l'existence d'une discrimination dans la décision de refus d'agrément nécessaire à l'adoption d'un enfant en raison de l'homosexualité de la requérante ; contra, CEDH, 26 févr. 2002, D. 2002, 814, chron. Debet, somm., 2024, obs. F. Granet-Lambrechts ; JCP 2002, II, obs. A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; RTD civ. 2002, 281, obs. J. Hauser, 389, obs. J.-P. Marguénaud.

2 – Illustration de motifs graves justifiant la révocation de l'adoption simple

• Le différend d'ordre patrimonial ne peut suffire : Civ. 1^{ère}, 5 mars 2008, 07-10.989, F-D

Selon l'article 370 alinéa 1^{er} du Code civil, la révocation de l'adoption simple ne peut intervenir qu'en cas de « motifs graves ». Ces motifs, qui peuvent résider en un délit commis par l'adopté contre l'adoptant², des injures, atteintes à l'honneur de l'adoptant et dégradation de sa voiture par l'adopté³, ou dans des attitudes similaires employées par l'adoptant envers

l'adopté⁴, reposent essentiellement sur une absence avérée de lien affectif réel⁵.

Les juges du fond, souverains dans leur appréciation de la gravité des motifs, ne se contentent cependant pas d'un simple différend d'ordre patrimonial⁶, solution rappelée dans un arrêt du 5 mars 2008, où les juges du fond rejettent la demande en révocation de deux adoptions simples en estimant que « les tensions actuelles entre les

² T. civ. Bayonne, 31 juill. 1930, S. 1931. 2. 200.

³ Pau, 10 juill. 1997, RTD civ. 2000. 310, obs. J. Hauser.

⁴ T. civ. Saverne, 19 janv. 1954, D. 1954. 530.

⁵ F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes La famille Les incapacités*, 7^{ème} édition, Dalloz, coll. *Précis*, n° 911, p. 858.

⁶ Par ex., TGI Paris, 21 nov. 1995, RTD civ. 1996. 138, obs. J. Hauser.

adoptés et leur mère adoptive, suite à des différends d'ordre patrimonial, apparaissant après plusieurs années d'entente parfaite, ne pouvaient constituer des motifs suffisamment graves pour justifier la révocation des adoptions ». Le différend d'ordre patrimonial ne peut donc suffire, si une absence de lien affectif ne peut être

relevée. L'importance de l'adoption (même si l'adoption simple est tout de même révocable, à la différence de l'adoption plénière), et les conséquences familiales qu'elle entraîne, justifie la solution.

Victor DAUDET

III – Autorité parentale

A – Autorité parentale relativement à la personne de l'enfant

1 – Résidence de l'enfant

• Résidence de l'enfant chez le père : Civ. 1^{ère}, 6 février 2008, 06-17.006, F-P+B

Des concubins se séparant, le juge aux affaires familiales est saisi afin de statuer sur l'exercice de l'autorité parentale¹ et la fixation de la résidence de l'enfant. Dans une telle situation, c'est évidemment l'intérêt de l'enfant qui est recherché, afin de déterminer quelle résidence est la plus propice à son équilibre.

En l'espèce, la Cour de cassation appuie le raisonnement des juges du fond qui ont fixé la résidence de l'enfant chez son père, avec droit de visite et d'hébergement pour la mère² et condamnation de celle-ci au paiement d'une pension mensuelle de 50 euros à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant³. En effet, les

juges se sont prononcés au regard des débats et des résultats d'une enquête sociale diligentée à cet effet, et ont en particulier relevé « la stabilité de la situation du père, l'équilibre actuel de l'enfant auprès de celui-ci et la nécessité de ne pas modifier une nouvelle fois ses conditions de vie ». Le père, dans le cadre de la procédure, n'avait par exemple pas pu connaître l'adresse de l'ex-épouse habitant avec l'enfant, saisissant par défaut le juge aux affaires familiales du lieu de la dernière adresse connue, à savoir celle du domicile commun⁴. Dans une espèce comparable, la Cour de cassation a pu casser un arrêt retenant « la résidence

¹ Qui est en principe exercée en commun, art. 372 du C. civ. ; ce malgré la séparation des parents, art. 373-2.

² Ce droit ne peut être refusé que pour des « motifs graves », art. 373-2-1.

³ Art. 373-2-2.

⁴ Ce qui fait obstacle à l'exception d'incompétence du juge aux affaires familiales saisi, V. art. 1070 et 1179 du Code de procédure civile.

habituelle des enfants chez leur mère [...], sans rechercher si le comportement de la mère, partie à l'insu de son mari et sans laisser d'adresse, ne traduisait pas son refus de respecter le droit des enfants à

entretenir des relations régulières avec leur père »¹.

¹ Civ. 1^{ère}, 4 juill. 2006 ; *Bull. civ. I*, n° 339 ; *D.* 2007. Pan. 1466, obs. Granet-Lambrechts ; *Dr. fam.* 2006, n° 188, note Murat ; *RJPF* 2006-11/42, obs. Eudier ; *LPA* 5 déc. 2006, note Massip ; *RTD civ.* 2006. 751, obs. Hauser.

2 – Contribution des parents à l'entretien de l'enfant

Au terme de l'article 371-2 du Code civil, « chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants », étant entendu que cette contribution est fixée en fonction des ressources des deux parents ainsi que des besoins de l'enfant.

Les juges du fond, en application de cette disposition, ne peuvent donc se déterminer au vu des revenus et charges des deux parents, sans prendre en considération les besoins de l'enfant

(Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2008, 07-14.275, F-D²).

Lorsque la pension alimentaire est supprimée ou modifiée, le juge peut fixer le point de départ du changement à compter de l'événement qui justifie le changement, ce qui ne constitue pas une obligation, le juge pouvant par exemple prendre comme point de départ le prononcé de l'arrêt d'appel **(Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2008, 07-11.779, F-D)**.

² Sur cette obligation, V. Civ. 1^{ère}, 22 mars 2005, *D.* 2005, IR, 1112.

B – Autorité parentale relativement aux biens de l'enfant : Civ. 1^{ère}, 9 janvier 2008, 05-21.000, FS-P+B

L'absence de droit de jouissance légale sur les gains et salaires de l'enfant mineur n'interdisant pas aux administrateurs légaux d'affecter tout ou partie de ces revenus à son entretien et à son éducation, seul l'excédent devant revenir au mineur, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir rejeté la demande de l'enfant tendant au remboursement par sa mère d'une somme correspondant à divers prélèvements, selon lui abusifs, effectués sur son compte bancaire, tant durant sa minorité qu'après sa majorité.

Si la mère échappe ainsi au remboursement de ces prélèvements, il n'en est pas de même du banquier de l'enfant, à l'égard de qui la Cour de cassation rappelle qu'il ne peut exécuter un ordre de paiement émis par une personne qui n'a pas qualité pour représenter le titulaire du compte, l'administration légale des biens de l'enfant mineur par ses parents cessant de plein droit à sa majorité.

Viole donc les articles 371-1, 382, 383, 488 et 1147 du Code civil la Cour d'appel qui, pour juger que la banque

n'avait commis aucune faute, retient que le compte avait été ouvert par la mère en qualité de représentante légale de son fils alors mineur, que les prélèvements satisfaisaient aux nécessités de l'entretien de l'enfant, que celui-ci n'avait manifesté aucun désaccord et qu'il n'existait aucune

clause interdisant de faire fonctionner le compte par le représentant légal à partir de la majorité ; de sorte que le remboursement des prélèvements effectués par la mère après la majorité de l'enfant incombera, de façon logique eu égard à sa faute, à la banque.

Benjamin MULLER

§ 2 – Le couple

I – Mariage

A – Régime primaire

Dans un arrêt du 9 janvier 2008 (Civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008, n° 06-21.095, F-D), la Cour de cassation rappelle que l'article 220 alinéa 1^{er} du Code civil (énonçant que les dettes contractées par un époux et ayant pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants obligent l'autre solidairement) ne s'applique pas à une dette de dommages-intérêts visant à réparer le préjudice résultant d'un détournement de fonds commis par le mari. Les juges du fond avaient pourtant retenu l'application de la solidarité de plein droit car les fonds avaient été employés dans le cadre de diverses dépenses familiales (acquisition d'un garage, achat d'un véhicule pour l'épouse, financement des vacances familiales, constitution d'un porte-feuille de titres...).

Quant à l'article 220-1 alinéa 3, qui confère au juge, lorsque des « violences exercées par l'un des époux mettent en danger son conjoint, un ou plusieurs enfants », le pouvoir de statuer sur la

résidence séparée¹, le logement familial étant alors en principe attribué à l'époux qui n'est pas l'auteur des violences, la Cour de cassation vient préciser qu'il ne s'applique pas lorsque l'épouse se trouve « en état de choc à la suite d'une explication entre les conjoints mettant en cause leur séparation », ce qui ne caractérise pas l'existence de violences exercées par le mari et mettant en danger son épouse (Civ. 1^{ère}, 6 février 2008, 07-10.622, FS-P+B).

L'interprétation peut être approuvée, car si le texte concerne aussi bien des violences physiques que psychologiques, la gravité et la rapidité des mesures prises doivent être proportionnées à la situation, et n'intervenir qu'en cas de réelles

¹ Ainsi que sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution aux charges du mariage, les mesures prises devenant caduques si, à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de leur prononcé, aucune requête en divorce ou en séparation de corps n'a été déposée. Cette disposition législative est communément appelée le « référé-violences ».

violences, le problème se posant alors étant celui de la preuve¹. Néanmoins, de manière plus générale, l'interprétation

¹ V. F. Chénéde, *AJ Famille* 2008, p. 168 ; sur le référé-violences, V. par ex. M. Laloubère, *Les mesures urgentes*, *AJ Famille* 2005, p. 8.

de l'article 220-1 alinéa 3 donnée par les juges semble relativement restrictive².

² V. V. Larribau-Terneyre, *Dr. fam.* n° 3, Mars 2008, comm. 39, et les références citées.

B – Contrat de mariage et avantages matrimoniaux

1 – Composition et administration de la communauté

• Pour déterminer la nature propre ou commune d'un bien acquis en partie par un époux et en partie par la communauté, les intérêts de l'emprunt souscrit pour son financement partiel et payés par la communauté ne peuvent être pris en compte : Civ. 1^{ère}, 5 mars 2008, 07-12.392, FS-P+B.

Lorsqu'un bien est acquis pendant la communauté à l'aide de deniers communs et de deniers propres, quels éléments doivent être pris en compte pour déterminer la nature de ce bien ? En particulier, faut-il prendre en compte les intérêts de l'emprunt souscrit pour le financement partiel de cette acquisition et payés par la communauté ?

Dans un arrêt rendu le 5 mars 2008, les juges du fond avaient retenu que de tels intérêts ne pouvaient être pris en compte dans le calcul de la part payée par la communauté, n'étant qu'une « charge de jouissance » supportée par celle-ci. Leur solution, basée sur l'actuel article 1436 du Code civil, est celle retenue par la Cour de cassation, qui opère cependant une substitution de motifs et fait application de l'ancien article 1434 alinéa 3, dans sa rédaction antérieure à la loi du 23 décembre 1985, l'immeuble ayant été acquis le 24 novembre 1980. Les intérêts de l'emprunt souscrit pour le financement partiel de l'acquisition sont donc « une charge de jouissance supportée par la

communauté », et ne peuvent alimenter la part de la communauté pour faire éventuellement tomber le bien dans le lot commun.

La question se pose de savoir si l'actuel article 1436, qui vise « le prix et les frais de l'acquisition » pour calculer les contributions réciproques, entraînerait la même solution, étant précisé que l'ancien article 1434 alinéa 3 ne parlait que du « prix du bien acquis ». Les « frais » ajoutés en 1985 recouvrent-ils les intérêts de l'emprunt souscrit ?

La Cour de cassation semble apporter ici une réponse négative, et donner une solution uniforme pour les deux rédactions. Elle se réfère en effet à l'ancien article 1434 alinéa 3 mais énonce que la contribution de la communauté « ne comprend que les sommes ayant servi à régler partie du prix et des frais de l'acquisition », c'est-à-dire emploie les termes de l'actuel article 1436 dans l'application de l'ancien article 1434 alinéa 3.

Les intérêts de l'emprunt souscrit pour le financement partiel de l'acquisition ne sont donc qu'une « charge de jouissance supportée par la communauté », corollaire des fruits de propres qui tombe dans son lot¹, et ne

¹ Civ. 1^{ère}, 31 mars 1992 : *Bull. civ.* I, n° 96 ;

peuvent être pris en compte dans la détermination des contributions réciproques, préalable à la qualification du bien.

GAJC, 11^{ème} éd., n° 91 ; *JCP* 1993. II. 22003, note Pillebout ; *ibid.* 22041, note Tisserand ; *Defrénois* 1992. 1121, note Champenois ; *RTD civ.* 1993. 401, obs. Lucet et Vareille.

2 – Dissolution de la communauté

a) Attribution préférentielle

• Attribution préférentielle – effets : Civ. 1^{ère}, 5 mars 2008, 07-14.729, F-P+B

L'attribution préférentielle d'un bien n'en confère pas à celui qui en bénéficie la propriété. Cette attribution privative ne peut intervenir qu'au terme du partage. Jusqu'au partage, les biens

sont donc maintenus dans l'indivision post-communautaire, et c'est à celle-ci qu'il revient de payer l'assurance habitation, tendant à la conservation de l'immeuble.

• Indemnité d'occupation due jusqu'à l'attribution préférentielle : Civ. 1^{ère}, 23 janv. 2008, 06-17.040, FS-D

Jusqu'à l'attribution préférentielle ordonnée par jugement, l'époux qui occupe le logement est redevable à l'indivision post-communautaire d'une indemnité d'occupation. Mais quelle est la période à prendre en compte pour l'obtention de cette indemnité ?

Les juges du fond, dans un arrêt du 23 janvier 2008, avaient décidé que l'indemnité d'occupation courait à l'expiration du délai de pourvoi contre l'arrêt ayant prononcé le divorce, jusqu'au jour de l'attribution préférentielle. L'explication était simple : c'est seulement à partir de l'arrêt de divorce devenu définitif que les parties ne sont plus époux, et que l'article 815-10 (dans sa rédaction

antérieure à la loi du 23 juin 2006 : « les fruits et revenus des biens indivis accroissent à l'indivision, à défaut de partage provisionnel ou de tout autre accord établissant la jouissance divise ») a vocation à s'appliquer, l'indemnité d'occupation étant alors due à l'indivision post-communautaire.

La Cour de cassation sanctionne cependant cette position, en faisant application de l'article 262-1 (dans son ancienne rédaction également), qui énonce que « le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre époux, en ce qui concerne leurs biens, dès la date de l'assignation » (alinéa 1^{er}), le délai pour introduire une telle demande d'indemnité étant de cinq

années à compter de la date à laquelle la décision de divorce était passée en force

de chose jugée (en référence à l'article 815-10 alinéa 2).

b) Action en rescision pour lésion dans le partage transactionnel

• **Précisions quant à la mise en œuvre de l'action : Civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008, 06-16.454, FS-P+B**

Après leur divorce, et afin de régler les conséquences du partage de la communauté de biens ayant existé entre eux, les époux se tournent parfois vers la transaction. Ce partage de la communauté, régi par les règles établies au titre « Des successions » (article 1476 du Code civil), peut voir l'acte le constatant être rescindé pour cause de lésion de plus du quart¹.

En l'espèce, une transaction est conclue devant notaire, et constatée par le jugement définitif d'un tribunal. L'accord porte notamment sur un immeuble estimé à 1 200 000 francs par expertise et attribué à l'ex-époux, qui le revend cependant, trois ans plus tard, au prix de 2 800 000 francs. L'ex-épouse l'assigne alors en rescision pour lésion.

Afin de rejeter cette action, les juges du fond retiennent que la transaction (comprenant une renonciation à tout recours) portant justement sur la contestation des époux quant à la valeur du patrimoine, et étant destinée à y mettre fin, devait être déclarée valable.

Le Cour de cassation, au visa des textes cités, rappelle cependant que même si elle comporte des concessions réciproques entre les parties et constitue une transaction, une telle convention est sujette à l'action en rescision pour

lésion (l'article 888 alinéa 1^{er} dispose en effet clairement que « l'action en rescision est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange et de transaction, ou de toute autre manière »).

Mais l'action de l'ex-épouse pouvait-elle se heurter à l'alinéa 2 de l'ancien article 888, disposant que « après le partage, ou l'acte qui en tient lieu, l'action en rescision n'est plus admissible contre la transaction faite sur les difficultés réelles que présentait le premier acte » ? C'est ainsi qu'en ont décidé les juges du fond, en déclarant l'action irrecevable au motif qu'une contestation était déjà née lorsque est intervenue la transaction. Mais le raisonnement ne pouvait prospérer, car l'article 888 entend plusieurs étapes : un acte de partage établi en premier lieu, puis des difficultés, présentées par ce premier acte, et réglées par une transaction. En l'espèce, c'est un seul et même acte qui entraînait le partage et la renonciation à toute action. Aucun acte de partage n'existant antérieurement à cette transaction, l'article ne pouvait trouver application.

La Cour d'appel retenait enfin que la transaction ayant été entérinée par un jugement définitif, rappelant le caractère définitif et transactionnel de

¹ Articles 887 et 888, dans leur rédaction antérieure à la loi du 23 juin 2006.

l'acte, l'action était irrecevable. La Haute juridiction, au visa de l'article 1338 du Code civil, énonce qu'un tel acte n'est valable « que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée ». Elle souligne que tel n'était pas le cas ici, les

juges ayant statué en constatant le règlement amiable des parties quant à la liquidation de leur communauté de biens¹.

¹ Outre les exigences posées par l'article, la jurisprudence énonce que la confirmation d'un acte lésionnaire exige notamment la connaissance du vice affectant l'obligation, Civ. 1^{ère}, 11 févr. 1981 : *Bull. civ. I*, n° 53.

c) Créance personnelle

• **Indemnité de licenciement née après la dissolution de la communauté : Civ. 1^{ère}, 5 mars 2008, 07-14.729, F-P+B**

S'il est établi que l'indemnité compensant la perte de revenus profitant à la communauté est un bien commun², à la différence de celle résultant d'un dommage corporel ou moral, qui reste propre³, la même indemnité, née après la dissolution de la communauté, n'entre pas en

communauté et constitue donc une créance personnelle.

Ainsi, l'indemnité versée à l'ex-époux à la suite de la révocation de ses fonctions, née plus de deux ans après la dissolution de la communauté, ne peut constituer un bien commun⁴.

² V. not. Civ. 1^{ère}, 23 oct. 1990 : *Bull. civ. I*, n° 218 ; Civ. 1^{ère}, 5 avr. 2005 : *Bull. civ. I*, n° 164 ; Civ. 1^{ère}, 31 mars 1992, *Bull. civ. I*, n° 95 ; Civ. 1^{ère}, 5 nov. 1991 : *Bull. civ. I*, n° 292.

³ Article 1404 du Code civil.

⁴ Dans le même sens, pour une lettre de licenciement notifiée après la date de prise d'effet entre les époux du jugement de divorce, Aix-en-Provence, 11 janv. 2005 : *JCP* 2005. I. 163, n° 9, obs. Simler.

d) Recel

Dans un arrêt du 9 janvier 2008 (joignant deux pourvois, eu égard à leur connexité : **Civ. 1^{ère}, 9 janvier 2008, 05-15.491, F-P+B et 05-16.313, F-P+B**), la Cour de cassation apporte d'intéressants éléments à la définition du recel en matière de communauté. C'est l'article 1477 du Code civil qui, sur le recel, dispose que « celui des époux qui aurait diverti ou recelé quelques effets de la communauté, est privé de sa portion dans lesdits effets. De même, celui qui aurait dissimulé sciemment l'existence d'une dette

commune doit l'assumer définitivement ». Le recel, pour être retenu, exige la démonstration d'un élément matériel et d'un élément intentionnel.

Dans les espèces présentées, la Cour de cassation confirme sa jurisprudence sur le recel, en énonçant ce qu'il n'est pas et ce qu'il est.

Ce que le recel n'est pas. L'article 1477, sanctionnant le recel, parle d'une infraction visant les « effets de la communauté ». Il était ici question du détournement par un époux, allégué par

l'autre, de sommes provenant de l'occupation par un tiers du domicile conjugal. Mais la Cour de cassation, par une substitution de motifs, relève justement que le divorce ayant été prononcé, le logement en question ne dépendait plus de la communauté mais de l'indivision post-communautaire. Dès lors, les fruits et revenus d'un tel immeuble, perçus par un époux après la dissolution de la communauté, ne peuvent être vus comme des effets de communauté au sens de l'article 1477. Par conséquent, l'ex-épouse accusée ne pouvait avoir commis le recel allégué¹.

On peut également relever que l'article 1477, applicable au régime de la communauté légale, ne peut concerner le régime de la séparation de biens, puisque les biens acquis ne sont pas des « effets de la communauté ». C'est ainsi que la Cour de cassation souligne que de tels biens, « acquis indivisément par des époux mariés sous le régime de la séparation de biens », ne peuvent relever de l'article 1477 (**Civ. 1^{ère}, 19 mars 2008, 06-16.346, F-P+B**).

Ce que le recel est. L'époux avait, au moyen de faux documents, imputé une dette personnelle au passif de la communauté : il prétendait en effet avoir payé une dette commune en vertu d'un acte de cautionnement souscrit

avant l'assignation en divorce, alors que cet engagement était postérieur à la dissolution de la communauté. Y a-t-il alors recel ? Ce n'est pas la position adoptée par les juges du fond, qui retiennent que le recel consiste en une dissimulation d'actifs, ce que n'est pas l'imputation d'une dette au passif de la communauté.

La Cour de cassation sanctionne le raisonnement, en retenant, dans un attendu de principe, que « le recel n'implique pas nécessairement un acte d'appropriation et qu'il peut résulter de tout procédé tendant à frustrer un des époux de sa part de communauté ». En conséquence, l'imputation frauduleuse par l'époux d'une dette personnelle au passif de la communauté, tendant à diminuer, au profit de cet époux, l'actif commun partageable, constitue un recel au sens de l'article 1477 (élément matériel du recel), l'intention de son auteur étant de porter atteinte à l'égalité du partage, et ce quels que soient les moyens mis en œuvre (élément intentionnel du recel²).

Il s'agit ici d'une confirmation de sa jurisprudence par la Cour de cassation, qui avait déjà retenu ce principe³, apprécié de manière large l'élément matériel du recel⁴.

¹ En ce sens, V. Civ. 1^{re}, 17 juin 2003, *Bull. civ. I*, n° 142 ; *D.* 2004. Somm. 2343, obs. Brémond ; *RTD civ.* 2003. 537, obs. Vareille ; *AJ fam.* 2003. 351, obs. S. D.-B. ; *Gaz. Pal.* 2004 Somm. 2094, obs. S. Piedelièvre ; *RJPF* 2004-1/22, note Vauvillé ; Fiorina, *Deffrénois* 2004. 543, cités par I. Gallmeister, *D.* 2008, p. 352.

² Civ. 1^{ère}, 7 juill. 1982 : *Bull. civ. I*, n° 25.

³ V. par ex. Civ. 1^{ère}, 14 févr. 1966, *D.* 1966. 474 ; Civ. 1^{ère}, 26 janv. 1994, *Deffrénois* 1994. 899, obs. Champenois ; *RTD civ.* 1996.228, obs. Vareille.

⁴ P. Hilt, *AJ Famille* 2008, p. 127 ; pour un regret concernant le fondement utilisé, V. B. Beignier, *Dr. fam.* n° 2, févr. 2008, comm. 29.

II – Divorce

A – Cas de divorce : divorce pour faute

• **Divorce pour faute : les époux demeurent liés par les devoirs conjugaux malgré l'introduction de la demande en divorce : Civ. 1^{ère}, 5 mars 2008, 07-15.516, F-P+B, et 07-13.790, F-D**

Aux termes de l'article 242 du Code civil, « Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune ». Parmi les conditions exigées se trouve celle selon laquelle la faute doit viser la période du mariage, et ne peut donc être prise en compte si elle est antérieure à sa célébration¹ ou postérieure à sa dissolution.

Mais cette dissolution ne peut s'entendre que de la période postérieure au jugement de divorce passé en force de chose jugée. Au cours de l'instance, les époux demeurent donc liés par les devoirs et obligations du mariage (sous réserve de l'obligation de cohabitation

en cas de séparation des résidences). Ainsi que l'affirme la Cour de cassation, « l'introduction de la demande en divorce ne confère pas aux époux, encore dans les liens du mariage, une immunité faisant perdre leurs effets normaux aux torts invoqués »². Bien que les juges du fond tiennent généralement compte du relâchement du lien conjugal³, cette solution de principe est réaffirmée par la Cour de cassation dans deux arrêts du 5 mars 2008.

Par conséquent, il est possible pour un époux d'invoquer, à l'appui de sa demande en divorce, les griefs postérieurs à l'ordonnance de non-conciliation ou à l'assignation.

² Civ. 2^{ème}, 2 févr. 1977, *Bull. civ.* II, n° 18 ; 12 juin 1987, *D.* 1987, IR, 160.

³ V. F. Terré et D. Fenouillet, *op. cit.*, n° 579, p. 502 ; de même que la Cour de cassation, V. S. David, *AJ Famille* 2008, p. 162.

¹ Sur les nuances apportées par la jurisprudence, V. F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes La famille Les incapacités*, 7^{ème} édition, Dalloz, coll. *Précis*, n° 579, p. 501.

B – Conséquences du divorce

1 – Prestation compensatoire

a) Fixation de la prestation compensatoire

Selon l'article 271 du Code civil, la prestation compensatoire -destinée à compenser la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des époux, article 270- est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible », le juge prenant en compte divers éléments donnés par l'alinéa 2 du même article.

Cette « situation au moment du divorce » s'entend du jour où le juge statue : une cour d'appel ne peut donc simplement adopter la motivation des juges de première instance et se baser sur les « éléments retenus à cette occasion ». Elle doit tenir compte de l'évolution possible de la situation des parties au moment où elle statue, le demandeur pouvant avoir vu ses ressources diminuer en raison de son admission à faire valoir ses droits à la retraite (Civ. 1^{ère}, 5 mars 2008, 07-15.141, F-D¹). La solution valant également pour la contribution due à l'entretien et à l'éducation des enfants.

Les « ressources de l'autre » ne recouvrent quant à elles que les revenus lui bénéficiant, et non les prestations familiales, celles-ci étant destinées à

l'entretien des enfants. Elles ne peuvent donc être prises en compte pour justifier le rejet de la demande de prestation compensatoire (Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2008, 07-14.334, F-D²). La jouissance gratuite du domicile conjugal accordée à l'épouse ne peut non plus être pris en compte dans l'appréciation de la disparité, cet avantage ayant été accordé au titre du devoir de secours pendant la durée de l'instance (et auquel seul le prononcé du divorce met fin) (Cass. civ. 1^{ère}, 23 janvier 2008, rendu sous l'empire de la loi du 12 juillet 1975, 07-10.571, F-D).

Quant au mode de versement de la prestation, le principe est le paiement d'un capital, en une seule fois³, ou dans une limite de huit années, lorsque le débiteur ne dispose pas des ressources nécessaires au moment du divorce⁴. Mais, lorsque le juge décide de ce versement échelonné, il ne doit pas se contenter de donner le montant du capital et la nécessité qu'il soit versé dans un délai de huit ans au maximum, mais doit fixer le montant et la périodicité des versements (Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2008, 07-14.142, F-D).

² Egal. Civ. 1^{ère}, 11 juill. 2006, *Bull. civ. I*, n° 381 ; *Defrénois* 2006, 1771, obs. J. Massip.

³ Sur la nécessité de concentrer les effets du divorce au moment de son prononcé, V. J. Carbonnier, *La question du divorce, Mémoire à consulter* : D. 1975, p. 115 ; Larribau-Termeyre, *La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ?* : *Dr. Famille* 2004, *Etudes* n° 13 et 16.

⁴ Art. 275, principe donné par l'art. 275-1 avant la réforme du 26 mai 2004, appliqué en l'espèce.

¹ Décision rendue au visa des articles 270, 271 et 371-2 du Code civil, dans leur rédaction antérieure à la loi du 26 mai 2004.

Enfin, en ce qui concerne la procédure de demande de prestation compensatoire, l'article 1076-1 énonce que « lorsqu'une des parties n'a demandé que le versement d'une pension alimentaire ou d'une contribution aux charges du mariage, le juge ne peut prononcer le divorce sans avoir invité les parties à s'expliquer sur le versement d'une prestation compensatoire ». Ce principe, rappelé par la Cour de cassation (**Civ. 1^{ère}, 9**

janv. 2008, 07-11.862, F-D¹), signifie *a contrario* que lorsqu'une partie n'a pas demandé le versement d'une pension alimentaire ou d'une contribution aux charges du mariage, le juge peut prononcer le divorce sans avoir invité les parties à s'expliquer sur le versement d'une prestation compensatoire (**Civ. 1^{ère}, 23 janv. 2008, 07-11.323, F-P+B**).

Victor DAUDET

¹ Egal. Civ. 2^{ème}, 19 févr. 1992, *D.* 1992. IR. 109.

b) Révision de la prestation compensatoire

Par exception au principe du versement en capital, le juge peut, « à titre exceptionnel, [...] par décision spécialement motivée, lorsque l'âge ou l'état de santé du créancier ne lui permet pas de subvenir à ses besoins, fixer la prestation compensatoire sous forme de rente viagère » (article 276). La rente peut être révisée, suspendue ou supprimée « en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties », cette révision ne pouvant cependant « avoir pour effet de porter la rente à un montant supérieur à celui fixé initialement par le juge » (article 276-3).

Ce changement important dans les ressources du débiteur de la rente peut venir d'une mise à la retraite anticipée, avec la diminution de revenus que cela emporte. Les juges du fond doivent

alors rechercher si cette diminution de revenus constitue effectivement un changement important, et ne pas se contenter de retenir que cette décision a été prise par le débiteur seul à l'âge de 48 ans pour le débouter de sa demande en révision (**Cass. civ. 1^{ère}, 9 janvier 2008, 06-18.524, F-D²**).

Par ailleurs, lorsque la révision est prononcée, elle doit prendre effet à la date de la demande en révision, et non à compter du prononcé de l'arrêt (**Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2008, 07-11.779, F-D³**).

² V. T. Garé, *RJPF* 2008, n° 4, p. 20.

³ Solution déjà donnée par Civ. 1^{ère}, 19 avr. 2005, *Bull. civ. I*, n° 194 ; *R.* p. 211 ; *D.* 2005, IR. 1249 ; *Defrénois* 2005. 1352, obs. Massip ; *AJ fam.* 2005. 358, obs. S. David ; *RJPF* 2005-7-8/23, note Garé ; *Dr. fam.* 2005, n° 133, note Larribau-Terneyre.

2 – Donations effectuées pendant le mariage

• Les donations faites entre époux pendant le mariage, maintenues de façon expresse dans la convention définitive de divorce homologuée par le juge, deviennent irrévocables (législation antérieure à la loi du 26 mai 2004) : Civ. 1^{ère}, 6 février 2008, 05-18.745, FS-P+B.

Rendu sous l'empire de l'ancienne législation, un arrêt de la Cour de cassation vient préciser le statut des donations de biens à venir effectuées entre époux pendant le mariage (principe de libre révocabilité, ancien article 1096 du Code civil) et maintenues dans la convention homologuée par le juge. En l'espèce, il s'agissait de la donation au dernier vivant de la propriété de l'ensemble des biens des époux. Un divorce sur demande conjointe intervient le 24 août 1987, date à laquelle est également homologuée la convention définitive portant règlement des effets de celui-ci. Dans cette convention est stipulée une clause déclarant « maintenir la pleine et entière application » des donations en question. L'époux regrettant son geste révoque la donation par acte notarié. Après son décès, l'ex-épouse assigne le fils du défunt afin d'obtenir la nullité de l'acte de révocation de donation.

Les juges du fond déboutent la demanderesse, en retenant que les donations consenties avaient conservé leur caractère révocable, faute pour la convention de divorce d'avoir expressément stipulé que leur maintien était irrévocable. Ce faisant, la Cour d'appel ajoute une exigence que la Cour de cassation ne retient pas : au visa des articles 268 (lors d'un divorce sur demande conjointe, les époux décident du sort des donations autrefois consenties) et 279 (« la convention

homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice »), elle décide que « les donations faites entre époux pendant le mariage qui sont maintenues de façon expresse dans la convention définitive de divorce homologuée par le juge [ce qui était ici le cas], deviennent irrévocables »¹ : en cas de maintien tacite des donations, celles-ci demeurent librement révocables ; en cas de maintien exprès, elles deviennent donc irrévocables.

La solution est justifiée, car les donations maintenues peuvent être considérées comme faisant partie de l'équilibre global et négocié de la convention de divorce, l'opération étant indivisible². La solution est par ailleurs conforme à l'actuel article 265 du Code civil, qui énonce que « le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'[...]au décès de l'un des époux et des dispositions à cause de mort, accordé [...] pendant l'union, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis. Cette volonté est constatée par le juge au moment du prononcé du divorce et rend irrévocables l'avantage ou la disposition maintenus ».

¹ Principe déjà énoncé dans deux arrêts du 28 février 2006 : Civ. 1^{re}, 28 févr. 2006, 2 esp., *AJ fam.* 2006. 203, obs. S. David ; *D.* 2006. 1426, concl. J. Sainte-Rose et Pan. 2066, obs. J. Revel.

² S. David, *AJ famille* 2008, p. 120.

§ 3 – Successions et libéralités

I – Successions

A – Rapport de sommes : Civ. 1^{ère}, 20 février 2008, 06-19.977, F-P+B (v. égal. p. 23)

Se fondant sur l'article 1993 du Code civil qui dispose que tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion au mandant, en l'espèce à ses cohéritiers, en justifiant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, la Cour de cassation a rappelé que les juges du fond apprécient souverainement cette preuve qui, si elle n'est pas rapportée, doit conduire au rapport des sommes dont l'emploi n'est pas justifié.

B – Recel successoral

C'est à bon droit que les juges du fond ont retenu que l'élément intentionnel du recel successoral était caractérisé après avoir relevé que, les cohéritières ayant omis de faire état d'importantes libéralités dans la première déclaration de succession et n'ayant révélé celles-ci qu'au fur et à mesure des diligences personnelles accomplies par le cohéritier, elles avaient manifesté leur volonté réitérée de porter préjudice aux droits de leur frère en dissimulant les avantages reçus du vivant de leur mère. (Civ. 1^{ère}, 5 mars 2008, 07-10.539, F-D)

La sanction prévue par l'article 792 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, est inapplicable au conjoint survivant qui prélève des sommes au préjudice de l'indivision post-communautaire, celui-ci étant débiteur des sommes correspondantes envers cette seule indivision, non en sa qualité d'héritier, mais en celle d'indivisaire tenu au rapport de ce qu'il a prélevé dans l'indivision avant le partage. Fait une fausse application de ce texte la cour d'appel qui retient qu'en soldant peu de temps après le décès de son mari la plupart des comptes du couple sans justifier de l'emploi des fonds ainsi prélevés et en n'indiquant pas où ceux-ci se trouvent aujourd'hui, l'épouse avait frauduleusement diverti une partie des avoirs de la succession de son mari dans le but de rompre l'égalité du partage, commettant de la sorte un recel successoral sanctionné par l'article 792 précité. La Cour de cassation fait en effet valoir que seul un recel de communauté, à l'exclusion d'un recel successoral, pouvait être retenu à l'encontre de l'épouse. (Civ. 1^{ère}, 19 mars 2008, 07-10.810, F-P+B).

B – Recel successoral

C'est à bon droit que les juges du fond ont retenu que l'élément intentionnel du recel successoral était caractérisé après avoir relevé que, les cohéritières ayant omis de faire état d'importantes libéralités dans la première déclaration de succession et n'ayant révélé celles-ci qu'au fur et à mesure des diligences personnelles accomplies par le cohéritier, elles avaient manifesté leur volonté réitérée de porter préjudice aux droits de leur frère en dissimulant les avantages reçus du vivant de leur mère. (Civ. 1^{ère}, 5 mars 2008, 07-10.539, F-D)

La sanction prévue par l'article 792 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, est inapplicable au conjoint survivant qui prélève des sommes au préjudice de l'indivision post-communautaire, celui-ci étant débiteur

des sommes correspondantes envers cette seule indivision, non en sa qualité d'héritier, mais en celle d'indivisaire tenu au rapport de ce qu'il a prélevé dans l'indivision avant le partage. Fait une fausse application de ce texte la cour d'appel qui retient qu'en soldant peu de temps après le décès de son mari la plupart des comptes du couple sans justifier de l'emploi des fonds ainsi prélevés et en n'indiquant pas où ceux-ci se trouvent aujourd'hui, l'épouse avait frauduleusement diverti une partie des avoirs de la succession de son mari dans le but de rompre l'égalité du partage, commettant de la sorte un recel successoral sanctionné par l'article 792 précité. La Cour de cassation fait en effet valoir que seul un recel de communauté, à l'exclusion d'un recel successoral, pouvait être retenu à l'encontre de l'épouse. (Civ. 1^{ère}, 19 mars 2008, 07-10.810, F-P+B).

II – Libéralités

A – Révocabilité des donations

• Révocation pour ingratitude : Civ. 1^{ère}, 9 janvier 2008, 06-20.108, F-P+B

La Cour de cassation rappelle qu'aux termes de l'article 955 du Code civil, la révocation d'un acte de donation pour ingratitude ne peut être prononcée que pour des faits commis par le donataire postérieurement à sa

réalisation, sans que les juges du fond aient à rechercher la date à laquelle le donateur avait eu connaissance de l'existence des délits reprochés au donataire.

• **Inopposabilité au créancier** : Civ. 1^{ère}, 6 fév. 2008, 06-20.993, FS-P+B (v. également p. 9)

La Cour de cassation, rappelant que, lorsqu'en fraude des droits de son créancier, un débiteur, époux commun en biens, a passé avec son conjoint un acte portant sur un bien commun qui fait partie du gage du créancier, l'acte

est inopposable à celui-ci en son entier, donne raison aux juges du fond d'avoir déclaré inopposable la donation de biens immobiliers communs consentie par les parents à leur fils en fraude des droits du créancier du mari.

B – Dispositions testamentaires : Civ. 1^{ère}, 9 jan. 2008, 07-10.599, F-P+B

Si l'article 970 du Code civil prévoit comme seule condition de forme du testament olographe qu'il soit intégralement écrit, daté et signé de la main du testateur, les juges ont depuis de nombreuses années reconnu l'invalidité d'un tel testament lorsque le testateur, privé d'une partie de ses capacités mentales, n'avait fait que surligner à l'encre un texte préalablement écrit au crayon à papier par un tiers sans en saisir la portée¹.

Mêmes faits, même solution reprise ici par la Cour de cassation, approuvant les juges du fond d'avoir écarté un testament qui, bien qu'écrit de la main de la testatrice, n'était pas, en raison de l'assistance d'un tiers qui en était le véritable auteur, l'expression de la volonté propre de la signataire, de sorte qu'il était nul en application de l'article 970 du Code civil.

Benjamin MULLER

¹ V. déjà Angers, 7 juill. 1948 : *D.* 1948. 541.

DROIT DES BIENS

Victor DAUDET et Mélanie JAOUŁ

SOMMAIRE

§ 1 – Propriété	59
I – Propriété individuelle	59
A – Titre de propriété.....	59
B – Troubles anormaux de voisinage.....	60
II – Propriété collective	61
A – Indivision	61
B – Copropriété.....	65
§ 2 – Servitudes	70

§ 1 – Propriété

I – Propriété individuelle

A – Titre de propriété

• **La différence dans la mention de la superficie dans l'acte de vente avec celle mentionnée dans la vente précédente empêche tout transfert de propriété : Civ. 3^{ème}, 4 mars 2008, 06-22.174, inédit.**

La troisième chambre civile de la Cour de cassation a, dans cet arrêt, statué sur l'existence d'un titre de propriété.

En l'espèce, M. Y se prévalait d'un titre de propriété sur une parcelle qu'il aurait acquise par acte des 8 et 28 octobre 1969.

Néanmoins la superficie indiquée sur l'acte de 1969 ne correspondait pas à la superficie mentionnée dans le précédent acte datant de 1922.

La Cour d'appel (Fort de France, 7 avril 2006) retient alors « que la chaîne des actes démontre que M. X... n'avait jamais vendu à M. Y... la parcelle AB et qu'en conséquence le titre personnel de ce dernier ne portait pas sur la zone des cinquante pas géométrique ».

Ici, le problème vient du contrat de vente dont se prévaut le requérant. En effet, la vente pour être parfaite suppose que les parties au contrat soient d'accord sur la chose et le prix. La

détermination de la chose est indispensable pour que le transfert de propriété ait lieu. A défaut d'accord sur la chose, les consentements ne peuvent pas se rencontrer et il n'y a pas vente. Or, il semblerait que l'objet de la vente n'ait pas été déterminé de façon correcte.

L'acte de vente des 8 et 28 octobre 1969 entre M. X et M. Y porte mention

d'une superficie différente de celle inscrite sur l'acte de 1922. Ainsi, M. X n'a pas transféré la propriété de la parcelle litigieuse et le requérant n'a aucun titre de propriété sur ladite parcelle.

Mélanie JAOWL

B – Troubles anormaux de voisinage

• **La cour d'appel doit caractériser les éléments susceptibles de constituer un trouble anormal du voisinage : Civ. 2^{ème}, 6 Mars 2008, 06-21.310, inédit.**

La Cour dans sa solution rappelle le principe selon lequel « nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage ». En effet, le propriétaire a le droit de jouir de la manière la plus absolue de sa chose (sauf usage prohibé par la loi ou les règlements) mais il ne doit pas causer un dommage dépassant les inconvénients normaux du voisinage à la propriété d'autrui¹.

Dans cet arrêt, un couple assigne la société qui a acquis un terrain voisin à leur propriété, au motif que la société entraise des déchets créant une nuisance visuelle et que ses camions

causent des nuisances sonores. La Cour d'appel (Colmar, 11 sept. 2006) condamne la société pour trouble anormal du voisinage, invoquant le non respect des exigences réglementaires de nuit (nuisances sonores) et le non respect du POS de la commune en ce qui concerne les déchets.

La Haute juridiction casse cette décision car s'il est vrai que la société n'a pas respecté les réglementations, la Cour n'a pas caractérisé en quoi ces violations constituaient des troubles excédant les inconvénients normaux de voisinage.

¹ Civ. 3^{ème}, 4 févr. 1971, 2^{ème} esp., *Bull. Civ. III*, 1971, n° 78 et 80.

II – Propriété collective

A – Indivision

• **L'attribution préférentielle peut être demandée tant que le partage n'est pas intervenu : Civ. 1^{ère}, 9 janvier 2008, 06-20.167, F-P+B.**

Dans cet arrêt du 9 janvier 2008, la première chambre civile de la Cour de cassation se prononce sur la possibilité conférée à un indivisaire de demander l'attribution préférentielle tant que le partage n'est pas ordonné.

En l'espèce, un immeuble d'habitation était en indivision post-communautaire suite à une procédure de divorce. L'ex-époux étant en liquidation judiciaire, son mandataire liquidateur demande le partage des biens indivis. L'épouse demande alors l'attribution préférentielle du bien en

attendant le partage sur le fondement de l'article 832 du Code civil (dans sa rédaction antérieure à la loi du 23 juin 2006).

La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel (Montpellier, 13 sept. 2005) au motif que l'attribution préférentielle prévue par l'article 832 du Code civil (ancien) peut être demandée tant que le partage n'a pas été ordonné sans qu'il soit nécessaire au requérant de démontrer un intérêt pour celle-ci.

• **L'appel d'une décision fixant le loyer commercial est un acte d'administration soumis à l'accord unanime des indivisaires : Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2008, 05-20.438, FS-P+B.**

L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation a rappelé les règles de pouvoir des indivisaires sur les biens indivis.

Tout indivisaire peut, en vertu de l'article 815-2 du Code civil, accomplir des actes conservatoires sur les biens de l'indivision. Néanmoins la Cour rappelle la définition des actes conservatoires. En effet, la Cour énonce que « les mesures nécessaires à la conservation de la chose que tout indivisaire peut prendre seul s'entendent des actes matériels ou juridiques ayant pour objet de soustraire le bien indivis à un péril imminent sans

compromettre sérieusement les droits des indivisaires ». Or l'appel d'un jugement fixant le loyer d'un bail commercial constitue un acte d'administration nécessitant le consentement de tous les indivisaires. Ainsi, l'indivisaire qui a fait appel de la décision de justice fixant ledit loyer sans obtenir le consentement de tous les indivisaires a compromis les droits de ses co-indivisaires.

La Cour de cassation a donc déclaré irrecevable le pourvoi contre la décision de la Cour d'appel (Chambéry, 6 sept. 2005) qui a déclaré les appels formés irrecevables.

• **Le partage par voie oblique est justifié même si le créancier demandeur va être primé par des créanciers bénéficiant d'un meilleur rang : Civ. 1^{ère}, 6 février 2008, 06-20.267, F-P+B.**

Le partage peut être demandé par voie oblique, par le créancier personnel d'un indivisaire (article 815-17 du Code civil). C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans cet arrêt du 6 février 2008.

En l'espèce, une banque obtient la condamnation de la caution et se voit autorisée à inscrire une hypothèque sur la part indivise des biens immobiliers détenus par celle-ci. La banque

demande le partage des biens indivis par voie oblique et l'obtient par un arrêt de première instance confirmé en appel (Grenoble, 12 sept. 2006).

La Cour rejette le pourvoi au motif que bien que le créancier, demandeur à l'action en partage, puisse être primé par d'autres créanciers disposant d'un privilège de meilleur rang, cela ne le prive pas de son intérêt à agir.

• **« Les bons comptes font les bons amis » : Civ. 1^{ère}, 20 fév. 2008, 06-20.854, F-D.**

« Les bons comptes font les bons amis » pourrait être le titre donné à cet arrêt de la première chambre civile du 20 février 2008. Un couple achète en indivision une maison d'habitation avant de convoler, un an après, en justes noces en adoptant un régime de séparation des biens. Malheureusement, peu de bonheurs durent toujours et ces derniers divorcent au bout de sept ans.

Le jugement de divorce ne se prononçait pas sur l'ouverture des opérations de compte, liquidation et partage de l'immeuble indivis acquis avant le mariage. L'ex-épouse assigne donc son co-indivisaire, en partage de l'immeuble indivis, et en paiement d'une indemnité d'occupation et des revenus provenant de locations.

La Cour d'appel (Pau, 11 sept. 2006) ordonne l'ouverture des opérations de comptes, liquidation et partage de l'immeuble indivis sauf pour la période entre la date du mariage et la prise d'effet du divorce dont le règlement est prévu par le jugement du divorce ayant autorité de chose jugée

mais condamne l'ex-époux à payer une indemnité à l'indivision pour la période courant depuis le divorce jusqu'au partage.

La haute juridiction casse l'arrêt, retenant que l'indivision n'ayant jamais cessé, que les époux ayant opté pour un régime de séparation des biens, l'autorité de chose jugée attachée au divorce ne privait pas l'ex-épouse du droit de provoquer le partage (article 815 du Code civil). En conséquence, le paiement des indemnités d'occupation est aussi dû pour la durée du mariage.

Sur le principe, nous ne pouvons que saluer ce rappel de la règle par la Cour de cassation. Néanmoins, d'un point de vue purement technique, l'opération représente beaucoup d'inconvénients pour bien peu d'avantages. En effet, on peut penser que durant le mariage les deux indivisaires ont occupé ensemble le bien. Ainsi, les deux sont tenus du paiement de l'indemnité pour cette durée. D'un point de vue comptable, leurs indemnités s'annulent. Ce n'est

qu'à compter du divorce voire de la séparation de corps que le bien indivis occupé par un seul indivisaire donnera lieu au paiement d'une indemnité d'occupation.

En outre, l'utilisation de l'immeuble d'habitation indivis pendant le mariage pourrait ne donner lieu à aucune indemnité. En effet, cette mise à disposition comme résidence de la

famille (article 215 alinéa 2 du Code civil) par les indivisaires peut être considérée comme une contribution aux charges du mariage prévue à l'article 214 du Code civil (régime primaire). Dans ce cas, la durée pendant laquelle le bien a servi de résidence familiale ne donnerait pas lieu au paiement d'indemnités d'occupation.

• **Les actions relatives aux biens indivis nécessitent d'attirer tous les indivisaires à la procédure : Civ. 3^{ème}, 18 Mars 2008, 06-20.737, F-D.**

La solution de principe de la Cour de cassation est ici on ne peut plus claire : « Vu l'article 815-3 du Code civil dans sa rédaction applicable en la cause, ensemble l'article L411-35 du Code rural ; Attendu que les actes d'administration et de disposition relatifs aux biens indivis requièrent le consentement de tous les indivisaires ».

En l'espèce, un couple concède un bail rural à un autre couple. Les bailleurs décédés, leurs biens tombent en indivision entre leurs six enfants. Les preneurs à bail sollicitent les indivisaires afin de pouvoir céder leur bail à leur fils. Mais deux des indivisaires refusent. Face à ce refus, le couple assigne les deux indivisaires ayant opposé un refus devant le tribunal paritaire des baux ruraux, afin d'obtenir l'autorisation de céder le bail à leur fils.

Mais l'un des indivisaires, objet de la procédure, soulève l'irrecevabilité de l'action au motif que tous les indivisaires n'avaient pas été attirés à la procédure.

La Cour de cassation, cassant l'arrêt de la Cour d'appel qui déclarait l'action recevable (Amiens, Chambre éco., 22 juin 2006), rappelle que les articles 815-3 du Code civil et L.411-35 du Code rural s'appliquent à la demande du preneur aux fins d'autorisation judiciaire de cession de bail. Ainsi celle-ci est irrecevable si tous les indivisaires n'ont pas été appelés à la procédure.

Cette décision réaffirme que la règle du consentement unanime des indivisaires s'impose aussi bien aux indivisaires eux-mêmes qu'aux tiers à l'indivision.

• **Le maintien dans l'indivision n'est pas subordonné à l'appréciation par le juge des intérêts des demandeurs : Civ. 1^{ère}, 19 Mars 2008, 06-17.805, FS-P+B.**

L'article 815 du Code civil (Article 815 al. 1 anc.) dispose que nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision et que le partage peut toujours être provoqué. Mais selon l'article 815 alinéa 3 du Code civil,

dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, « si des indivisaires entendent demeurer dans l'indivision, le tribunal peut, à la demande de l'un ou de plusieurs d'entre eux, en fonction des intérêts en

présence, attribuer sa part en argent à celui qui a demandé le partage, si l'attribution en nature ne peut être commodément effectuée, ou si le demandeur en exprime la préférence. À défaut de somme suffisante dans l'indivision, le complément est versé par ceux des indivisaires qui ont concouru à la demande, sans préjudice de la possibilité pour les autres indivisaires d'y participer s'ils en expriment la volonté. La part de chacun dans l'indivision est alors augmentée en proportion de son versement » (Depuis l'entrée en vigueur de la loi 2006-728 du 23 juin 2006, cette disposition est reprise dans l'article 824 du Code civil.). C'est sur l'appréciation de cette disposition que porte cet arrêt de la Cour de cassation.

Or dans l'arrêt soumis à la Cour de cassation, la cour d'appel (Versailles, Civ. 1^{ère}, sect. 1, 11 mai 2006) rejetait la demande du maintien dans l'indivision des indivisaires qui n'avaient pas provoqué le partage au

motif qu'ils ne faisaient pas la démonstration d'un intérêt à leur maintien dans l'indivision permettant de faire échec à la demande de partage.

La Cour énonce que l'application de l'article 815 al. 3 du Code civil (Anc.) n'est pas subordonnée à la justification par les indivisaires, qui souhaitent maintenir entre eux l'indivision en allotissant le demandeur en partage, d'un intérêt à demeurer entre eux dans l'indivision. Ainsi, l'expression « en fonction des intérêts en présence » ne donne pas aux juges du fond le pouvoir d'apprécier lesdits intérêts dès lors que la part de celui qui demande le partage peut lui être attribuée. En effet, on peut se douter que les indivisaires faisant cette demande sont seuls aptes à juger si le fait de demeurer dans l'indivision représente un intérêt. De plus, si l'indivisaire qui demande le partage se voit attribuer sa part, ses intérêts ne sont pas lésés par la poursuite de l'indivision.

• L'indemnité versée au titre des dépenses faites par le gérant doit prendre en compte la plus-value dont l'indivision bénéficie grâce à celles-ci : Civ. 1^{ère}, 19 Mars 2008, 05-15.202, FS-D.

Le pourvoi qui a été soumis à la Haute juridiction concerne la fixation d'une indemnité au profit du gérant de l'indivision.

En effet, la Cour d'appel (Pau, Chambre 2, sect. 2, 13 décembre 2004) a condamné l'indivision à verser au gérant une somme au titre des dépenses effectuées en vue de l'amélioration des biens indivis, constatant la réalité des travaux effectués par lui et « avoir tenu compte de la confusion entretenue par l'intéressé dans l'exécution de sa gérance ». Si la Cour de cassation

rejette le pourvoi sur la fixation d'une indemnité, elle casse l'arrêt d'appel sur la fixation de son montant.

La Cour d'appel, après deux rapports d'expertise fixant une estimation différente des dépenses engagées, a opéré la moyenne de celles-ci pour fixer l'indemnisation.

La Cour de cassation estime que la méthode employée n'est pas compatible avec les articles 1134 et 815-13 du Code civil. Elle relève que l'un des rapports (sans doute celui dont le montant était le plus élevé) avait fixé la

plus-value apportée par le gérant à la propriété indivise, cette plus-value profitant alors à l'indivision.

De la sorte, la méthode d'évaluation retenue par la Cour d'appel a dénaturé ledit rapport d'expertise. Cette appréciation est donc contraire aux articles 1134 et 815-13 du Code civil. L'article 815-13 étant, ici, appliqué au gérant alors qu'il est situé dans une

section intitulée « des droits et obligations des indivisaires ». Cette application au gérant, époux de l'une des indivisaires, est certainement motivée par l'obligation de bonne foi dans l'exécution des conventions prévue à l'article 1134 du Code civil.

Mélanie JAOUŁ

B – Copropriété

• Le droit de jouissance exclusive sur une partie commune n'étant pas un droit de propriété et ne constituant pas la partie privative d'un lot, sa superficie lors de la vente n'a pas à être mentionnée : Civ. 3^{ème}, 16 janvier 2008, 06-15.314, FS-P+B.

Au terme de l'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965, celle-ci « régit tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis dont la propriété est répartie, entre plusieurs personnes, par lots comprenant chacun une partie privative et une quote-part des parties communes ».

Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation le 16 janvier 2008, une vente est réalisée, comprenant des lots de copropriété, dont un lot constitué de la jouissance exclusive d'un jardin, partie commune¹. La superficie de celui-ci se révélant inférieure de plus d'un vingtième à celle exprimée dans l'acte, l'acheteur assigne le vendeur en diminution de prix proportionnelle à la moindre mesure (article 46 alinéa 7 de la loi). Les juges du fond accueillent la demande, en retenant que le lot litigieux figure dans l'énumération des parties privatives faite par le règlement de copropriété, et que l'exception à

l'obligation de mentionner la superficie de certains lots (caves, garages, emplacements de stationnement, lots dont la superficie est inférieure à 8 mètres carrés) n'est pas applicable en l'espèce.

La Cour de cassation censure la position des juges, et énonce « qu'un droit de jouissance exclusive sur un jardin, partie commune, n'est pas un droit de propriété et ne peut constituer la partie privative d'un lot »². L'article 2 de la loi, disposant que « sont privatives les parties des bâtiments et des terrains réservées à l'usage exclusif d'un copropriétaire déterminé », ces parties étant « la propriété exclusive de chaque copropriétaire », ne recouvre pas le droit de jouissance exclusive sur une partie commune, ce que la Cour de cassation avait déjà exprimé dans un arrêt du 6 juin 2007³. Le droit de

² Solution donnée le 6 juin 2007, *Loyers et copr.* 2007, comm. 181 ; V. G. Vigneron, *Loyers et copr.* 2008, comm. 67.

³ Civ. 3^{ème}, 6 juin 2007, *D.* 2007, Chron. C. cass. 2763, obs. Nési, Jur. 2356, note Atias, Pan. 2186,

¹ Notion doctrinale et jurisprudentielle ignorée du législateur, V. Y. Rouquet, *D.* 2008, p. 354.

jouissance exclusive sur une partie commune n'est donc pas un droit de propriété, et, par conséquent, n'entre

obs. Capoulade, AJ. 1871, obs. Forest ; V. égal. Civ. 3^{ème}, 28 oct. 1980, JCP N. 1981. II. 113, note Stemmer.

• **L'action qui tend à faire cesser l'appropriation des parties communes par un copropriétaire est une action réelle qui se prescrit par trente ans : Civ. 3^{ème}, 16 janvier 2008, 06-21.123, FS-D.**

Selon l'article 2262 du Code civil, « toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans ». L'article 42 de la loi du 10 juillet 1965 apporte un délai spécial pour les actions personnelles entre copropriétaires ou entre un copropriétaire et le syndicat : celles-ci se prescrivent par un délai de dix ans (sauf dérogations : délai de deux mois pour les actions en contestation des décisions des assemblées générales, comme pour des travaux ou une nouvelle répartition des charges).

Mais le problème réside parfois dans la qualification de l'action, qui présidera à son délai de prescription : qu'en est-il, par exemple, de la demande en réouverture d'un passage

• **La réduction du prix se calcule en fonction de la valeur des biens exclus et non en référence au prix au mètre carré tel qu'il ressort de la vente : Civ. 3^{ème}, 16 janvier 2008, 06-21.696, FS-P+B+R+I.**

C'est pareillement un problème d'action en diminution du prix proportionnelle à la moindre mesure qui se posait dans une autre espèce. Des époux ayant acquis des lots de copropriété d'une superficie de 270 mètres carrés (calculés par le vendeur), ils assignent le vendeur devant les juridictions de l'ordre civil, ayant fait

pas dans le champ d'application de l'article 46¹.

¹ Pour un autre argument allant dans le sens de la solution, selon lequel seules les superficies des lots clos et couverts doivent être mentionnées, V. Y. Rouquet, préc.

cocher permettant l'accès aux parties communes et la démolition de diverses clôtures empêchant cet accès ?

C'est une qualification personnelle que les juges du fond appliquent, qualification sanctionnée par la Cour de cassation qui retient de manière générale que « l'action qui tend à faire cesser l'appropriation des parties communes par un copropriétaire est une action réelle », ce qui entraîne l'application de la prescription trentenaire, et, en l'espèce, la recevabilité de l'action².

² De même, l'action tendant à la démolition d'un équipement empiétant sur une partie privative d'une copropriété est une action réelle se prescrivant par trente ans, Civ. 3^{ème}, 20 nov. 2002, D. 2002. IR. 3244 ;

établir que la superficie était en fait de 183,3 mètres carrés, après déduction notamment de celle d'un lot en nature de jardin avec piscine.

Un premier argument est rejeté par la Cour de cassation : selon le pourvoi, la vente portait sur la réunion de plusieurs lots privatifs, qui constituaient une unité d'habitation dont la superficie

matérielle devait être prise en compte, ce qui comprenait la superficie des paliers de chaque étage, le propriétaire en ayant l'usage exclusif (17 mètres carrés). La Haute juridiction sanctionne ce raisonnement, en retenant que la réunion factuelle des lots, créant une unité d'habitation, n'exclut pas la chose vendue du régime de la copropriété, les acheteurs n'ayant pas acquis la totalité des lots¹.

Un autre problème se posait, qui concernait le calcul effectué par les juges du fond quant à la réduction du prix : ces derniers ont retenu le prix de vente initial, l'ont multiplié par le nombre réel de mètres carrés à prendre en compte, puis l'ont divisé par le nombre initial de mètres carrés. Ce résultat peut également se retrouver en effectuant une autre opération : on divise le prix de départ par le nombre de mètres carrés (ce qui donne le prix au mètre carré), et on le multiplie par le nombre de mètres carrés véritable.

Ce calcul ne pouvait pas prospérer, puisqu'il consiste, de manière simpliste, à attribuer aux mètres carrés enlevés (visant ici un jardin avec piscine) la

¹ Qui emporte disparition du régime de copropriété, V. Civ. 3^{ème}, 4 juill 2007, 06-11.015.

• **Le juge qui répute une clause du règlement de copropriété relative à la répartition des charges non écrite, doit procéder à leur nouvelle répartition, Civ. 3^{ème}, 30 janvier 2008, 06-19.773, FS-P+B.**

Au sein de la copropriété, les copropriétaires sont tenus de participer aux charges entraînées par les services collectifs, ce qui est notamment le cas du chauffage. Cette participation doit se faire « en fonction de l'utilité que ces services et éléments présentent à l'égard de chaque lot » (article 10 de la

même valeur que les mètres carrés de l'habitation. Dès lors, on ampute au prix initial cette valeur attribuée aux mètres carrés manquants (au sens de l'article 46). La Cour de cassation énonce que « dans le cas d'un prix fixé globalement, la réduction correspondant à la moindre mesure se calcule sur le prix diminué de la valeur des biens et lots exclus du champ d'application de l'article 46 », c'est-à-dire que, logiquement, la valeur à prendre en compte est la valeur réelle du jardin avec piscine, et non une valeur référence constituée par les lots à usage d'habitation vendus, ce qui conduira les magistrats à procéder à un calcul plus précis. La solution aurait pu être différente si le prix n'avait pas été fixé globalement mais en détaillant, pour chaque partie du bien vendu, la valeur à prendre en compte².

² Comp., jugeant qu'en l'absence de ventilation du prix entre trois lots indivisibles, dès lors que la superficie de l'ensemble des lots est inférieure de 1/20e à celle exprimée dans l'acte, la réduction de prix doit être calculée sur la somme globale correspondant à ces trois lots : TGI Charleville-Mézières, 28 mai 2004, *JCP* 2005. II. 10007, obs. Lafond, cité par Y. Rouquet, *D.* 2008, p. 296.

loi du 10 juillet 1965). Toute clause contraire à cette exigence, notamment, peut être réputée non écrite (article 46).

En l'espèce, un syndicat de copropriétaires assigne une société, propriétaire de lots, en paiement d'un arriéré de charges de chauffage collectif. La clause du règlement de

copropriété relative à la répartition de ces charges est fondée sur le double de la surface du lot. Les juges du fond, en application de l'article 43, réputent cette clause non écrite, car la répartition des charges ne répond pas au critère exigé par l'article 10. Ils relèvent par ailleurs que la mention litigieuse était « davantage une sanction du défaut de communication au syndic des éléments nécessaires au calcul de la déperdition calorifique en fonction de laquelle les

dépenses de chauffage sont en principe calculées ».

La Cour de cassation casse cependant l'arrêt de la cour d'appel. En effet, si les juges du fond ont bien caractérisé l'illégalité de la clause, qui provoque la sanction de l'article 43, ils n'ont cependant pas procédé à une nouvelle répartition des charges, qui est pourtant exigée par l'alinéa 2 du même article. La disposition est en effet impérative, et indissociable de l'alinéa 1^{er}.

• La clause du contrat signé entre le syndic et le syndicat des copropriétaires ne peut être opposée au copropriétaire, non partie à la convention : Civ. 3^{ème}, 30 janvier 2008, 07-10.750, FS-P+B.

Afin de vendre son appartement, un copropriétaire sollicite du syndic « l'état daté » en cas de mutation à titre onéreux d'un lot. Le syndic ne s'exécute cependant qu'à la condition que le vendeur s'acquitte des frais et honoraires réclamés. Ce dernier, contraint, ayant procédé au paiement, saisit ensuite la juridiction de proximité en remboursement de la somme.

Le pourvoi appuyait sa demande sur la loi 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national, d'application immédiate. Cette norme a inscrit dans l'article 10-1 b) de la loi du 10 juillet 1965 que « les honoraires du syndic afférents aux prestations qu'il doit effectuer pour l'établissement de l'état daté à l'occasion de la mutation à titre onéreux d'un lot ou d'une fraction de lot » sont « imputables au seul copropriétaire concerné » (alinéa 1^{er}).

La juridiction de proximité ayant statué le 3 octobre 2006, le principe aurait dû trouver application. La Cour de

cassation ne statue cependant que sur le second argument développé, la loi étant postérieure à l'engagement de la procédure¹.

En effet, le syndic réclamait également des sommes relatives à sa rémunération, et ce en vertu d'un contrat établi entre le syndic et le syndicat des copropriétaires. Or, et comme le souligne l'article 1165 du Code civil, le principe de l'effet relatif des conventions s'oppose à ce que la clause d'un contrat puisse être opposée à un non-signataire. Le vendeur, simple copropriétaire, duquel se distingue la personne morale représentée par le syndicat des copropriétaires, ne pouvait donc se voir opposer la clause d'un contrat auquel il n'était pas partie². Les

¹ G. Vigneron, *Loyers et copr.* 2008, comm. 93.

² Solution constante : Civ. 3^{ème}, 24 mai 1989, *Bull. civ.* III, n° 117 ; 11 oct. 2005, *AJDI* 2006, 285, obs. Capoulade ; Civ. 1^{ère}, 1^{er} févr. 2005, *D.* 2005. AJ. 565, obs. Avena-Robardet, et Pan. 2836, obs. Amrani Mekki et Fauvarque-Cosson ;

prétentions du syndic sont donc

rejetées¹.

AJDI 2005. 742, obs. P. Capoulade ; cités par G. Forest, *D.* 2008, p. 548.

¹ Solution trop générale pour G. Forest, préc., en raison du nouvel article 10-1 issu de la loi du 13 juillet 2006, et conférant une cause partielle au paiement.

• La désignation par vote unique du président de séance et des membres du bureau constitue une « décision » au sens de l'article 42 de la loi du 10 juillet 1965 : Civ. 3^{ème}, 13 février 2008, 07-12.988, FS-D.

Selon l'article 42, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965, les actions qui ont pour objet de contester les décisions des assemblées générales doivent, à peine de déchéance, être introduites par les copropriétaires opposants ou défaillants, dans un délai de deux mois à compter de la notification desdites décisions qui leur est faite à la diligence du syndic dans un délai de deux mois à compter de la tenue de l'assemblée générale.

Mais, pour pouvoir contester, le copropriétaire doit avoir été défaillant au moment du vote, ou s'être opposé à celui-ci. Dans un arrêt du 10 novembre 2006, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait décidé qu'un copropriétaire, pourtant présent lors de la décision de l'assemblée générale, votée

à l'unanimité, pouvait la contester, car celle-ci avait violé une formalité substantielle, à savoir l'élection du président de séance et des membres du bureau par un vote unique, contrairement aux dispositions des articles 15 et 17 du décret du 17 mars 1967. Ces dispositions étant d'ordre public, la nullité de l'assemblée générale devait être prononcée.

La Cour de cassation casse cependant cet arrêt, en retenant que la désignation par vote unique du président et des membres du bureau constituait une décision au sens de l'article 42, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965. Par conséquent, le copropriétaire, présent au moment du vote, et ne s'étant pas opposé lors de celui-ci, n'a pas qualité pour agir.

§ 2 – Servitudes

• **L'acquéreur d'une parcelle enclavée ne peut se voir opposer la renonciation de l'auteur de la division au bénéfice de la servitude légale de passage conventionnellement aménagée : Civ. 3^{ème}, 23 janvier 2008, 06-20.544, FS-P+B.**

Un arrêt de la 3^{ème} Chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 23 janvier 2008, est l'occasion de rappeler quelques points en matière de servitude de passage. Visant les articles 682 et 684 du Code civil, la Cour cite le principe législatif du droit de passage, « la plus naturelle et la plus étrange des servitudes »¹ : « Le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue ou qu'une issue insuffisante [...] est fondé à réclamer sur les fonds de ses voisins un passage suffisant pour assurer la desserte complète de ses fonds », la contrepartie à cette atteinte à la propriété d'autrui résidant dans le versement d'une « indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner ». Vient ensuite le cas particulier de l'article 684 : « Si l'enclave résulte de la division d'un fonds par suite d'une vente, d'un échange, d'un partage ou de tout autre contrat, le passage ne peut être demandé que sur les terrains qui ont fait l'objet de ces actes », un second alinéa traduisant le retour au principe : « Toutefois, dans le cas où un passage suffisant ne pourrait être établi sur les fonds divisés, l'article 682 serait applicable ».

Qu'advient-il, cependant, lorsque le vendeur de la parcelle a préalablement renoncé à la servitude légale de

passage, ici conventionnellement aménagée ? Les juges du fond avaient retenu que ce renoncement volontaire de l'auteur de la vente, duquel résulte l'état d'enclave, se transmettait en quelque sorte aux acheteurs, ceux-ci ne pouvant réclamer un droit de passage sur les propriétés des voisins².

La Cour de cassation vient censurer cette position et rappelle que « l'acquéreur d'une parcelle enclavée ne peut se voir opposer la renonciation de l'auteur de la division au bénéfice de la servitude légale de passage conventionnellement aménagée »³. On peut relever que la Cour d'appel se référerait ici à la servitude conventionnelle, qui peut faire l'objet d'une renonciation ; la Cour de cassation souligne l'existence de la servitude de passage, à laquelle on ne peut renoncer⁴.

² C'est la solution retenue pour le propriétaire du fonds, lorsque l'état d'enclave résulte de son fait : aucun droit de passage ne peut alors être conféré, sauf accord ; V. par ex. Cass. civ. 3^{ème}, 27 juin 1972, *Bull. civ.* III, n° 421.

³ Les vendeurs sont d'ailleurs tenus d'une obligation de garantie, laquelle implique celle de fournir un accès permettant l'exploitation du fonds, et le droit de passage ne donne lieu dans ce cas à aucune indemnité, F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, 6^{ème} édition, Dalloz, coll. *Précis*, n° 306, p. 236.

⁴ V. par ex. Cass. civ. 3^{ème}, 21 juin 1983, *Bull. civ.* III, n° 143 : le défendeur « ne saurait invoquer, pour refuser [au demandeur] l'exercice sur son fonds d'une servitude légale de passage, une renonciation de leur auteur commun au bénéfice de cette servitude ».

¹ S. Schiller, *Droit des biens*, 3^{ème} édition, Dalloz, n° 295, p. 189.

• **Acquisition par prescription d'une servitude de surplomb : Civ. 3^{ème}, 12 mars 2008, 07-10.164, FP-P+B.**

Une servitude (qui doit être une charge pesant sur le fonds servant, établie au profit du fonds dominant et appartenant à un propriétaire différent) peut faire l'objet d'une prescription acquisitive (articles 690 et 691 du Code civil). Il faut cependant que la servitude soit continue et apparente (pour une servitude discontinue comme une servitude de passage, le possesseur peut cependant acquérir par prescription la propriété même du terrain objet de la possession, à condition que des actes indépendants du simple exercice de la servitude aient été accomplis, V. par ex. **Civ. 3^{ème}, 4 mars 2008, 07-12.210, inédit**), que le *corpus* et l'*animus* de la possession soient réunis, et que la possession ne soit entachée d'aucun vice (violence, clandestinité, équivoque ou discontinuité)¹. Le délai de prescription est alors de 30 ans.

Tel est le cas d'une corniche, édiflée depuis plus de trente ans, avec l'immeuble, formant avec lui un « tout sur le plan architectural », présentant un avantage pour l'usage et l'utilité du fonds des demandeurs, « en ce qu'elle faisait partie de l'architecture même de leur immeuble »². Une telle corniche réunit donc les caractères d'une servitude, et sa possession, respectant les conditions exigées, fait acquérir au fonds des demandeurs une servitude de surplomb sur le fonds voisin, par prescription (**Civ. 3^{ème}, 12 mars 2008,**

07-10.164, FP-P+B). Il est alors possible de demander au juge la suspension des travaux envisagés y portant atteinte.

Le problème soulevé par l'arrêt porte sur l'empiètement sur la propriété d'autrui qu'un tel *usucapion* permet³ : la position de la Cour de cassation, conforme à l'esprit du droit français en la matière, rejette toute possibilité d'empiètement sur le fonds voisin⁴, la solution ayant déjà été rendue dans des circonstances similaires (dépassement d'une toiture⁵). Il semblerait cependant que les faits de l'espèce soient indissociables de la solution rendue⁶, même si l'arrêt fait l'objet d'une publication. La Cour de cassation s'appuie en effet sur la motivation des juges du fond, qui précisent que l'immeuble était « de type "chartreuse", ancien et de caractère », formant « un tout sur le plan architectural dans lequel [la corniche] s'intégrait pour être surmontée d'une balustrade en pierre dans laquelle était intégré un fronton ».

³ V. G. Forest, *D.* 2008, p. 919.

⁴ « Une servitude ne peut conférer le droit d'empiéter sur la propriété d'autrui », Civ. 3^{ème}, 27 juin 2001, *Bull. civ.* III, n° 87 ; *RDI* 2002, 141, obs. Bergel ; *JCP* 2002. I. 126, n° 18, obs. Périnet-Marquet ; Civ. 3^{ème}, 12 juin 2003, *D.* 2003. Jur. 2111, note Desgorces ; *AJDI* 2004. 318, note Abram, cités par G. Forest, préc. ; V. égal. Civ. 3^{ème}, 20 mars 2002 : *D.* 2002, somm. comm. 2507, obs. B. Mallet-Bricout, prononçant la démolition de l'ouvrage pour un empiètement de 0,5 centimètre.

⁵ Civ. 3^{ème}, 12 juin 2003, 01-14.371 : *AJDI* 2003, p. 791 ; *D.* 2003, p. 2111.

⁶ G. Forest, préc.

¹ V. F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, 7^{ème} édition, Dalloz, coll. *Précis*, n° 898, p. 773.

² L'utilité exigée peut en effet résider dans le seul agrément, V. Civ. 3^{ème}, 9 juill. 1980, *JCP* 1980. IV. 364.

JURISPRUDENCE

Cette corniche faisait donc « partie de l'architecture même de leur immeuble », et la Cour d'appel en a

« exactement déduit » l'existence d'une servitude acquise par prescription.

Victor DAUDET

SÛRETÉS

Franca LOMBARD

SOMMAIRE

§ 1 – Sûretés personnelles	73
I – Cautionnement	73
A – Vice du consentement de la caution	73
B – Forme du cautionnement	74
C – Information de la caution.....	74
D – Disproportion du cautionnement	76
E – Bénéfice de subrogation	77
F – Cession de créance et cautionnement.....	77
G – Cautionnement et droit des sociétés	78
H – Cautionnement et procédures collectives	79
I – Caution avertie.....	80
II – Garantie autonome	81
§ 2 – Sûretés réelles	81
I – Sûreté réelle consentie pour garantir la dette d’un tiers	81
II – Hypothèque	81
III – Gage	83
IV – Nantissement	84
V – Cession Dailly	85

§ 1 – Sûretés personnelles

I – Cautionnement

A – Vice du consentement de la caution

• **Dol par réticence du créancier : la charge de la preuve de l’information de la caution sur la situation patrimoniale du débiteur incombe à la banque : Civ. 1^{ère}, 14 février 2008, 06-14.072, F-D**

Une banque accorde un prêt à M. Arnau, garanti par le cautionnement de

Mme Lacorte. La caution est décédée lorsque le débiteur se trouve défaillant.

Les consorts Lacorte sont ainsi appelés par la banque et opposent la nullité de l'engagement de caution en raison d'un dol commis par le créancier à l'égard de la caution, qu'il n'aurait pas informée de la situation lourdement obérée du débiteur principal. En effet, le prêt garanti, faussement intitulé « *prêt d'équipement* » aurait en réalité servi à permettre à M. Arnau de satisfaire à un engagement de caution souscrit au profit de la même banque, en garantie d'un crédit accordé à une société¹.

La cour d'appel, tenue d'une demande de nullité du cautionnement pour dol du créancier par réticence d'information, écarte la demande au motif d'une absence de préjudice à

¹ Cf. Com. 26 mai 1992, *Bull. civ.*, IV, n°204.

l'information et aux droits de la caution.

La Cour sanctionne l'arrêt et impose aux juges du fond tenus d'une telle demande, de vérifier si la caution n'avait pas eu connaissance de la situation irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée du débiteur principal, par elle-même ou après en avoir été informée par la banque, avant de conclure à l'absence de préjudice pour la caution. La charge de la preuve de l'information sur la situation patrimoniale du débiteur principal incombe ainsi au créancier, et non pas à la caution. Ceci semble tout à fait logique, dans la mesure où préconiser la solution inverse reviendrait à imposer à la caution la charge de la *probatio diabolica*, la preuve négative, impossible.

B – Forme du cautionnement

• Acte notarié et signature de la caution : Civ. 1^{ère}, 28 Février 2008, 06-19.714, F-D

Lorsque le cautionnement est donné par acte authentique, le défaut de paraphe sur chacune des pages de l'acte notarié versé en photocopie aux débats implique que l'original en soit

dépourvu, puisque le créancier est réputé reconnaître la conformité à l'original de la photocopie de l'acte notarié qu'il a lui-même produite.

C – Information de la caution

• Cautionnement et déchéance du droit à intérêt : Com., 8 janvier 2008, 06-17.430, F-D

En garantie d'un prêt consenti à une EURL, Mme Liauzu s'est portée caution envers la banque, constituant par ailleurs un nantissement de bons de capitalisation.

L'EURL n'honorant plus le paiement des échéances, la banque assigne la caution en exécution de ses engagements. Celle-ci s'oppose au paiement, en avançant la déchéance du droit aux intérêts de la banque

créancière sur le fondement de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier.

Les demandes sont rejetées en appel et Mme Liauzu forme un pourvoi en cassation.

La Cour de cassation casse l'arrêt au visa de l'article L. 313-22 du Code

• Production de la créance pour la déchéance du droit aux intérêts en vertu de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier : Com., 5 février 2008, 07-10.059, F-D

Un dirigeant s'est porté caution de toutes les sommes que sa société pourrait devoir à une banque, dans la limite de 600 000 francs en principal. La société ayant été mise en redressement judiciaire, la banque a appelé la caution en paiement de cette somme.

La banque ayant manqué à son obligation d'information imposée par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, elle se trouvait en conséquence privée de son droit aux intérêts depuis la dernière information.

Bien qu'ayant relevé que la banque ne contestait pas cette déchéance, la cour d'appel rejette la demande de paiement de la banque, au motif que cette dernière ne produisait aucun

monétaire et financier, reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir vérifié si le décompte produit par la banque ne comprenait pas, pour partie, des intérêts au taux contractuel dont la cour avait préalablement prononcé la déchéance.

décompte exact de sa créance depuis l'origine. La seule déclaration de sa créance au passif, même actualisée, n'était pas suffisante, aux dires de la cour d'appel, pour lui permettre de connaître le montant détaillé de la créance et de procéder ainsi à la déchéance du droit aux intérêts sur la période antérieure à la « production ».

La banque forme un pourvoi en cassation auquel la Haute Cour répond favorablement. L'arrêt d'appel est cassé au visa de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier ; la déclaration de créance actualisée faisait apparaître un capital restant dû excédant le plafond de l'engagement en principal de la caution.

• Preuve de l'information requise par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier : Com., 19 février 2008, 05-20.982, F-D

Une banque a consenti à une société un prêt d'un montant de 1 900 000 francs remboursable en dix ans, afin de permettre à cette dernière d'acquérir le fonds de commerce dans lequel elle exerçait son activité, ainsi qu'un prêt-relais d'un montant de 1 800 000 francs à la gérante et principale associée de la

société remboursable au bout de deux ans. La vente du fonds ne s'étant pas réalisée dans les délais prévus, l'assemblée générale de la société a, à l'unanimité des associés, donné tous pouvoirs à la gérante pour emprunter auprès de la banque une somme de 2 000 000 francs, dans le but de

restructurer les fonds propres de la société. La banque consentit donc un nouveau prêt à la société, garanti par le cautionnement solidaire d'un proche de la gérante.

La société ayant été mise en redressement puis liquidation judiciaires, la banque, après avoir déclaré sa créance, a diligencé une procédure de saisie immobilière à l'égard de la caution.

Cette dernière rétorqua par une assignation de la banque tendant à la déchéance des intérêts conventionnels au sens de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier.

Pour rejeter la demande de la caution tendant à la déchéance des

intérêts conventionnels, les juges du fonds ont retenu que la banque avait satisfait à son obligation d'information annuelle par le biais de relevés de situations informatiques ainsi que par un courrier auquel était annexé un décompte détaillé des sommes dues à la date de celui-ci.

La Cour de cassation sanctionne leur décision, au visa de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, les motifs de l'arrêt ne lui permettant ni de vérifier que les informations aient bien été fournies par la banque à la caution jusqu'à l'extinction de la dette garantie, ni de s'assurer que ces informations aient répondu aux prescriptions de l'article.

D – Disproportion du cautionnement

• Disproportion de l'engagement d'une caution non avertie, Com., 19 février 2008, 05-20.982, F-D (cf. arrêt sur l'obligation d'information de la caution)

La caution personne physique avait par ailleurs requis l'octroi de dommages-intérêts pour la réparation de son préjudice résultant de la disproportion de son engagement. La demande de la caution tendant à l'octroi de dommages-intérêts en raison de la disproportion de son engagement fut également rejetée par la cour d'appel. Les juges du fond ont ici considéré qu'au regard de la nature et de

l'importance du fonds de commerce exploité par la société, la disproportion de l'engagement de la caution n'était pas caractérisée. C'est au visa de l'article 1147 du Code civil que la Haute Cour casse l'arrêt, estimant que les motifs retenus par les juges du fond étaient impropres à faire apparaître l'absence de caractère disproportionné de l'engagement d'une caution non avertie.

E – Bénéfice de subrogation

• Charge de la preuve de l'inefficacité du recours subrogatoire. Com., 5 février 2008, 07-10.796, F-D

Après avoir été mise en redressement judiciaire le 13 septembre 2000, une société s'est vue octroyer par deux caisses de garantie des avances de trésorerie, dont le Président de son conseil d'administration s'est porté caution le 10 octobre 2000.

La société fut par la suite mise en liquidation judiciaire et les caisses appelèrent en conséquence la caution en exécution de son engagement. Cette dernière, sur le fondement de l'article 2314 du Code civil, anciennement 2037 du même code, s'opposa au paiement. Les créancières lui auraient fait perdre son recours subrogatoire en renonçant au privilège qu'elles tenaient de l'article L. 621-32 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 (désormais article L. 622-17 du Code de commerce).

Cet article instaure un régime de faveur aux créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture ; ces créances sont payées à leur échéance.

Ainsi, en renonçant à ce privilège, les créancières faisaient perdre à la caution l'efficacité potentielle de son recours subrogatoire. Sa créance (recours personnel) envers la société débitrice se retrouvait au simple rang de créance postérieure non privilégiée ; la caution n'avait donc que peu d'espoir de se voir payée *in fine*.

La cour d'appel condamne le Président du conseil d'administration à payer au motif qu'il appartient à la caution, qui ne saurait être déchargée qu'à concurrence des sommes perdues du fait de l'abandon de la garantie, de démontrer le montant des sommes dont elle pouvait être déchargée.

La caution forme un pourvoi contre cette décision, qui conduit à la cassation de cette dernière. La Haute Cour reproche ainsi à la cour d'appel d'avoir inversé la charge de la preuve.

Il incombe donc au créancier de prouver l'inefficacité du recours subrogatoire rendu impossible par son fait.

F – Cession de créance et cautionnement

• Cession de créance et transfert des accessoires (caution), Com, 5 février 2008, 06-17.029, F-P+B ; dans le même sens : Com, 4 mars 2008, 06-14.827, F-D ; Com., 4 mars 2008, 06-10.734, inédit (v. égal. p. 34)

Une banque qui avait consenti un prêt à la société Segepar, avait fait garantir ce dernier par le cautionnement de M. Pagnier. Après la mise en liquidation judiciaire de la société, la

banque appela la caution en exécution de son engagement. M. Pagnier fut condamné à payer par un arrêt en date du 22 mai 1995. La banque céda par la suite sa créance à l'encontre de la

société Segepar à la société Percier. Cette dernière, après avoir cédé elle-même sa créance à une troisième société, a fait pratiquer une saisie des droits d'associé ou de valeurs mobilières appartenant à M. Pagnier.

La caution demanda la mainlevée de la saisie, qu'elle obtint devant la cour d'appel. La société cessionnaire de la créance forma alors un pourvoi en cassation, reprochant aux juges d'appel d'avoir considéré que la cession de créance intervenue n'avait pas emporté cession de la créance détenue sur la caution, laquelle n'était plus, aux

termes des juges du fond, l'accessoire de la créance cédée, mais résultait d'un titre exécutoire propre, qui aurait dû lui-même faire l'objet d'une cession.

C'est au visa de l'article 1692 du Code civil que la Haute Cour casse l'arrêt d'appel et rappelle que « la cession de créance transfère au cessionnaire les droits et actions appartenant au cédant et attachés à la créance cédée, notamment le titre exécutoire obtenu par le cédant à l'encontre de la caution garantissant le paiement de la créance ».

G – Cautionnement et droit des sociétés

• Caution personne morale et conséquence de sa dissolution, Civ. 3^{ème}, 12 Mars 2008, 07-15.278, FS-P+B

Une société se porte caution envers une autre société. Cette dernière tombe en liquidation judiciaire. Entre temps, la société caution voit toutes ses parts réunies entre les mains d'un seul de ses associés, ce dont il résulte la transmission universelle du patrimoine de la première à ce dernier ; la société ainsi dissoute est alors absorbée par une troisième société.

Dès lors qu'aucune opposition de créancier n'a été formée contre la dissolution d'une société dans le délai de trente jours institué par l'article 1844-5 du Code civil, le pourvoi formé contre la société ainsi dissoute doit être considéré comme formé hors délai et donc irrecevable.

• Cautionnement d'une société civile et contrariété à l'objet social, Civ. 2^{ème}, 13 mars 2008, 06-16.077, inédit

Une société en formation se porte caution envers une banque d'un compte courant ouvert au profit d'une autre société. Cette dernière tombe en liquidation judiciaire et la banque appelle la caution. La cour d'appel condamne la caution à payer. Celle-ci forme alors un pourvoi en cassation, reprochant à l'arrêt de l'avoir

condamnée alors que les actes conclus au nom d'une société civile qui n'entrent pas dans le cadre de son objet social sont nuls, par application de l'article 1849 du Code civil.

La Cour de cassation rejette le moyen, au motif que la cour d'appel avait relevé qu'il existait entre la société caution et la société cautionnée

une communauté d'intérêts de nature à valider le cautionnement, en l'absence

de toute contrariété à l'intérêt social¹.

¹ Déjà en ce sens : Civ, 1^{ère}, 1^{er} février 2000, *D.* 2000, act. jurispr. p.147 ; Com, 3 déc 2003, *BRDA* 2004, n°2, p.3.

• **Cautionnement et pouvoirs de représentation d'une société anonyme : Com., 26 mars 2008, 07-11.941, F-D**

Une société se porte caution, par l'intermédiaire du président de son conseil d'administration, d'un prêt consenti par une banque à une autre société. La caution est appelée. Elle fait alors valoir que les statuts de la société imposaient expressément que le conseil d'administration accorde le cautionnement de la société. La cour d'appel déduit de deux délibérations du conseil d'administration au cours desquelles celui-ci avait donné pouvoir à son président de négocier sa prise de participation financière majoritaire dans l'autre société, et du fait que le cautionnement litigieux était en relation avec cette prise de participation, que le

président avait implicitement reçu, en vertu de ce mandat général, l'autorisation de signer un acte de cautionnement.

L'arrêt est cassé au motif que la cour d'appel avait relevé que les statuts réservaient au seul conseil d'administration le pouvoir d'accorder le cautionnement de la société, ce dont il résultait que ce pouvoir devait nécessairement faire l'objet d'une délégation expresse.

Il appartenait donc à la banque de vérifier que le président du conseil d'administration avait bien le pouvoir de signer l'acte de cautionnement.

H – Cautionnement et procédures collectives

• **Déclaration de créance : Com., 19 février 2008, 06-19.688, F-D**

S'agissant d'une créance pour partie privilégiée, et pour partie chirographaire, l'autorité de la chose jugée attachée à la décision partielle d'admission de la créance pour la partie

« privilégiée », s'oppose à ce que la caution, poursuivie en paiement de la créance chirographaire non vérifiée, puisse invoquer l'irrégularité de la déclaration de créance.

I – Caution avertie

• **Qualité de caution avertie : Com., 8 janvier 2008, 06-13.315, F-D**

Deux époux et la mère du mari ont constitué deux sociétés, qui devaient, par acte authentique en date du 4 mai 1998, faire l'acquisition pour la première d'un fonds de commerce et pour la seconde (SCI) de l'immeuble dans lequel le fonds était exploité. Pour se faire, les deux sociétés ont obtenu d'une banque, devant notaire encore une fois, des prêts garantis notamment par le cautionnement solidaire des trois associés fondateurs.

La banque, informée de la situation critique de la société, a néanmoins par la suite consenti aux sociétés deux nouvelles ouvertures de crédit assorties de nouvelles garanties. Les deux sociétés ont par la suite été mises en liquidation judiciaire.

Les époux ont alors assigné la banque et le notaire en responsabilité.

Leurs demandes sont rejetées en cause d'appel, au motif que « les époux [étant] mieux placés que quiconque pour apprécier l'opportunité et la rentabilité de l'opération, ainsi que leurs propres capacités de remboursement », ils ne pouvaient former d'action en responsabilité à l'encontre de la banque fondée sur un manquement à son obligation de mise en garde au sens de l'article 1147 du Code civil.

La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre cet arrêt, qui, selon elle, n'encourait aucun grief, dès lors que les juges du fond avaient établi qu'il s'agissait de cautions averties. La qualité d'associée d'une SCI pour l'épouse et celle de gérant d'une des SCI bénéficiaires des prêts pour l'époux, suffisaient à caractériser leur qualité de cautions averties.

• **Dirigeant caution et cautionnement omnibus : Com., 8 janvier 2008, 05-13.735, F-P+B**

Le cautionnement garantissant toutes les dettes, y compris les dettes futures d'une société, ne cesse pas avant la révocation expresse de celui-ci par la caution. La banque ne commet

ainsi aucune faute si elle n'avertit pas la caution ex-dirigeante de la conclusion avec la société débitrice d'un nouveau contrat de prêt.

• **Exclusion des procédures de surendettement des particuliers : Civ. 2^{ème}, 13 mars 2008, 06-20.456, F-D**

L'engagement de caution du président-directeur général d'une société constitue une dette née pour les besoins de l'activité professionnelle de la caution, ce dont il résulte l'exclusion

du bénéfice, pour cette dernière, de l'ouverture d'une procédure de surendettement des particuliers au sens de l'article L. 330-1 du Code de la consommation.

II – Garantie autonome

[...]

§ 2 – Sûretés réelles

I – Sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers

- « Cautionnement réel » et engagement personnel : Com., 4 mars 2008, 06-15.366, F-D

Deux personnes physiques se sont portées « cautions solidaires et hypothécaires » d'une EURL envers un établissement de crédit. L'entreprise tombe en redressement judiciaire et l'établissement de crédit appelle les cautions hypothécaires. Le commandement de saisie immobilière est validé en cause d'appel. Les constituants forment alors un pourvoi en cassation.

L'arrêt d'appel est cassé au visa des articles 1134 et 2015 ancien du Code civil. La Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir vérifié si les constituants d'un « cautionnement solidaire et hypothécaire » ne s'étaient pas, en outre, portés cautions personnelles envers le créancier.

II – Hypothèque

- Hypothèque indivise : Civ. 1^{ère}, 6 février 2008, 06-20.267, F-P+B

Une caution personne physique se retrouve condamnée à payer une certaine somme à la banque créancière. Le juge de l'exécution autorise la banque à inscrire une hypothèque provisoire sur des biens immobiliers détenus par la caution et son époux. La banque engage une action oblique aux fins du partage de l'indivision des époux, qu'elle obtient par un jugement confirmé en appel. Les époux forment un pourvoi en cassation, reprochant à l'arrêt d'avoir ainsi statué, alors que le créancier n'avait pas intérêt au partage, dès lors que son inscription venait en

troisième rang, et que la réalisation de l'hypothèque ne lui permettrait pas, même en partie, de couvrir sa créance.

La Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle approuve les juges du fond d'avoir considéré que l'action en partage était justifiée dès lors que la carence du débiteur était caractérisée, ce qui était le cas en l'espèce puisque les différentes mesures tendant au recouvrement de sa créance par le créancier étaient restées infructueuses ; la circonstance que le demandeur à l'action en partage puisse être primé par d'autres créanciers bénéficiant de

privilèges de meilleurs rangs est sans incidence sur la caractérisation de son

intérêt à agir.

• **Opposabilité des exceptions par le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué : Com., 22 janvier 2008, 07-10.221, F-D**

Les conjoints Roehm ont fait inscrire une hypothèque sur un immeuble qu'ils ont vendu à une société, mise ultérieurement en liquidation judiciaire. Ils ont par la suite poursuivi l'exécution forcée immobilière des lots revendus à des tiers. Ces derniers ayant contesté le montant du solde restant dû par la société, une ordonnance du tribunal l'a fixé à une certaine somme tenant compte de l'arrêt du cours des intérêts, en application de l'article L. 621-48 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005.

Les tiers acquéreurs ont obtenu en cause d'appel que le montant de leur

créance tienne compte de l'arrêt du cours des intérêts. Les créanciers ont alors formé un pourvoi en cassation, rejeté par la Haute Cour.

Elle retient à cet égard que le tiers acquéreur d'un immeuble grevé d'une hypothèque, étranger à la dette garantie au paiement de laquelle il n'est pas tenu, ne peut être considéré comme un *coobligé* au sens de L. 621-48 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005. Il profite en conséquence de l'arrêt du cours des intérêts instauré par l'article L. 621-48 du Code de commerce.

• **Hypothèque et procédures collectives : Civ. 3^{ème}, 16 janvier 2008, 07-10.084, FS-P+B**

Une société a fait inscrire une hypothèque judiciaire provisoire sur des biens ultérieurement vendus, en l'absence de toute purge, à M. X, par une société immobilière. A la suite de la liquidation judiciaire de cette dernière, un jugement de première instance a fixé la créance de la première société. Un mois plus tard, le liquidateur a fait savoir par lettre à la société créancière qu'il ferait figurer cette créance pour partie à titre hypothécaire et pour le surplus, à titre chirographaire. Saisi d'une requête en omission par la société créancière, le tribunal ayant statué sur la fixation de la créance, compléta le dispositif de son jugement en procédant à la ventilation

de ladite créance entre créance hypothécaire et créance chirographaire. Suite à cette modification du jugement, la société créancière fit inscrire une hypothèque définitive au lieu et place de l'inscription judiciaire provisoire ; afin d'obtenir paiement de sa créance hypothécaire, elle diligenta une procédure de saisie immobilière à laquelle le liquidateur s'opposa, soulevant l'absence de force jugée du titre lors de l'inscription définitive de l'hypothèque.

Les juges du fond ont accueilli la demande du liquidateur, jugeant irrégulière l'inscription d'hypothèque définitive, dans la mesure où elle avait été publiée avant que le titre du

créancier ne soit passé en force de chose jugée.

La société créancière forma alors un pourvoi en cassation, considérant que le jugement ayant fixé le montant de la créance au passif suffisait à constater les droits du créancier en vue de l'inscription définitive, peu important à cet égard que le montant même de la créance admise à titre chirographaire eût été fixé ou non.

Le pourvoi est cependant rejeté par la Cour de cassation, au motif que le courrier du liquidateur ne témoignait pas d'une volonté claire et non

équivoque d'acquiescer, d'autant que celui-ci avait relevé appel de la décision du tribunal de première instance, sans qu'aucune pièce n'établisse que cet appel avait été limité à la créance chirographaire. La cour d'appel avait pu valablement en déduire que le liquidateur n'avait pas acquiescé au jugement, et qu'en conséquence, l'inscription de l'hypothèque définitive était irrégulière, fautive, à cette date, de décision passée en force de chose jugée pouvant la fonder.

III – Gage

• Gage et procédures collectives : Com., 22 janvier 2008, 06-18.563, F-D

Une société a été mise en redressement judiciaire, sous l'empire des textes relatifs aux entreprises en difficulté, dans leur rédaction antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises en date du 26 juillet 2005 ; un plan de cession a été arrêté. Un créancier de la société cédante a sollicité du juge-commissaire l'attribution de son gage dont l'assiette était constituée par du matériel de la société cédante.

La société cessionnaire s'est opposée à cette demande, considérant que le matériel était devenu sa propriété. Le juge-commissaire, déclarant les demandes du cessionnaire irrecevables, a autorisé l'attribution de son gage au créancier de la société cédante, après avoir ordonné la vérification des créances.

Avant de former appel-nullité des jugements qui avaient rejeté l'opposition formée contre les ordonnances

ayant autorisé l'attribution judiciaire, la société cessionnaire a désintéressé le créancier de manière à éviter l'appréhension du matériel gagé.

La cour d'appel ayant annulé les jugements intervenus, la société cessionnaire a assigné le créancier devant le juge de l'exécution en remboursement des sommes ainsi versées. La société cessionnaire s'est elle-même retrouvée par la suite en redressement, un nouveau plan de cession étant alors adopté.

Le commissaire à l'exécution du plan est volontairement intervenu pour poursuivre l'action exercée avant le jugement d'ouverture. Sa demande est rejetée par les juges du fond, motif pris de ce qu'en sa qualité de commissaire à l'exécution du plan, il n'avait pas qualité pour intervenir, seul le représentant des créanciers ayant

compétence pour poursuivre le recouvrement d'une créance antérieure non comprise dans le plan de cession.

L'arrêt est cassé au visa de l'article L.621-68 alinéa 2 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises.

La Cour rappelle ainsi que « le commissaire à l'exécution du plan trouve, dans les pouvoirs qui lui sont attribués par le texte précité en vue de poursuivre les actions exercées avant le jugement arrêtant le plan, qualité pour défendre l'intérêt collectif des créanciers en engageant une action en

recouvrement d'une créance antérieure au jugement d'ouverture »¹.

Le commissaire à l'exécution du plan est en conséquence compétent pour agir en restitution de la somme versée par la société cessionnaire, la créance étant antérieure à l'ouverture ultérieure du redressement judiciaire de cette même société. Et d'ajouter *in fine* qu'il importe peu à cet égard que ladite créance ne soit pas incluse dans le plan de cession².

¹ Déjà, en ce sens, Com., 20 mai 1997, *Bull. civ.*, IV, n°148.

² Cf. T. Com, Paris, 19 janvier 1993, *D.* 194, *Somm.* 41, obs. Derrida.

IV – Nantissement

• Pacte comissoire prohibé par l'article 2078 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 23 mars 2006 : Com., 8 janvier 2008, 06-17.430, F-D

En garantie d'un prêt consenti à une EURL, Mme Liauzu se porte caution envers la banque, constituant par ailleurs un nantissement de bons de capitalisation.

L'EURL n'honorant plus le paiement des échéances, la banque assigne la caution en exécution de ses engagements. Celle-ci oppose la nullité du nantissement constitué en vertu de l'article 2078 du Code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 23 mars 2006, prohibant la conclusion de pacte comissoire.

Les demandes sont rejetées en appel et Mme Liauzu forme un pourvoi en cassation.

La Cour de cassation casse l'arrêt au visa de l'article L.313-22 du Code

monétaire et financier, mais rejette cependant le moyen tiré de la violation de l'article 2078 du Code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 23 mars 2006. Le pourvoi arguait en effet de ce que la clause par laquelle le créancier nanti bénéficiait d'une délégation de la faculté de rachat, doublée d'une possibilité d'attribution du capital après mise en œuvre du droit de rachat, devait s'analyser en un pacte comissoire prohibé par l'article 2078.

La Cour de cassation rejette le moyen, au motif que cette clause n'est constitutive ni d'appropriation, ni de disposition du gage au sens de l'article 2078 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 23 mars 2006.

V – Cession Dailly

• Cession Dailly à titre de garantie : Com., 22 janvier 2008, 06-19.387, F-D

Une société a cédé à sa banque, à titre de garantie et selon les modalités de la loi du 2 janvier 1981, une créance qu'elle détenait sur une autre société. La société cédée, à qui la banque avait pris le soin de notifier la cession, refusa de payer. La société cédante, mise en demeure de payer par la banque, acquitta une partie de la dette. La banque demanda ultérieurement à ce que sa créance au passif du redressement judiciaire de la société cédante soit fixée au solde restant dû ; la société cédante demanda reconventionnellement la restitution de la somme versée à la banque.

La demande de la société cédante fut accueillie en cause d'appel, motif pris de ce que la cession de créance intervenue devait être considérée comme valable et emporter toutes ses conséquences juridiques dans les

rapports contractuels entre les parties, notamment la libération du cédant. La banque forma alors un pourvoi en cassation.

C'est au visa de l'article L. 313-24 du Code monétaire et financier que la Cour casse l'arrêt : « sauf convention contraire, le signataire de l'acte de cession ou de nantissement est garant solidaire du paiement des créances cédées ou données en nantissement ».

S'il est vrai que le nantissement de créances professionnelles organisé par la loi du 2 janvier 1981 a pour particularité de transférer la propriété des créances à l'établissement de crédit bénéficiaire, faisant dès lors de ce mécanisme une véritable cession, mais seulement à titre de garantie, il ne faut pas oublier que précisément, cette fonction de garantie est assurée par la solidarité du cédant avec le cédé.

• Notification de la cession Dailly : Com., 4 mars 2008, 06-19.725, F-D

La notification prévue à l'article L. 313-28 du Code monétaire et financier n'entraîne, à la charge du débiteur cédé, aucune obligation d'information

au profit du cessionnaire sur l'existence et la valeur des créances cédées.

Franca LOMBARD

PROCÉDURE CIVILE

Emelyne CALIMOUTOU et Marc TOUILLIER

SOMMAIRE

§ 1 – Chronique d’actualité	86
I – Avoué, une profession en voie d’extinction ?	86
II – Les simplifications opérées en procédure civile par la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007	88
A – Du « nouveau Code de procédure civile » au « Code de procédure civile ».....	88
B – La possibilité reconnue aux parties de se faire assister ou représenter en première instance par leur concubin ou partenaire lié par un PACS	90
§ 2 – Chronique de jurisprudence	91
I – Les principes directeurs du procès civil	91
A – Le rôle du juge et des parties dans l’instance : le « recentrage » de la mission du juge	91
1 – La délimitation du rôle respectif des parties et du juge	92
2 – La régulation de l’exercice des voies de recours.....	93
B – Le principe de la contradiction	93
1 – Le respect du principe de la contradiction par le juge.....	94
2 – Le respect du principe de la contradiction par les parties.....	96
II – L’action en justice : les moyens de défense	98
III – Le déroulement du procès civil : les incidents d’instance	100
A – L’extinction de l’instance à titre principal.....	100
B – L’extinction de l’instance à titre accessoire.....	101

§ 1 – Chronique d’actualité

I – Avoué, une profession en voie d’extinction ?

La Commission pour la libération de la croissance française, mise en place à la rentrée 2007 sous la présidence de Jacques Attali, a remis

son rapport le 23 janvier 2008¹. Elle vise à améliorer la productivité de l’économie.

¹ J. Attali (dir.), *Rapport de la mission pour la libéralisation de la croissance française* :

Devant l'urgence de la réforme des professions réglementées, la Commission propose une série de mesures. Elle envisage non seulement la suppression des avoués devenant avocats, mais aussi la suppression des greffiers des tribunaux de commerce en tant que greffes privés remplacés par un service administratif. En outre, elle veut abolir le *numerus clausus* pour les mandataires des procédures collectives, les avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation et enfin les huissiers et les notaires, en ouvrant massivement de nouvelles études.

C'est une réforme profonde des professions judiciaires qui s'engage, et si de nombreuses professions sont touchées, c'est celle des avoués qui, au terme de la décision 213 du projet, tend à connaître un sort des plus funestes puisqu'elle est vouée à être totalement supprimée.

En France, l'on dénombre 444 avoués regroupés en 235 offices. L'avoué, juriste spécialisé, est aujourd'hui l'acteur privilégié en cour d'appel. Il est, par les textes de la République, seul compétent pour représenter les parties devant les cours d'appel et garantir l'égalité des plaideurs devant le second degré de juridiction. Si le monopole des avoués a

été supprimé en 1971¹ devant les tribunaux de grande instance, celui qui prévaut devant la cour d'appel a été sauvegardé pour tous les actes de procédure.

Cette réforme aura un certain impact sur notre procédure civile car la disparition de la profession d'avoué pourra mettre en danger certaines garanties procédurales de notre système judiciaire français. En effet, la représentation obligatoire par un avoué devant la cour d'appel assure à tous les justiciables un procès loyal et une égalité de chances en ce que les avoués sont les garants du respect des règles de procédure, de l'authenticité des moyens présentés et des pièces produites.

Dans une autre mesure, le rapport met cependant en lumière les apports positifs que pourrait avoir leur disparition, car dans la majorité des cas les avoués ne rédigent plus les conclusions devant les cours d'appel. Leurs honoraires sont liés au montant du litige et sont perçus indépendamment de l'issue de la procédure, ce qui crée un surcoût artificiel de l'accès à la justice. Leur suppression est vue par leurs pourfendeurs comme l'avènement d'une justice plus claire, moins coûteuse et plus efficace.

Emelyne CALIMOUTOU

<http://www.liberationdelacroissance.fr/files/rapports/rapportCLCF.pdf>.

¹ Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JO* du 5 janvier 1972, p. 13.

II – Les simplifications opérées en procédure civile par la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007

S'il est une vertu rarement reconnue au législateur, c'est bien sa capacité à faire œuvre de simplification du droit, de surcroît lorsqu'il légifère dans des domaines techniques tels que la procédure civile. L'occasion lui a pourtant été donnée, avec la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit¹, d'opérer en ce sens deux modifications qui méritent d'être commentées, l'une conférant au nouveau Code de procédure civile ses lettres de noblesses (A), l'autre reconnaissant désormais aux parties, devant un large panel de juridictions, la possibilité de se faire assister ou représenter par leur concubin ou par la personne avec laquelle elles ont conclu un pacte civil de solidarité (B).

A – Du « nouveau Code de procédure civile » au « Code de procédure civile »

Le « nouveau Code de procédure civile » n'est plus... Du moins, sous cette dénomination. Ce code, qui a été promulgué par un décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975², était venu réformer l'ancien Code de procédure civile de 1806 en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1807. Il fut officiellement qualifié de « nouveau » car une partie de l'ancien était encore en vigueur. Exemple d'une

codification réussie pour certains³, entreprise insuffisante pour d'autres⁴, le nouveau Code de procédure civile demeure avant tout un véritable défi de codification⁵ initié par les travaux de la commission Foyer et dont l'un des plus éminents inspireurs fut le Professeur Motulsky⁶.

En dépit de son étendue considérable, le nouveau Code de procédure civile n'épuise pas à lui seul la matière éponyme, qui requiert aussi, pour être maîtrisée, la lecture du Code de l'organisation judiciaire pour tout ce qui concerne l'institution, le fonctionnement et la compétence des juridictions⁷ ainsi que certaines

³ S. Guinchard et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 28^e éd., Dalloz, 2006, n° 41. Les auteurs voient dans la rédaction du nouveau Code de procédure civile « l'exemple le plus réussi dans le droit contemporain, de la précision technique jointe à la clarté » (n° 42).

⁴ V. not. R. Martin, « Un autre procès possible ou est-il interdit de rêver ? », *RTD. civ.* 1994, n° 3, p. 557. L'auteur considère que « nous devrions être satisfaits de cette modernité, et pourtant il est permis de rêver d'autre chose ».

⁵ V. G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, P.U.F., 1998, p. 385 et s.

⁶ On songe aux principes directeurs du procès civil qui figurent en ouverture du Code, et qui sont « l'âme des écrits d'Henri Motulsky » (G. Bolard, « Les principes directeurs du procès civil : Le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP* 1993, n° 30, doct. 3693, p. 329).

⁷ Si l'on y ajoute la nécessaire connaissance des procédures d'exécution, on rejoint le domaine plus vaste du « droit judiciaire privé » qui, quoiqu'il exprime exactement les problèmes couverts par l'ensemble de ces matières, n'a pas complètement acquis droit de cité, tant dans la doctrine que dans la pratique (H. Croze, Ch. Morel et O. Fradin, *Procédure civile*, 3^e éd., Litec, 2005, n° 2).

¹ Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, *JO* du 21 décembre 2007, p. 20639.

² Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau Code de procédure civile, *JO* du 9 décembre 1975, p. 12521.

dispositions de l'ancien Code de procédure civile qui demeureraient encore applicables jusqu'à aujourd'hui. C'est d'ailleurs cette dernière situation qui a incité les parlementaires à insérer, lors des discussions portant sur la proposition de loi relative à la simplification du droit, une disposition ayant pour objet d'abroger l'ancien Code de procédure civile, en intégrant dans le Code de l'organisation judiciaire ses rares dispositions encore en vigueur¹.

Depuis les dernières abrogations opérées sur l'ancien Code de procédure civile par l'ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006 réformant la saisie immobilière² et par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités³, ne subsistaient en effet que les articles 505, 506, 510, 513 et 516 dudit code, relatifs à la prise à partie des juges⁴. Le Sénat a donc proposé que les cas où les juges peuvent être pris à partie, tels que décrits aux articles 505 et 506 de l'ancien Code de procédure civile, soient regroupés dans un nouvel article L. 141-3 du Code de l'organisation judiciaire, afin de rendre définitivement obsolète l'ancien Code de procédure

civile. Au demeurant, le nouveau Code de procédure civile s'appliquant depuis déjà plus de trente ans, il apparaissait somme toute assez logique de procéder à un tel « rafraîchissement ».

Renouant avec l'intitulé de son prédécesseur de 1806, c'est désormais sous la seule appellation de « Code de procédure civile » qu'il conviendra de s'intéresser audit code, et ce, en vertu de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit. Celle-ci transpose d'une part, conformément au souhait du Sénat, les dernières dispositions de l'ancien Code de procédure civile dans le Code de l'organisation judiciaire⁵. D'autre part, la loi du 20 décembre 2007 prévoit en son article 26 paragraphe II, que « le code de procédure civile, institué par la loi du 14 avril 1806, est abrogé », avant d'affirmer, dans son paragraphe III, que « le nouveau code de procédure civile, institué par le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, devient le code de procédure civile »⁶.

Cette modification ayant été entérinée, il ne reste plus qu'à souhaiter, en ces temps de logorrhée normative, bon vent au « Code de procédure civile » ainsi simplifié !

¹ B. Saugey, Rapport n° 36, fait au nom de la commission des lois, déposé le 17 octobre 2007.

² Ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006 réformant la saisie immobilière, JO du 22 avril 2006, p. 6072. L'article 22 de l'ordonnance abroge les titres VI, XII, XIII et XIV du livre V de la première partie de l'ancien Code de procédure civile.

³ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JO du 24 juin 2006, p. 9513. L'article 39 de la loi abroge les articles 941 à 1002 (livre II de la première partie) de l'ancien Code de procédure civile.

⁴ Il s'agit d'une procédure particulière de mise en cause de la responsabilité des magistrats.

⁵ La lecture combinée des articles L. 141-2 et L. 141-3 du Code de l'organisation judiciaire rend compte de cette transposition des cas où les juges peuvent être pris à partie.

⁶ Corrélativement, dans toutes les dispositions législatives en vigueur, les mots « nouveau code de procédure civile » sont remplacés par les mots « code de procédure civile ».

B – La possibilité reconnue aux parties de se faire assister ou représenter en première instance par leur concubin ou partenaire lié par un PACS

Contrairement à ce que pourrait laisser entendre la maxime « nul ne plaide par procureur », la représentation et l'assistance en justice sont loin d'être interdites devant les juridictions civiles. Leur mise en œuvre est néanmoins soumise à un encadrement procédural¹ dont le non respect peut être sanctionné. Ainsi, le fait pour une partie de se faire représenter à l'instance par une personne non habilitée par la loi² est constitutif d'une exception de nullité pour vice de fond³ en raison du monopole d'assistance et de représentation *ad litem* dévolu par principe aux avocats⁴ en première instance et aux avoués⁵ en appel.

Si le monopole des avoués paraît à ce jour assuré en appel, il en va différemment de celui dont bénéficient les avocats en première instance. La lettre de l'article 414 du Code de procédure civile rend en effet possible la représentation d'une partie par toute « personne physique ou morale habilitée par la loi », permettant de la sorte d'y inclure des personnes autres que les avocats.

¹ C. pr. civ., art. 411 et s.

² Cette exigence est prévue par l'article 414 du Code de procédure civile.

³ En ce sens, v. Civ. 2^{ème}, 20 juin 1979, *Gaz. Pal.* 1979, p. 561, note Viatte. Civ. 2^{ème}, 9 janv. 1991, *JCP* 1992, II, 21831, note Rusquec ; *RTD* civ. 1991, p. 597, obs. R. Perrot.

⁴ En vertu de l'article 4 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, JO du 5 janvier 1972, p. 13.

⁵ Depuis la loi du 27 ventôse an VIII.

Le Conseil d'État fut amené à rejeter à plusieurs reprises des requêtes visant à contester ce qui pouvait être considéré comme des restrictions illégales au monopole de représentation que confère l'article 4 de la loi du 31 décembre 1971 aux avocats⁶. En revanche, il accueillit par une décision du 6 avril 2001⁷ la requête visant à obtenir l'annulation des articles 22 et 31 du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998⁸ qui étendaient au concubin et aux personnes attachées au service de l'entreprise l'assistance et la représentation devant le tribunal d'instance et le juge de l'exécution. Bien qu'elle ait plus été motivée par des considérations « légalistes »⁹ que par un souci de protection du monopole des avocats, la censure de l'élargissement de la représentation en première instance par le Conseil d'État pouvait paraître injuste vis-à-vis du concubin étant donné que la représentation et l'assistance sont admises au profit du conjoint, des parents ou alliés en ligne

⁶ CE, 12 oct. 1979, *D.* 1979, p. 606, note A. Bénabent. CE 19 mars 1993, *D.* 1993, IR, 105. Sur ce point, v. S. Guinchard et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire, op. cit.*, n° 619.

⁷ CE, 6 avr. 2001, n° 205136, *Ordre des avocats au barreau du Mans, JCP E* 2001, p. 2059, note D. Boulmier.

⁸ Décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile, JO du 30 décembre 1998, p. 19904.

⁹ D. Boulmier, « Les modalités d'assistance et de représentation en justice ont été figées par l'article 4 de la loi du 31 décembre 1971 », note préc., n° 3. Cela s'explique par le fait que l'extension consacrée par les dispositions attaquées était intervenue après la loi du 31 décembre 1971 alors que cette dernière limitait, dans son article 4 alinéa second, le monopole du mandat *ad litem* des avocats aux seules dispositions législatives et réglementaires spéciales en vigueur à la date de sa publication.

directe ou collatérale jusqu'au troisième degré inclus.

Mettant un terme à cette restriction surannée, l'article 2 paragraphe I de la loi du 20 décembre 2007 prévoit désormais que « par dérogation au premier alinéa de l'article 4 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, les parties peuvent se faire assister ou représenter devant le tribunal d'instance, la juridiction de proximité ou en matière prud'homale par leur concubin ou la personne avec laquelle elles ont conclu un pacte civil de solidarité ». Le renouveau du régime de représentation

et d'assistance des parties, dont l'applicabilité est immédiate, prend ainsi acte d'une évolution nécessaire en ce domaine, ne serait-ce que sur un plan financier. « De toute évidence, ces modifications apportées aux modalités de représentation et d'assistance en constituent une réelle adaptation qui va permettre de davantage répondre aux attentes des justiciables français »¹.

Marc TOUILLIER

¹ I. Dehan-Chantrier, « Nouvelles modalités de représentation et d'assistance en justice. À propos de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 », *JCP* 2008, n° 4, aperçu rapide, p. 5.

§ 2 – Chronique de jurisprudence

I – Les principes directeurs du procès civil

A – Le rôle du juge et des parties dans l'instance : le « recentrage » de la mission du juge

En cette période d'intense réflexion sur la nouvelle répartition des contentieux par le groupe de travail instauré par la Garde des Sceaux Rachida Dati et dirigé par le professeur Serge Guinchard, sont évoquées les questions centrales du recentrage de la mission du magistrat, c'est-à-dire « le cœur de la fonction judiciaire : trancher les litiges »². La récente jurisprudence

de la Cour de cassation a été sujette à des questions similaires puisqu'elle s'est intéressée à la fonction du juge dans la délimitation de son rôle par rapport aux parties (1) et dans la maîtrise de son intervention avec la régulation de l'exercice des voies de recours (2).

nouvelle répartition des contentieux », *Procédures* 2008, n° 3, p. 3.

² H. Croze, « Verbatim : mise en place du groupe de travail chargé de réfléchir à une

1 – La délimitation du rôle respectif des parties et du juge

Le 21 décembre dernier (**Cass., Ass. plén., 21 décembre 2007, 06-11.343, P+B+R+I**), une espèce relative à l'achat d'un véhicule d'occasion a relancé le débat sur l'office du juge. Il s'agissait pour le vendeur d'obtenir en première instance une réduction du prix en fondant sa demande sur l'existence d'un vice caché et la garantie contractuelle de trois mois figurant sur le contrat de vente. Son appel débouté, il se pourvoit en cassation en reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir légalement justifié sa décision au regard de l'article 12 du Code de procédure civile, en ne recherchant pas si son action n'était pas fondée sur le manquement du vendeur à son obligation de délivrance d'un véhicule en excellent état général plutôt que sur la garantie des vices cachés de l'article 1641 du Code civil. La question ici était de savoir si la requalification des faits et des actes litigieux invoquées par les parties constitue pour le juge une faculté ou une obligation.

La Cour de cassation réunie en Assemblée Plénière s'est prononcée en faveur de la faculté. Ainsi, le juge n'a pas l'obligation de donner ou de restituer leur exacte qualification aux faits et aux actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions.

La Cour de cassation met ainsi non seulement un point d'orgue à l'âpre débat autour de la question de l'office du juge et consacre une position stricte pour le justiciable qui devra dire

« adieu au juge providence »¹. Elle privilégie en ce sens un rôle actif de la part des deux acteurs privilégiés du procès qui, à terme, pourrait mener à une véritable collaboration du juge avec les parties ou leurs avocats.

En outre, le présent arrêt s'inscrit dans la lignée du décret du 28 décembre 1998 et de l'arrêt plus récent de la 3^e chambre civile du 13 février 2008 (**Civ. 3^{ème}, 13 février 2008, 06-22.093, FS-P+B+I**) qui confirme la solution dégagée par l'Assemblée Plénière le 7 juillet 2006². Ces arrêts ont permis l'examen approfondi du rôle respectif des parties et du juge dans le procès civil et ont abouti à une délimitation stricte de leurs attributions. « Les parties représentées par leurs conseils ont en effet pour mission d'invoquer tous les moyens susceptibles de fonder leurs prétentions »³.

Dès lors, ces solutions mettent en évidence une nouvelle obligation procédurale de concentration des moyens de la demande et aboutiront peut-être à responsabiliser le justiciable, car son manque de diligence à présenter l'ensemble des moyens déterminant le succès dans sa demande ne sera pas pallié par le juge.

Pour autant, peut-on considérer cette règle comme un nouveau principe directeur du procès civil au même titre que le principe du contradictoire ou de l'accès au juge ? Si l'on ne peut encore rien affirmer à ce jour, on peut remarquer que l'obligation procédurale de concentration des moyens émerge

¹ Cass., Ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343, *JCP* 2008, n° 2, II, 10006, comm. L. Weiller.

² Cass., Ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, *D.* 2006, n° 31, p. 2135, obs. L. Weiller ; *JCP* 2006, I, 183, obs. A. Mekki.

³ Cass., Ass. plén., 7 juill. 2006, préc.

des nouveaux impératifs du procès civil : célérité, efficacité¹ et qu'elle favorisera à terme l'amélioration de la qualité de la justice.

2 – La régulation de l'exercice des voies de recours

La Cour de cassation est en quête d'une certaine maîtrise du recours au pourvoi par le justiciable souvent trop procédurier². Son instrument procédural de prédilection à la sélection des pourvois est alors celui de la recevabilité. Ainsi, la Cour a rappelé dans plusieurs arrêts que la recevabilité des pourvois est enfermée dans des règles strictes. La sauvegarde du pourvoi en tant que voie de recours extraordinaire est primordiale pour que

¹ J.-C. Magendie, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, 2004, http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/rapport-magendie.pdf.

² L. Cadiet et S. Amrani (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation : quelle mission pour la Cour de cassation ? Enjeux nationaux, regards extérieurs*, Economica, 2005.

la Cour puisse jouer son rôle d'uniformisation de la jurisprudence.

Aussi, hormis le cas où la notification de la décision susceptible de pourvoi incombe au greffe de la juridiction qui l'a rendue, le pourvoi en cassation n'est recevable que si la décision a été préalablement signifiée (**Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2008, 05-20.438, FS-P+B**). Cet arrêt réaffirme une solution désormais acquise par la Cour de cassation qui se prononçait en faveur de l'irrecevabilité du pourvoi formé avant même la signification de l'arrêt attaqué³.

En outre, n'est pas recevable un second pourvoi formé contre la même décision, au nom de la même personne morale agissant en la même qualité, peu important à cet égard qu'elle soit poursuivie sur le fondement de deux contrats distincts (**Civ. 2^{ème}, 24 janvier 2008, 06-14.276, FS-P+B**).

Emelyne CALIMOUTOU

³ Cass, Ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975, D. 2007, AJ, obs. L. Dargent.

B – Le principe de la contradiction

Le principe de la contradiction constitue l'une des garanties essentielles de la procédure civile contemporaine à travers le droit qu'il confère à chaque plaideur de pouvoir discuter les prétentions, moyens et pièces de son adversaire afin que la justice soit rendue de façon loyale. En dépit des nombreuses entorses qu'il supporte, ce principe continue d'irriguer avec force les différents pans du contentieux procédural, en particulier lorsqu'il s'applique au juge

qui doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction⁴.

Les arrêts qui font l'objet de la présente étude sont autant d'exemples du contrôle opéré par la Cour de cassation sur le respect scrupuleux de ce principe directeur, que ce soit par le juge (1) ou par les parties (2).

⁴ C. pr. civ., art. 16, al. 1^{er}.

1 – Le respect du principe de la contradiction par le juge

L'arrêt rendu le 10 janvier 2008 par la deuxième Chambre civile (**Civ. 2^{ème}, 10 janvier 2008, 06-21.816, FS-P+B**) porte sur les modalités de l'ordonnance de requête qui, bien qu'elle constitue une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse¹, n'en demeure pas moins soumise au nécessaire respect du principe du contradictoire une fois qu'elle a été prononcée par le chef de juridiction compétent.

En l'espèce, l'ordonnance sur requête faisait suite à une demande en liquidation d'une astreinte prononcée par un juge de l'exécution pour des travaux mis à la charge du défendeur. La Cour d'appel de Caen, saisie de l'affaire, avait décidé le 12 septembre 2006 de limiter le montant de l'astreinte liquidée et de ne pas fixer une nouvelle astreinte après avoir relevé dans le procès-verbal de constat, établi par un huissier de justice désigné par l'ordonnance sur requête et communiqué aux débats, que le défendeur, à l'origine de l'ordonnance sur requête, avait exécuté ses obligations. Si cette décision n'appelait en soi aucune observation particulière, elle allait néanmoins conduire le demandeur à se pourvoir en cassation, ce dernier n'ayant en effet jamais eu communication de la requête et de l'ordonnance.

La Cour de cassation rappelle à cet égard que le caractère non contradictoire de l'ordonnance sur requête se limite au déroulement de

cette procédure spéciale et non à son exécution qui, en vertu de l'article 495 du Code de procédure civile invoqué à l'appui du pourvoi, impose que la copie de la requête et de l'ordonnance soit laissée à la personne à laquelle elle est opposée². Ainsi sont sauvegardés les intérêts de celui qui subit la mesure et, par la même, se trouve atténuée la portée de l'atteinte au principe de la contradiction qu'engendre l'ordonnance sur requête.

Dans un autre registre, bien qu'il soit lui aussi relatif à un défaut de communication, l'arrêt rendu le 23 janvier 2008 par la première Chambre civile de la Cour de cassation (**Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2008, 07-11.297, F-P+B**) offre un nouvel exemple d'application du principe de la contradiction. La décision porte sur l'hypothèse où le ministère public intervient en qualité de partie jointe pour faire connaître son avis sur l'application de la loi dans une affaire dont il a communication³. Selon l'article 425 du Code de procédure civile, la communication des affaires au ministère public est obligatoire dans les affaires relatives à la filiation et à l'organisation de la tutelle des mineurs⁴ ainsi que pour toutes les affaires dans lesquelles la loi dispose qu'il doit faire connaître son avis, ce qui est notamment le cas en matière de procédure d'assistance éducative⁵.

En l'espèce, il ressort de l'arrêt attaqué (Paris, Chambre 24 section A,

² Pour une précédente application, v. Civ. 2^{ème}, 18 nov. 2004, *Bull. civ.* II, n° 499.

³ C. pr. civ., art. 424.

⁴ Il en est ainsi des contestations portant sur la validité d'une reconnaissance de paternité (Civ. 1^{ère}, 6 févr. 2008, 06-22.141).

⁵ C. pr. civ., art. 1189.

¹ C. pr. civ., art. 493.

22 novembre 2006) que pour statuer sur la fixation de la résidence d'un enfant et sur la contribution à son entretien suite au divorce de ses parents, le procureur général, suite à une nouvelle transmission de la procédure par le conseiller de la mise en état, avait fait connaître son avis à la juridiction en lui adressant des conclusions écrites en date du 13 octobre 2006. Pour censurer la décision des juges du second degré, la Haute juridiction relève qu'il n'a toutefois pas été constaté que la mère, à l'origine du pourvoi en cassation, avait eu communication des conclusions du ministère public et des pièces jointes ni qu'elle avait eu la possibilité d'y répondre. Or, si la communication est obligatoire et que la preuve de cette communication ne peut être faite, la sanction est la nullité du jugement¹.

La Cour de cassation, qui procède par une application combinée des articles 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, 16 et 431 du Code de procédure civile, réaffirme donc, conformément à la lettre du dernier texte, que si le ministère public a la faculté², lorsqu'il est partie jointe, de faire connaître son avis à la juridiction soit oralement à l'audience, soit en lui adressant des conclusions écrites³, c'est à la condition, dans cette dernière

hypothèse, que ses conclusions soient mises à la disposition des parties⁴.

L'arrêt du 13 mars 2008 (**Civ. 2^{ème}, 13 mars 2008, 06-19.941, inédit**) a conduit la Cour de cassation à faire application du principe de la contradiction à propos d'un litige opposant une assurée à son assureur, celui-ci ayant fait l'objet d'une assignation en paiement d'indemnités journalières après qu'il ait refusé de prendre en charge les conséquences d'un arrêt de travail pour lequel la demanderesse invoquait trois contrats garantissant le paiement d'indemnités journalières en cas de maladie, d'une rente en cas d'invalidité, et d'un complément de frais de soins. La Cour d'appel de Nîmes, saisie de l'affaire le 24 janvier 2006, avait débouté l'assureur de sa demande reconventionnelle d'annulation des deux derniers contrats après avoir relevé que celle-ci ne se rattachait pas aux prétentions originaires par un lien suffisant.

Pour rappel, la demande reconventionnelle est celle par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire⁵. Afin d'éviter que les plaideurs ne détournent l'objet des enjeux préalablement définis⁶, l'article 70, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile soumet néanmoins la recevabilité d'une demande reconventionnelle à la condition qu'elle se rattache aux prétentions originaires

¹ V. Larribau-Terneyre, in *Rép. pr. civ. Dalloz*, avril 2005, V° *Autorité parentale*, n° 75.

² Com., 11 mai 1999, *Bull. civ. IV*, n° 101, *Gaz. Pal.* 1999, 2, pan. 200.

³ Aucune disposition ne fixant le moment du dépôt des conclusions écrites du ministère public, celles-ci peuvent n'être communiquées aux parties qu'au jour de l'audience (Civ. 1^{ère}, 20 juill. 1994, *Bull. civ. I*, n° 259).

⁴ En ce sens, v. not. Civ. 3^{ème}, 8 oct. 2003, *Bull. civ. III*, n° 174 ; *JCP* 2003, IV, 2869 ; *RTD civ.* 2004, p. 137, obs. Perrot ; *Procédures* 2004, n° 7, obs. Perrot. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2001, *D.* 2002, IR, p. 455.

⁵ C. pr. civ., art. 64.

⁶ M. Douchy-Oudot, in *Rép. pr. civ. Dalloz*, sept. 2003, V° *Demande reconventionnelle*, n° 15.

par un « lien suffisant ». Lorsqu'elle est contestée par la partie adverse (le demandeur initial en somme), cette condition est appréciée souverainement par les juges du fond¹ qui semblent en avoir une acception « libérale »². Le juge n'est quant à lui pas tenu de vérifier d'office la recevabilité des demandes additionnelles ou reconventionnelles, le moyen tiré de l'absence de lien suffisant n'étant pas d'ordre public³. S'il décide de procéder à pareille vérification, le juge doit provoquer les explications des parties pour respecter le principe de la contradiction.

C'est justement le défaut de cette dernière diligence qui était reproché à l'arrêt rendu par la Cour de Nîmes en l'espèce, et que la Cour de cassation a censuré en considérant que les juges du second degré, en déboutant l'assureur de sa demande reconventionnelle, avaient statué par un moyen relevé d'office sans que les parties aient été mises à même d'en débattre contradictoirement. La cassation s'ensuit au nom du principe énoncé à l'article 16 du Code de procédure civile, selon lequel « le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ».

2 – Le respect du principe de la contradiction par les parties

L'arrêt rendu le 14 février 2008 par la Cour de cassation (**Civ. 2^{ème}, 14 février 2008, 07-13.391, FS-P+B**) concerne la loyauté entre les parties, dont le juge est le garant. Il doit veiller à ce que celles-ci respectent les obligations contenues à l'article 15 du Code de procédure civile⁴, en s'assurant notamment que chaque plaideur a signifié ses conclusions et a communiqué ses pièces à son adversaire⁵. En cas de manquement des parties à leurs obligations, le juge dispose d'un pouvoir de sanction⁶ qui s'explique, selon les termes de l'article 16 du Code de procédure civile, par le fait qu'il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, explications et documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement⁷.

Dans les procédures comportant une ordonnance de clôture, l'irrecevabilité des conclusions déposées après l'ordonnance de clôture est prononcée d'office⁸. Lorsque le dépôt de conclusions ou la production de pièces

⁴ « Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense ».

⁵ F. Eudier, in *Rép. pr. civ. Dalloz*, oct. 2002, V^o Jugement, n^o 115.

⁶ L'article 135 du Code de procédure civile permet au juge d'écartier des débats les pièces qui n'auraient pas été communiquées à l'adversaire en temps utile.

⁷ C. pr. civ., art. 16, al. 2. Pour une application, v. Com., 15 mai 1979, *Bull. civ. IV*, n^o 159.

⁸ C. pr. civ., art. 783, al.1^{er} (Civ. 2^{ème}, 3 nov. 1993, *Bull. civ. II*, n^o 314).

¹ Civ. 3^{ème}, 10 juill. 1969, *Bull. civ. III*, n^o 572. Civ. 1^{ère}, 6 juin 1978, *Bull. civ. I*, n^o 214 ; *JCP* 1978, IV, 244.

² S. Guinchard et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 28^e éd., Dalloz, 2006, n^o 1318.

³ Civ. 3^{ème}, 15 juin 1976, *Bull. civ. III*, n^o 267.

n'a lieu que la veille ou le jour même de l'ordonnance de clôture, la Cour de cassation veille à ce que la contradiction soit assurée dans de bonnes conditions¹. Bien que l'article 783 du Code de procédure civile ne le prévoit pas, les conclusions déposées ou les pièces produites très peu de temps avant l'ordonnance de clôture peuvent être rejetées par le juge dès lors qu'elles portent atteinte aux droits de la défense.

Depuis un arrêt rendu le 3 février 2006 par la Chambre mixte de la Cour de cassation², il est acquis que la communication tardive des pièces caractérise un comportement contraire à la loyauté des débats, apprécié souverainement par les juges du fond. Ces derniers doivent toutefois, et c'est l'apport de l'arrêt en date du 14 février 2008, respecter une certaine cohérence dans l'examen de la recevabilité des conclusions ou pièces en cause.

¹ Civ. 2^{ème}, 11 janv. 2001, *Bull. civ.* II, n° 6 : Une cour d'appel, qui retient que des conclusions déposées le jour de l'ordonnance de clôture ne sont pas tardives, constate qu'elles sont antérieures à l'ordonnance de clôture.

² Ch. mixte, 3 févr. 2006, 04-30592 ; *Gaz. Pal.* 18 févr. 2006, p. 5 ; *Procédures* 2006, n° 4, obs. R. Perrot. Cet arrêt a mis un terme à une divergence jurisprudentielle opposant la deuxième Chambre civile à la première, la troisième et la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

En l'espèce, dans un litige l'opposant à plusieurs parties, la demanderesse ayant déposé des conclusions le jour du prononcé de l'ordonnance de clôture, ses adversaires avaient demandé à ce qu'elles soient écartées des débats. La Cour d'appel de Versailles a fait droit à leur demande mais de façon singulière, puisqu'elle n'a déclaré irrecevable qu'une partie des conclusions de la demanderesse (il s'agissait d'une demande formée contre l'une des parties) après avoir retenu que « seule cette demande ne respecte pas le principe de la contradiction ».

Face à cette décision, la Cour de cassation a accueilli le premier moyen au pourvoi et prononcé une cassation partielle en affirmant que « le juge qui se prononce sur la recevabilité de conclusions signifiées avant le prononcé de l'ordonnance de clôture ne peut en recevoir une partie et en écarter une autre ». Lorsque le juge est amené à prononcer l'irrecevabilité de conclusions tardives – bien qu'antérieures à l'ordonnance de clôture –, il ne lui est donc pas permis, sans violer les articles 15 et 16 du Code de procédure civile, de se défaire de l'obligation d'écartier la globalité des conclusions.

Marc TOUILLIER

II – L’action en justice : les moyens de défense

Apparemment réglée par les textes du Code de procédure civile, souvent difficile à opérer dans la pratique judiciaire, la distinction entre vices de forme et irrégularités de fond est symptomatique du contentieux relatif aux exceptions de nullité, comme en témoigne l’arrêt rendu par la Cour de cassation le 17 janvier 2008 (**Civ. 1^{ère}, 17 janvier 2008, 06-14.380, FS-P+B**).

L’affaire trouve son origine dans l’action intentée par l’une des avocates du barreau de Fort-de-France suite à deux délibérations du conseil de l’ordre des avocats portant sur le recrutement d’un avocat en qualité de secrétaire général salarié de l’ordre. S’estimant lésée dans ses intérêts professionnels par ces deux délibérations, la demanderesse avait demandé leur annulation en déférant à la cour d’appel, le 7 mars 2005, le rejet implicite de la réclamation dont elle avait préalablement saisi le bâtonnier par une lettre qu’elle avait remise à l’ordre des avocats le 5 janvier 2005 ainsi que par une lettre recommandée avec demande d’avis de réception signée du destinataire le 11 février 2005. Par un arrêt en date du 27 janvier 2006, la Cour d’appel de Fort-de-France a déclaré son recours irrecevable après avoir relevé que la réclamation préalable déposée auprès du conseil de l’ordre des avocats du barreau de Fort-de-France n’avait pas été adressée dans les formes requises et n’avait fait courir aucun délai.

Cette décision allait toutefois être entachée d’une confusion déterminante puisqu’après avoir considéré qu’« une réclamation préalable qui a fait l’objet d’un simple dépôt et non d’un envoi

recommandé avec avis de réception se trouve privée d’une formalité substantielle, essentielle à son existence », la Cour d’appel en a déduit que ladite réclamation était « atteinte d’un vice de fond qui équivaut à une absence d’acte et qui n’est pas subordonnée à la preuve d’un grief comme cela serait le cas en matière de vice de forme », cette réclamation ne pouvant en conséquence avoir fait courir aucun délai.

Il convient à cet égard de rappeler qu’entre vice de forme et vice de fond, l’une des principales difficultés consiste à ne pas confondre la violation d’une formalité substantielle ou d’ordre public, constitutive d’un vice de forme, avec l’irrégularité de fond de l’article 117 du Code de procédure civile. La formalité substantielle – puisque c’est elle qui a été initialement relevée par les juges du second degré – peut être définie comme celle sans laquelle l’acte de procédure n’aurait plus l’objet ou l’effet escompté¹. La formule retenue est en tout cas suffisamment souple pour laisser au juge un large pouvoir d’appréciation², ce qui n’empêche pas la violation d’une formalité substantielle d’être parfois assimilée à une irrégularité de fond. Bien qu’elle se trouve *a priori* enfermée dans la liste limitative prévue à l’article 117 du Code de procédure civile³, l’irrégularité de fond est alors

¹ M. Douchy-Oudot, *Procédure civile*, 3^e éd., Gualino, 2008, n° 199.

² S. Guinchar et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 28^e éd., Dalloz, 2006, n° 821.

³ Bien qu’il se prononce en faveur du caractère limitatif de la liste de l’article 117 du Code de

préférée au vice de forme en raison de l'intérêt majeur qu'elle présente¹ – et qui est justement soulevé dans les motifs de l'arrêt rendu par la Cour d'appel – de n'être pas subordonnée à la preuve d'un grief par celui qui l'invoque².

Parmi les cas qui font régulièrement l'objet d'hésitations jurisprudentielles entre une qualification de vice de forme ou de vice de fond se situe le choix de la sanction applicable lorsqu'une formalité est utilisée à la place d'une autre³, comme dans l'arrêt étudié. Ainsi, il a déjà été jugé que constituait un vice de forme l'envoi d'une lettre simple à la place d'une lettre recommandée⁴. En l'espèce, l'article 15 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 subordonnait toute réclamation préalable auprès du bâtonnier à l'envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception⁵. En

décidant toutefois que le simple dépôt de la réclamation alléguée par la demanderesse constituait un vice de fond en raison de la privation d'une formalité substantielle, la Cour d'appel de Fort-de-France risquait fort de s'être mépris sur la nature « réelle » de l'exception de nullité, comme l'a ensuite mis en évidence la Cour de cassation en précisant qu'il résultait des constatations de l'arrêt lui-même que l'acte de saisine préalable du bâtonnier reçu le 5 janvier 2005 était affecté d'un vice de forme.

Or, et c'est de cette façon que la Haute juridiction prononce la cassation, « lorsque l'envoi d'une réclamation par lettre recommandée avec avis de réception est requis, son simple dépôt auprès du destinataire constitue un vice de forme, lequel affecte la validité de l'acte s'il fait grief à celui qui s'en prévaut ».

Marc TOUILLIER

procédure civile, l'arrêt rendu le 7 juillet 2006 par la Cour de cassation, en chambre mixte, ne semble pas avoir mis un terme à la polémique qui nourrit cette question (Ch. mixte, 7 juill. 2006, n° 03-20.026 ; *Gaz. Pal.* 22 juill. 2006, avis Domingo).

¹ En sus de la possibilité, voire du devoir pour le juge de la relever d'office (C. pr. civ., art. 120).

² C. pr. civ., art. 119.

³ V. S. Guinchard et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, op. cit., n° 819.

⁴ V. not. Soc., 22 nov. 1979, *Bull. civ.* V, n° 891. Civ. 2°, 15 mars 1989, *Bull. civ.* II, n° 72 ; D. 1989, somm. 275, obs. P. Julien ; *RTD civ.* 1990, p. 141, obs. R. Perrot.

⁵ « Lorsqu'un avocat s'estimant lésé dans ses intérêts professionnels par une délibération ou une décision du conseil de l'ordre entend la déférer à la cour d'appel, conformément au deuxième alinéa de l'article 19 de la loi du 31 décembre 1971 précitée, il saisit préalablement de

sa réclamation le bâtonnier par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans le délai de deux mois à compter de la date de notification ou de publication de la délibération ou de la décision.

La décision du conseil de l'ordre sur la réclamation doit être notifiée à l'avocat intéressé, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, dans le délai d'un mois à compter de la réception de la lettre recommandée prévue au premier alinéa.

En cas de décision de rejet de la réclamation, l'avocat peut la déférer à la cour d'appel dans les conditions prévues à l'article 16. Si, dans le délai d'un mois prévu au deuxième alinéa du présent article, aucune décision n'a été notifiée, la réclamation est considérée comme rejetée et l'avocat peut déférer dans les mêmes conditions à la cour d'appel le rejet de sa réclamation ».

III – Le déroulement du procès civil : les incidents d’instance

Si le jugement est l’achèvement naturel de tout procès¹, il est des cas où une instance connaît une autre issue, soit parce que l’action en justice ne peut plus être poursuivie – on parle alors d’extinction accessoire de l’instance² (A) –, soit parce que l’instance est éteinte – dans les hypothèses concernées, l’extinction est dite principale³ (B).

A – L’extinction de l’instance à titre principal

Lorsqu’elle survient à titre principal, l’extinction de l’instance peut provenir d’un désistement d’instance qui, s’il est accepté par le défendeur⁴, remettra les parties dans la situation où elles étaient avant le procès⁵. Contrairement au cas d’extinction accessoire à l’action, le désistement en première instance n’emporte pas renonciation à l’action, mais seulement extinction de l’instance. Lorsqu’il porte sur un appel, le désistement a la signification d’un acquiescement au jugement de première instance, qui se trouvera toutefois non avvenu si, postérieurement, une autre partie interjette elle-même régulièrement

appel⁶. Par un arrêt du 10 janvier 2008 (Civ. 2^{ème}, 10 janvier 2008, 06-21.938, F-P+B), la Cour de cassation apporte quelques précisions relatives à l’étendue du désistement d’instance.

En l’espèce, le désistement, formulé par une lettre en date du 11 juin 2005, concernait un recours en révision formé par la demanderesse le 8 mars 2005 contre un arrêt rendu dans une instance prud’homale l’opposant à la société qui l’employait. N’ayant pas comparu à l’audience qui s’ensuivit, la demanderesse fut déboutée de son recours en révision et condamnée par la Cour d’appel de Paris, le 27 octobre 2005, à payer à la société, non seulement une certaine somme sur le fondement de l’article 700 du Code de procédure civile, mais aussi des dommages-intérêts sur la base d’une demande reconventionnelle pour recours abusif formée à l’audience par la défenderesse originelle.

Si la charge, pour la demanderesse, des dépens relatifs aux frais de l’instance éteinte⁷ ne faisait pas l’ombre d’un doute comme le prévoit en cas de désistement⁸ l’article 399 du Code de procédure civile, la condamnation à des

¹ S. Guinchard et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 28^e éd., Dalloz, 2006, n° 1341.

² C. pr. civ., art. 384.

³ C. pr. civ., art. 385.

⁴ Les exigences relatives à l’acceptation du défendeur varient selon qu’il s’agit d’un désistement de la demande en première instance, d’un désistement de l’appel ou de l’opposition (cf. infra).

⁵ S. Guinchard et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire, op. cit.*, n° 1348.

⁶ C. pr. civ., art. 403.

⁷ Il s’agit des frais énumérés à l’article 695 du Code de procédure civile, auxquels peuvent s’ajouter les frais de l’article 700 (Civ. 1^{ère}, 11 oct. 1988, D. 1988, IR, 270. Civ. 2^e, 20 mars 1992, Bull. civ. II, n° 100).

⁸ Qu’il s’agisse du désistement de la demande en première instance, d’un désistement de l’appel ou de l’opposition (comme le prévoit pour ces derniers cas l’article 405 du Code de procédure civile).

dommages-intérêts prononcée au titre d'une demande reconventionnelle appelait quant à elle certaines réserves que n'allait pas manquer de relever la Cour de cassation. En effet, le désistement d'instance, qui peut valablement résulter de conclusions écrites, y compris dans les procédures orales¹, ne nécessite pas l'acceptation du défendeur si celui-ci n'a présenté aucune défense au fond ou fin de non-recevoir au moment où le demandeur se désiste². Or c'était bien le cas en l'espèce, la demande reconventionnelle n'ayant été formée que postérieurement au désistement d'instance – puisque seulement à l'audience – par la défenderesse originelle.

Dès lors, le désistement formulé antérieurement à l'audience entraîne immédiatement l'extinction de l'instance³ et peut certes emporter soumission de payer les frais de l'instance éteinte⁴, voire même donner

lieu à l'octroi de dommages-intérêts au défendeur pour sanctionner un abus du droit d'ester en justice dont se serait rendu coupable le demandeur⁵ ; mais en aucun cas le désistement d'instance ne peut permettre à la juridiction compétente de statuer sur une demande incidente formulée postérieurement, et qui n'a donc plus lieu d'être.

C'est le sens de l'arrêt rendu par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation le 10 janvier 2008 qui, pour casser la décision des seconds juges, énonce qu'« en matière de procédure orale, le désistement formulé par écrit, antérieurement à l'audience, produit immédiatement son effet extinctif de sorte que, si la juridiction peut statuer sur la demande fondée sur l'article 700 du Code de procédure civile formulée à l'audience par l'autre partie, en l'absence de l'auteur du désistement, dès lors que le désistement emporte, sauf convention contraire, soumission de payer les frais de l'instance éteinte, elle ne peut statuer sur la demande reconventionnelle en dommages-intérêts formulée dans les mêmes conditions ».

B – L'extinction de l'instance à titre accessoire

Au nombre des incidents qui entraînent accessoirement l'extinction de l'instance figure l'acquiescement. Il consiste, pour un plaideur – ordinairement le défendeur –, à se

¹ V. not. Soc., 29 avr. 2003, *Bull. civ. V*, n° 146 ; *Procédures* 2003, n° 162, obs. R. Perrot. Soc., 17 mai 2005, *Bull. civ. V*, n° 168.

² C. pr. civ., art. 395, al. 2. L'acceptation est même admise par principe en cas de désistement de l'appel, l'article 401 du Code de procédure civile ne l'exigeant plus que dans les cas où le désistement d'appel contient des réserves ou si la partie à l'égard de laquelle il est fait a préalablement formé un appel incident ou une demande incidente.

³ Pour une application récente, v. Civ. 2^{ème}, 12 oct. 2006, *Bull. civ. II*, n° 266.

⁴ L'article 399 du Code de procédure civile prévoit que l'obligation de payer les frais de l'instance éteinte peut être écartée si les parties en conviennent. Dans une autre mesure, si l'intimé ayant accepté le désistement de l'appelant « aux frais de celui-ci » n'a pas maintenu dans cette acceptation ses demandes en dommages-intérêts et sur l'article 700 du Code de procédure civile, il ne peut les soutenir et la Cour d'appel ne peut les accueillir, l'instance étant éteinte (Civ. 2^{ème}, 5 nov. 1986, *JCP* 1987, IV, 17).

⁵ A ainsi pu être sanctionné le fait pour le demandeur de ne plus soutenir son appel et de donner le désistement un jour avant l'audience (Toulouse, 8 nov. 1994, inédit, n° 2899/94).

soumettre aux prétentions de l'autre¹. Le Code de procédure civile distingue selon qu'il porte sur la demande² ou sur le jugement³ et, dans ce dernier cas – qui constitue l'hypothèse la plus fréquente –, l'acquiescement emporte soumission aux chefs du jugement et renonciation aux voies de recours sauf si, postérieurement, une autre partie forme régulièrement un recours.

Bien qu'en l'absence de disposition contraire l'acquiescement au jugement soit toujours admis, qu'il soit exprès ou implicite, il doit tout de même respecter certaines modalités sur lesquelles revient un arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 janvier 2008 (**Civ. 2^{ème}, 10 janvier 2008, 07-13.370, F-P+B**).

En effet, selon l'article 410 alinéa 2 du Code de procédure civile, « l'exécution sans réserve d'un jugement non exécutoire vaut acquiescement, hors les cas où celui-ci n'est pas permis ». Si, à l'inverse, il va de soi que l'exécution, même sans réserve, d'un jugement exécutoire n'emporte pas à elle seule acquiescement⁴ sauf circonstances exceptionnelles⁵, qu'en est-il de l'exécution sans réserve d'un jugement qualifié à tort d'exécutoire ?

¹ S. Guinchard et F. Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire, op. cit.*, n° 1356.

² C. pr. civ., art. 408.

³ C. pr. civ., art. 409.

⁴ En effet, lorsque le jugement est exécutoire, on ne peut raisonnablement pas parler d'acquiescement dans la mesure où le perdant est contraint à l'exécution. V. not. Civ. 3^{ème}, 30 avr. 2002, *Bull. civ. III*, n° 87. Civ. 2^{ème}, 3 avr. 2003, *Bull. civ. II*, n° 90. Civ. 3^{ème}, 15 févr. 2006, *Bull. civ. III*, n° 34.

⁵ Civ. 2^{ème}, 16 févr. 1984, *RTD civ.* 1984, p. 368, obs. R. Perrot ; *JCP* 1984, IV, 125.

Il a déjà été jugé que l'acquiescement donné par erreur était nul⁶. Or dans l'arrêt étudié, le gérant d'une société s'était acquitté d'une condamnation prononcée à son encontre par un jugement ayant par erreur mentionné qu'il était rendu en dernier ressort et dont l'acte de signification avait précisé qu'il était exécutoire. En dépit de telles lacunes qui pouvaient légitimement conduire la partie condamnée à former un recours, la Cour d'appel de Montpellier avait déclaré l'appel irrecevable au motif qu'un acquiescement résultait, conformément à la lettre de l'article 410 alinéa 2 du Code de procédure civile, de l'exécution sans réserve du jugement dès lors qu'il était en réalité susceptible d'appel et non assorti de l'exécution provisoire.

Pour censurer la décision des juges du second degré, la deuxième Chambre civile considère à bon escient qu'un acquiescement tacite, bien qu'il soit en principe présumé valable lorsqu'il porte sur un jugement non exécutoire, ne peut pour autant trouver sa source dans l'acquiescement d'une condamnation reposant sur les mentions erronées du jugement et de l'acte de signification. Comme l'a écrit le professeur Roger Perrot à propos d'un précédent arrêt portant sur la même situation, « on a là l'exemple d'un vice du consentement pour cause d'erreur : une erreur de droit

⁶ Civ. 2^{ème}, 20 oct. 1982, *Bull. civ. II*, n° 128.

sans doute, mais une erreur excusable si l'on considère qu'elle trouve son origine première dans une méprise du

juge, elle-même relayée par le significateur »¹.

Marc TOUILLIER

¹ R. Perrot, note sous Civ. 2^{ème}, 8 juill. 2004, *Bull. civ. II*, n° 346, *RTD civ.* 2004, p. 776.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION

Sophie BARDOU, Benjamin JEAN, Jean-Noël LORENZONI,
Marina MARKELLOU et NICOLAS MARTIN

SOMMAIRE

§ 1 – Propriété littéraire et artistique	105
I – Actualités de droit d’auteur	105
A – Existence d’un droit	105
B – Exercice du droit	106
II – Formalisme contractuel et spécification du domaine d’exploitation	107
§ 2 – Propriété industrielle	109
I – Actualité du droit de marque	109
A – Existence du droit.....	109
1 – Éléments constitutifs de la marque.....	109
2 – Acquisition du droit sur la marque	111
B – Exercice du droit	111
1 – Procédure de saisie contrefaçon	111
2 – Distribution sélective	111
II – Actualité du droit de brevet	112
A – Procédure d’interdiction provisoire de contrefaçon	112
B – Extension induue	113
§ 3 – Technologies de l’information et de la communication	113
I – Actualités	113
II – Commentaire de l’affaire Note2be	116

§ 1 – Propriété littéraire et artistique

I – Actualités de droit d’auteur

A – Existence d’un droit

• **Défilé de mode et de couture : Crim., 5 février 2008, 07-81.387, FS-P+F**

Cet arrêt vient reconnaître expressément la qualité d’œuvre de l’esprit aux créations et défilés de mode, « sur lesquelles les maisons de couture jouissent d’un droit de propriété

protégé par le Code de la propriété intellectuelle ». Ainsi, la diffusion sans autorisation de photographies de défilés est constitutive d’un délit de contrefaçon.

• **L’indifférence du caractère utilitaire et fonctionnel de l’œuvre :**

- **Civ. 1^{ère}, 14 février 2008, 07-12.176, F-P+B**

Au visa de l’article L. 112-1 du CPI, la Cour de cassation confirme son attachement à la théorie de l’unité de l’art en cassant un arrêt au motif que la

démarche utilitaire ou fonctionnelle n’est pas suffisante à exclure la recherche par les juges de la personnalité de l’auteur.

- **Cour d’appel Paris, Ch. 4 sect. A, 16 janvier 2008**

La reproduction du dessin d’un service provençal constitue cumulativement une contrefaçon tant au titre de l’article L. 122-2 du CPI qu’au titre de l’article L. 511-2 et constitue un acte de

concurrence déloyale (parasitisme). La reprise d’élément au folklore provençal n’est constitutive ni d’une absence d’originalité, ni d’une antériorité.

• **Absence d’application de la présomption de l’article L. 113-1 à l’encontre d’un coauteur : Com., 15 janvier 2008, 06-19.721, F-D**

Cet arrêt met en présence un prétendu auteur d’un dessin ayant vu son œuvre reprise en tant que marque complexe par le défendeur, ceci sans son consentement.

L. 113-1 du CPI en faveur de celui qui divulgue l’œuvre sous son nom ne peut être retenue à l’encontre de l’auteur ou d’un coauteur. En l’espèce, la cour d’appel aurait dû déterminer si le défendeur était ou non coauteur de l’œuvre litigieuse du fait des choix artistiques qu’il aurait pris.

La Cour de cassation casse l’arrêt de la cour d’appel au motif que la présomption posée par l’article

B – Exercice du droit

• Nullité relative pour non-respect du formalisme de l'article L. 131-4 : Civ. 1^{ère}, 28 février 2008, 07-12.008, F-D

Nullité relative associée à l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle.

La prescription de la nullité prévue par l'article L. 131-4 du CPI court à partir de la conclusion du contrat

conclu au mépris des dispositions de l'article. Par ailleurs, la nullité visant essentiellement la protection de l'auteur, elle est relative et son action se prescrit par cinq ans conformément à l'article 1304 du Code civil.

• Abus dans l'exercice du droit moral : CA Paris, Ch. correc., 29 janvier 2008

Conformément à une jurisprudence aujourd'hui constante, l'exercice *post mortem* des droits moraux « n'est pas absolu et doit s'exercer au service de l'œuvre, en accord avec la personnalité et la volonté de l'auteur telle que révélée et exprimée de son vivant »¹.

Ainsi, engage sa responsabilité pour abus du droit d'agir au titre du droit moral l'héritier qui remet en cause un

contrat d'édition trentenaire pour « mauvaise traduction du titre original de l'œuvre » dans la seule intention de changer d'éditeur. Par conséquent, l'héritier ayant consenti une autre cession est parallèlement condamné sur le fondement de la garantie de l'exercice paisible des droits cédés (garantie d'éviction) vis-à-vis du premier éditeur.

¹ Voir par ex. Civ. 1^{ère}, 24 oct. 2000.

• Existence d'un aléa et erreur sur la substance : Civ. 1^{ère}, 28 mars 2008, 06-10.715, FS-P+B

Habituellement, le vendeur est légitime à agir en nullité de la vente s'il « a cru faussement au défaut d'authenticité du tableau vendu ».

Interprétation restrictive de l'aléa : la demande en nullité pour erreur sur la substance d'une vente d'un tableau qui comportait un aléa sur son attribution à

un auteur précis est fondée si le tableau est finalement attribué à autre auteur mieux coté. Est donc cassé l'arrêt qui déduisait de l'existence d'un aléa la volonté des parties de ne pas faire de « cette attribution une qualité substantielle du bien ».

• Journalisme et contrat de travail :

- Soc., 11 mars 2008, 06-45.568, F-D

L'article L. 761-2 du Code du travail dispose que « toute convention

par laquelle une entreprise de presse s'assure, moyennant rémunération, le

concours d'un journaliste professionnel [...] est présumée être un contrat de travail. Cette présomption subsiste quels que soient le mode et le montant de la rémunération ainsi que la qualification donnée à la convention par les parties ».

Le pigiste étant assimilé au journaliste professionnel, la chambre

- Soc., 11 mars 2008, 06-45.423, F-D

Un photographe professionnel demande la requalification de son contrat en contrat de travail, alors qu'il « choisissait les sujets qu'il traitait, sans instruction ou directive de la société, qu'il exerçait d'autres activités, que sa contribution à la revue avait un caractère variable, [et] qu'il était rémunéré par le versement d'honoraires de collaborateur indépendant ».

• Compétence territoriale : CA Paris, 11^{ème} ch., sect. B, 14 février 2008, Unibet Ltd c/ Real Madrid et al.

Afin de juger de sa compétence en matière d'action en contrefaçon à l'encontre d'exploitants de sites internet, la cour s'est intéressée au rattachement du délit avec le territoire français et plus spécialement au public visé par la contrefaçon.

sociale de la Cour de cassation casse et annule l'arrêt qui avait, au motif qu'il n'apportait pas la preuve d'un contrat de travail, débouté celui-ci dans sa demande de requalification de la rupture de son contrat en licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Nonobstant la présomption de salariat des journalistes professionnels posée par l'article L. 761-2 du CPI, c'est par une appréciation souveraine des éléments de preuve produits aux débats que la cour d'appel a exactement déduit qu'il ne pouvait être lié par un contrat de travail.

Ainsi, estimant que le public français n'était que marginalement concerné, le juge a écarté sa compétence.

Benjamin JEAN

II – Formalisme contractuel et spécification du domaine d'exploitation : commentaire de CA Paris, 16 janvier 2008, RG 06/20119

Décision déferée à la Cour : Jugement du 04 Octobre 2006 -Tribunal de Grande Instance de PARIS - RG n° 05/07943

L'indication de la volonté de l'auteur quant à la finalité de l'exploitation de son œuvre doit être claire et précise. Une exploitation qui excède l'autorisation donnée de

reproduire ou de communiquer l'œuvre au public à telles ou telles fins, portera atteinte aux droits exclusifs de l'auteur. Tel est le sens de cet arrêt commenté rendu par la cour parisienne en matière de cession des droits d'exploitation (CA Paris, 4^{ème} ch., A, 16 janvier 2008, J.-A. Lamarre c/ SA Librairie Arthème Z., SAS France Loisirs, SA Selection du Reader's Digest : Juris Data n° 2008-357196).

En l'espèce, un contrat d'édition portant sur un ouvrage historique est conclu, en vertu duquel il est notamment convenu que l'éditeur dispose du droit de reproduction d'une partie limitée de l'œuvre en prépublication dans la presse. Quelques années plus tard, l'éditeur cède à un tiers exploitant le droit de reproduction de l'ouvrage sous forme de condensé¹. Invoquant l'absence de son autorisation préalable pour la cession de ce type d'exploitation, l'auteur assigne alors son contractant et le tiers exploitant devant le Tribunal de Grande Instance de Paris. Ce dernier, par jugement rendu le 4 octobre 2006, les condamne *in solidum* à payer la somme de 35.000 euros en réparation de l'atteinte aux droits d'auteur. La Cour d'appel confirme le jugement rendu en première instance tout en augmentant de façon spectaculaire le montant de la réparation du préjudice subi (la cour

¹ Il s'agit d'une sous-cession des droits d'exploitation, notion qui ne doit pas être confondue avec celle de la cession de contrat, selon laquelle le contractant initial peut rétrocéder son contrat à un tiers exploitant. Sur ce point, voir P. -Y. Gautier, *Propriété Littéraire et Artistique*, 6^{ème} éd. 2007, n° 665 et ss.

confère à l'auteur la somme de 105.000 euros au titre de dommages-intérêts !)².

La cession de ses droits par l'auteur est limitée aux modes d'exploitation prévus par le contrat³. D'après l'article L. 131-3 al. 1^{er} du Code de la Propriété Intellectuelle, « la transmission des droits d'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ». Cette disposition, d'ordre public⁴, s'applique de façon extensive à tous les contrats d'exploitation, au-delà de ceux énoncés aux articles L. 131-2 al. 1^{er} et L. 131-3 al. 3^{ème} du CPI⁵, et ce indifféremment qu'il s'agisse d'une cession à titre onéreux ou à titre

² En effet, les juges parisiens prennent en considération des critères comme le nombre d'exemplaires vendus et distribués gratuitement, la rémunération que l'auteur aurait dû obtenir et l'absence de négociation de prix par lui-même afin d'évaluer la réparation du préjudice subi.

³ Voir A. Maffre-Baugé, *Le formalisme contractuel en droit d'auteur*, in *Propriété Intellectuelle et droit commun*, (sous la dir. J.-M. Bruguière-N. Mallet-Poujol-A. Robin) Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2007, p. 265-280.

⁴ Civ. 1^{ère}, 23 janv. 2001, Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, *Dalloz* 2004, obs. A. Maffre-Baugé, p. 181-194, *RIDA* n° 189, juill. 2001, p. 299.

⁵ L. 131-2 al. 1^{er} : « Les contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle définis au présent titre doivent être constatés par écrit. »

L. 131-3 al. 3^{ème} : « Les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle doivent faire l'objet d'un contrat écrit sur un document distinct du contrat relatif à l'édition proprement dite de l'œuvre primaire. »

gratuit¹, ou que la rémunération due est proportionnelle ou forfaitaire².

En l'espèce, l'éditeur a cédé au tiers le droit de reproduction de l'ouvrage en cause sous format de condensé, alors même qu'il n'avait jamais été titulaire d'un tel droit. La cession du droit de reproduction d'une partie limitée de l'œuvre pour les besoins d'une prépublication de presse n'emporte pas *de facto* celle du droit de reproduction sous forme de condensé. Lorsque l'éditeur cède des droits dont il ne dispose pas, « il sera tenu pour

responsable et le contrat résilié »³. Reste à s'interroger si l'existence d'un usage professionnel pour ce type d'exploitation dans cette branche d'activité aurait pu permettre d'interpréter ce comportement comme le résultat d'une tolérance du titulaire des droits. Toutefois, il n'en demeure pas moins qu'il s'agirait là d'un usage *contra legem* et rappelons à toutes fins utiles qu' « Il faut éviter que les circonstances ne se drapent derrière un usage pour éluder l'application de la règle générale »⁴.

Marina MARKELLOU

¹ Civ. 1^{ère}, 23 janv. 2001, *RIDA* 3/2001, p. 327 ; CA Paris, 1^{er} juill. 1998, *RIDA* n° 179, janv. 1999, p. 327.

² CA Paris, 4^{ème} Ch., Sec. A, 13 déc. 2006, *Juris-Data* n° 326741, *RDLI* avr. 2007, n° 26, p. 18.

³ Civ. 1^{ère}, 5 déc. 1995, *Bull. civ.* I, 1995, n° 450.

⁴ Pour les usages professionnels, voir C. Caron, *Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur : Propriétés Intellectuelles*, avr. 2003, n° 3, p. 127-136.

§ 2 – Propriété industrielle

I – Actualité du droit de marque

A – Existence du droit

1 – *Eléments constitutifs de la marque*

• Condition de validité du signe : Com., 11 mars 2008, 06-11.493, F-P+B

« Attendu que pour rejeter la demande d'annulation de la marque tridimensionnelle litigieuse, l'arrêt retient, par motifs propres, que la forme du conditionnement de produits de salaison prétranchés, présentés sur une planchette en bois de couleur naturelle ne serait ni fonctionnelle ni nécessaire et serait distinctive, tout en constatant que cet emballage permettait de servir

directement sur la planchette les assortiments après retrait de l'opercule ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations dont il résultait que le signe litigieux avait une forme attribuable au résultat recherché ».

La Cour opte pour une lecture restrictive de l'article L. 711-2 c) du

CPI. Celui-ci prohibe les marques constituées exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction. Or ce caractère exclusif disparaît de la motivation.

Dans sa jurisprudence antérieure¹, la Cour s'était pourtant attachée à la démonstration de ce caractère exclusivement attribuable au résultat

¹ Com. 21 janvier 2004 : Bull. civ. IV, n° 14, p. 15.

• Droits antérieurs :

- Com., 29 janvier 2008, 05-20.195, F-D

« Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté, par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve soumis à son examen, qu'en 1981, date de l'acquisition de l'hôtel par la société Hôtelière X... Concorde, le nom de X... ne bénéficiait d'aucune notoriété, Emmanuel X... ayant cessé toute activité depuis des décennies, et que la renommée du signe à la date du dépôt des marques résultait exclusivement de l'exploitation que la société Hôtelière X... Concorde avait fait de la dénomination, a pu, abstraction faite des motifs critiqués par la deuxième branche, qui sont surabondants, statuer comme elle l'a fait ; que le moyen n'est pas fondé ».

- Com., 15 janvier 2008, 06-15.889, F-D

Bien que sa solution soit classique, cet arrêt met en lumière les problèmes générés par le dépôt et l'utilisation d'une marque dont l'un des éléments

technique recherché de la forme choisie.

En décidant qu'une marque ne peut intégrer un quelconque élément fonctionnel même accessoire au signe pris dans son ensemble, la Cour prévient tout risque d'un détournement du droit des marques vers une protection du *design* qui relève du droit des dessins et modèles.

Il est bien établi depuis l'arrêt Bordas² qu'une personne qui choisit son patronyme pour nommer sa société ne peut s'opposer par la suite à l'emploi de cette dénomination, qui s'est détaché de la personne qui le porte pour s'appliquer à la personne morale qu'il désigne.

La Cour précise toutefois que ce détachement n'a pas pour effet de faire perdre au titulaire du patronyme le droit de s'opposer à l'enregistrement de celui-ci à titre de marque. Il continue à bénéficier pleinement du jeu de l'article L. 711-4 g) du CPI et peut dans les conditions définies par la jurisprudence s'opposer à l'enregistrement.

² Com. 12 mars 1985 : Bull. civ. IV, n° 95, p. 84.

est protégé par le droit d'auteur. Il rappelle toute l'importance qui doit être attachée à l'établissement d'un contrat de cession de droit d'auteur valable.

2 – Acquisition du droit sur la marque

• **Fraude au dépôt : Com., 26 février 2008, 06-18.123, F-D ; 06-18.400, F-D**

L'arrêt rappelle classiquement qu'il y a fraude à déposer une marque en sachant qu'un tiers se trouve dans la

nécessité d'en disposer pour ses activités.

• **Renouvellement de la marque : Com., 12 février 2008, 06-13.454, F-P+B**

Cet arrêt précise que la combinaison des articles L. 712-9 et R. 712-25 du Code de la propriété intellectuelle autorise le renouvellement par anticipation de la marque enregistrée

lors d'un nouveau dépôt portant, à la fois, sur une modification du signe et sur une extension de la liste des produits ou services visés dans cet enregistrement.

B – Exercice du droit

1 – Procédure de saisie contrefaçon

• **Com. 26 mars 2008, 05-19.782, F-P+B**

La Cour précise les fondements légaux idoines d'une mesure de saisie contrefaçon par rapport à l'introduction d'une instance au fond. La saisie contrefaçon qui précède la saisine du

juge du fond doit être fondée sur l'article 716-7 du CPI alors que celle qui intervient en cours de procédure repose sur l'article 812 du CPC.

2 – Distribution sélective

• **Com. 12 février 2008, 06-16.202, FS-D**

Face à l'épineux problème des atteintes aux réseaux de distribution sélective, la Cour a posé les questions préjudicielles suivantes à la CJCE :

« 1°/ l'article 8, paragraphe 2, de la première directive n° 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, doit il être interprété en ce sens que le titulaire de

la marque peut invoquer les droits conférés par cette marque à l'encontre du licencié qui enfreint une clause du contrat de licence interdisant, pour des raisons de prestige de la marque, la vente à des soldeurs ?

2°/ l'article 7, paragraphe 1, de cette directive doit-il être interprété en ce sens que la mise dans le commerce dans l'espace économique européen des

produits sous une marque, par le licencié, en méconnaissance d'une clause du contrat de licence interdisant, pour des raisons de prestige de la marque, la vente à des soldeurs, est faite sans le consentement du titulaire de la marque ?

3°/ dans l'hypothèse d'une réponse négative, le titulaire peut-il invoquer une telle clause pour s'opposer à une nouvelle commercialisation des

produits, en se fondant sur l'article 7, paragraphe 2, du même texte ? »

Cet arrêt pose la question de la sanction à apporter à un non respect d'un réseau de distribution sélective à la fois du point de vue du licencié mais également du point de vue des revendeurs ultérieurs à travers la question de l'épuisement du droit.

Nicolas MARTIN

II – Actualité du droit de brevet

A – Procédure d'interdiction provisoire de contrefaçon

• TGI Paris 22 janvier 2008, EURL Evac c/ Sté Jets Vacuum S.A

«... Si la loi du 29 octobre 2007 est d'application immédiate pour ce qui est de la mise en place de cet article (L615-3 du CPI) qui ne nécessite aucun texte réglementaire pour sa mise en œuvre, elle n'a pas vocation à s'appliquer aux litiges en cours c'est-à-dire ceux qui étaient déjà noués entre les parties au jour de la promulgation de la loi.

Le litige est en cours lorsqu'une partie a délivré à une autre partie ses demandes et leurs fondements dans l'état du droit qu'elles connaissaient au jour de la délivrance de l'assignation, car le lien d'instance naît au moment où les demandes initiales sont portées à la connaissance des défendeurs ».

L'ordonnance rendue le 22 janvier 2008, par le Président du TGI de Paris apporte une précision concernant l'application de la loi du 29 octobre

2007 relative à la lutte contre la contrefaçon. Si les dispositions procédurales sont immédiatement applicables, tel n'est pas le cas des dispositions relatives aux fonds, qui ne peuvent s'appliquer aux litiges en cours.

Rappelons qu'à l'exception de la présente limitation, le recours à la procédure d'interdiction provisoire de contrefaçon par voie de référé, prévue à l'article L. 615-3 du CPI, a été grandement facilitée. Alors que sous le régime de la loi du 27 juin 1984, le recours à une telle procédure n'était admis que si une action au fond apparemment sérieuse avait été engagée dans un bref délai, désormais n'est requis que la présentation d'éléments de preuve rendant vraisemblable l'atteinte ou le risque d'une atteinte imminente.

B – Extension induite

• TGI Paris, 9 janvier 2008

« Il est constant en application de ces dispositions que pour être acceptées, les modifications doivent être déduites directement et sans ambiguïté de la demande telle que déposée... En tout état de cause, le contenu de la demande ne doit pas être considéré comme un réservoir à partir duquel il sera possible de combiner des caractéristiques afin de créer artificiellement une combinaison particulière ».

Par cette décision, le TGI de Paris rappelle que l'examen de la portée d'une revendication requiert une lecture approfondie de la description afin de déterminer si oui ou non l'objet de la revendication litigieuse s'étend au-delà du contenu de la demande telle qu'elle avait été déposée.

Après le tribunal des brevets du Royaume-Uni (Patent Court of the High Court of Justice), le TGI de Paris est la deuxième juridiction nationale à prononcer la nullité du brevet européen EP 0 455 750 B1.

Dans le contentieux qui l'oppose à la société américaine Document Security Systems Inc, la Banque Centrale Européenne a engagé des actions en nullité dans pas moins de neuf états. A l'heure actuelle, seules les juridictions françaises, anglaises, allemandes et hollandaises ont statué. Notons qu'à la différence de leurs homologues françaises et anglaises, les juridictions allemandes et hollandaises ont reconnu la validité du brevet.

Jean-Noël LORENZONI

§ 3 – Technologies de l'information et de la communication

I – Actualités

• Décret du 6 février 2007 relatif à l'attribution et à la gestion des noms de domaine : CA Paris, 14^{ème} ch., sect.A, 16 janvier 2008, Sunshine c/ M.D.

Faisant une première application du décret du 6 février 2007 relatif à l'attribution et à la gestion des noms de domaine précisant les principes d'intérêt général régissant l'attribution des noms de domaine au niveau du territoire national, la cour d'appel de Paris a ordonné le transfert d'un nom de domaine au motif de l'existence au moment du dépôt d'une marque sur un

signe similaire et de l'absence d'intérêt légitime du déposant sur ce signe.

L'application de l'article R. 20-44-45 du Code des postes et télécommunications électroniques est d'autant plus remarquable que la cour fait ici application rétroactive d'un décret apparu deux ans après le dépôt du nom de domaine litigieux.

• Loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique :

- Irresponsabilité du fournisseur d'accès à un réseau de communication électronique : TGI Paris, 3^{ème} ch., 1^{ère} sect., 5 février 2008

La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique distingue trois types d'intervenants lors de la communication de contenu en ligne, parmi lesquels figurent « les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne » : aussi dénommés fournisseurs d'accès internet (article 9). Ceux-ci ne sont responsables que s'ils sont à l'origine de la demande de transmission litigieuse ou s'ils sélectionnent ou modifient les contenus objet de la transmission.

En l'espèce, le tribunal a utilisé la notion de « fournisseur d'accès à un

réseau de communications électroniques » pour estimer que Free revêtait cette qualité tant pour l'accès proposé au réseau Internet classique que pour celui offert au réseau Usenet. Enfin, le tribunal a rejeté la responsabilité du prestataire pour non-respect du formalisme imposé par la LCEN (la mise en demeure ne permettant pas l'identification du contenu litigieux). Pour finir, le prestataire aurait fini par transiger avec une autre partie et l'accès à de nombreux newsgroupe aurait ainsi été coupé.

- Responsabilité de l'éditeur et sites alimentés par des flux RSS : TGI Nanterre, 28 février 2008 et TGI Paris, 26 mars 2008

Dans ces affaires similaires, les juges se sont penchés et exprimés sur la qualification à retenir à l'égard des exploitants de sites agrégeant des flux RSS (*Really Simple Syndication*) litigieux. Rejetant la qualité d'hébergeur, les juges ont retenu celle d'éditeur en se basant sur la sélection qui était opérée parmi les flux RSS syndiqués : celle-ci étant constitutif d'un choix qualifié d'*éditorial* (« la partie défenderesse a donc bien, en s'abonnant audit flux et en l'agencant

selon une disposition précise et préétablie, la qualité d'éditeur et doit en assumer les responsabilités, à raison des informations qui figurent sur son propre site » ; « l'acte de publication doit donc être compris la concernant, non pas comme un simple acte matériel, mais comme la volonté de mettre le public en contact avec des messages de son choix ; qu'elle doit être dès lors considérée comme éditeur de service de communication au public en ligne au sens de l'article 6.III.1.c... »).

- Responsabilité des hébergeurs : TGI Toulouse, 13 mars 2008, M. X. c/ M. Y. et Amen

L'article 6-I-2° de la loi LCEN du 21 juin 2004 pose le principe de l'irresponsabilité des hébergeurs de contenus illicites s'ils « n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère » ou s'ils « ont agi promptement pour retirer ces données

ou en rendre l'accès impossible » dès le moment où ils en ont eu connaissance.

C'est donc pour avoir trop tardé à suspendre l'accès au site litigieux que l'hébergeur est jugé responsable : décision d'autant plus sévère que le prompt délai, laissé à la libre appréciation du juge, est en l'espèce fixé au jour de la réception de la lettre signalant cesdits sites.

- Responsabilité des hébergeurs : TC Paris, 20 février 2008

Le tribunal précise que « [...] si l'hébergeur n'est pas tenu à une obligation de surveillance générale, il est tenu à une obligation de surveillance, en quelque sorte particulière, à partir du moment où il en a eu connaissance ».

Par cette décision, l'hébergeur se voit confier une mission de surveillance

à l'égard du contenu litigieux déjà traité. Ainsi, ce jugement opère un glissement critiquable faisant du recours aux méthodes de filtrages efficaces une condition de l'irresponsabilité des hébergeurs. Entre filtrage (automatique) et modération *a priori*, le fossé entre hébergeur et éditeur semble encore se rétrécir...

• Obligation d'information et contrat informatique : Com., 19 février 2008, 06-17.669, F-D

Dans cet arrêt afférant aux contrats informatiques, la cour apprécie l'obligation d'information du prestataire informatique tant en matière du bug de l'an 2000 que du passage à l'euro. Celle-ci est large puisqu'elle doit couvrir tant les besoins du client que les obligations légales prévues ou prévisibles pour la durée de vie du progiciel. Par ailleurs, la présence d'un professionnel de l'informatique aux

côtés du client ne libère pas le prestataire de son obligation.

Ainsi la société conceptrice du progiciel a vu sa responsabilité engagée pour ne pas avoir anticipé le passage à l'an 2000, tandis qu'elle n'a pas été retenue à l'égard du passage à l'euro — ce dernier n'étant pas prévisible en 1996.

Benjamin JEAN

II – Commentaire de l’affaire Note2be

La polémique reste vive depuis la décision rendue par le juge des référés du Tribunal de Grande Instance de Paris, le 3 mars 2008, ordonnant aux fondateurs du site Note2be.com de « cesser de collecter et de traiter les noms et les notes des enseignants à compter du mercredi 5 mars à 16h32 »,¹ et de modérer « a priori » son forum, ce qui revient concrètement à faire une lecture préalable à la publication des messages, en quelque sorte à bloquer le fonctionnement du site.

Note2.com est un site internet qui recense, depuis sa mise en ligne le 19 janvier dernier, les différents établissements scolaires français et donne la possibilité aux élèves de noter leurs professeurs.

Les fondateurs du site, fortement inspirés de la décision 5 du rapport Attali², ont basé leur système de notation sur cinq critères : « L’intérêt, la clarté, la disponibilité, l’équité des notes, l’autorité et la motivation ».

Parallèlement, depuis quelques semaines certains syndicats enseignants tels que le SNES-FSU, le SGEN-CFDT, le SE-UNSA décrient l’existence de ce site et ont créé le site Contrenote2be visant à retracer l’historique de l’affaire et soutenir les

enseignants en émettant une critique sévère du site de notation.

Au regard des données personnelles, le site pensait s’être conformé à la Loi Informatique et Liberté³, en précisant notamment dans sa politique de protection des données personnelles que les internautes disposaient d’un droit d’opposition à ce que leurs données à caractère personnel fassent l’objet d’un traitement dans le contexte du site.

Ainsi, toute personne souhaitant faire disparaître ses données personnelles du site devait rédiger un courrier recommandé avec accusé de réception mentionnant expressément son refus de diffusion de ces données afin qu’elles soient retirées du site.

La Commission Nationale Informatique et Liberté, saisie par le Syndicat National des Lycées et Collèges le 6 février 2008, a effectué un contrôle dans les locaux des responsables du site, les 13 et 18 février 2008 et a considéré le site comme n’ayant aucune légitimité « pour procéder ou faire procéder à une notation individuelle des étudiants ».

L’intérêt légitime poursuivi était, pour les fondateurs, de permettre aux élèves de s’exprimer sur la qualité de l’enseignement de leur professeur, tout en laissant à ceux-ci un droit d’opposition à la divulgation de leurs données personnelles. Les professeurs bénéficiaient d’un droit d’opposition⁴

¹ www.note2be.com.

² Rapport Attali : Chapitre I, Décision 5 « Evaluer les professeurs sur leur capacité à faire progresser tous les élèves » selon lequel « L’évaluation des professeurs ne peut pas reposer uniquement sur les notes qu’obtiennent leurs meilleurs élèves ni sur l’examen d’inspecteurs. Elle doit aussi reposer sur une évaluation de leur pédagogie par leurs élèves, sur leur capacité à faire progresser chacun et sur la prise en compte des résultats scolaires ultérieurs.

³ Loi n°78-17 du 6 janvier 1978.

⁴ Article 38 de la Loi « Informatique et Liberté ».

ainsi qu'un droit d'accès¹ aux données personnelles conformément à la loi « Informatique et Liberté ».

La CNIL fonde sa décision de non-conformité sur l'article 7 de la loi « Informatique et liberté »² et, dans un communiqué du 6 mars 2008 a rappelé qu'il était inutile qu'elle use de son pouvoir de sanction, satisfaite de la décision rendue par le juge des référés.

Si l'on se réfère à l'article 2³ de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 « Informatique et Liberté » il s'agit bel et bien d'un usage de données appartenant à des personnes physiques, à caractère personnel puisque l'on peut trouver, les nom et prénom du professeur, la matière qu'il enseigne et l'établissement scolaire dans lequel il enseigne.

Au sens de la même loi, ces données « sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes »⁴.

¹ Article 39 de la Loi « Informatique et Liberté ».

² Article en vertu duquel le traitement des données « doit satisfaire à la condition de réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le destinataire, sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée ».

³ « Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne. » Article 2 de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite « Informatique et Liberté ».

⁴ Article 6 2°) de la loi.

La collecte de données personnelles avait pour finalité de créer une base de données de notation en fonction de l'établissement ou du nom du professeur, soit pour consulter la fiche d'appréciations, soit pour déposer un commentaire et noter à son tour un enseignant.

En conséquence, il semble que la collecte de données du site ne satisfait pas aux exigences de finalités explicites et légitimes sachant que les personnes concernées n'ont pas donné leur consentement préalable à la diffusion des données personnelles. Par ailleurs, la finalité poursuivie visant à émettre son opinion sur les qualités d'un enseignant dans sa fonction est considérée comme illégitime en France.

Le site Note2be.com a interjeté appel de cette décision.

Rappelons toutefois qu'aux Etats-Unis, Canada, Angleterre, Ecosse, Pays de Galles, le site www.ratemyprofessors.com, fonctionnant sur le même principe que le site note2be.com, n'a pas causé de semblable polémique et permet aux internautes de déposer leurs commentaires sur un million de professeurs et six mille écoles.

Les nombreuses plaintes déposées par les syndicats enseignants auprès des autorités judiciaires et administratives n'auront pas laissé beaucoup de temps au site pour faire ses preuves et tenter à son tour, d'être bien noté !

Sophie BARDOU

COPROPRIÉTÉ ET INDIVISION

Guillaume GRAS

« Qui terre a, guerre a, enseigne le proverbe. Les copropriétaires n'ont pas toujours le sentiment d'avoir la terre. La guerre, ils peuvent l'avoir. Décidément, ils sont bien propriétaires ». Le conflit entre les copropriétaires dont parle le doyen Carbonnier peut se transformer en guerre plus intestine, quand l'indivision, *mater rixarum*, vient se superposer à la copropriété. Le nombre de propriétaires s'accroît et multiplie les probabilités d'affrontement. Le législateur intervient alors pour tenter de pacifier ce champ de bataille.

Malgré l'arsenal de dispositions législatives qu'il contient, le Code Civil ne propose pas de définition de l'indivision. Compte tenu de l'aversion que le législateur a longtemps eue pour les propriétés communes, les dissimulant au titre des servitudes ou des régimes matrimoniaux, on comprend aussi que le Code ne donne aucune définition de ce qu'est la copropriété.

Pour cerner la nature des copropriétés telles qu'elles se sont développées, certains auteurs opposent la notion à celle plus ancienne d'indivision. Ils comparent le caractère durable de la copropriété à celui, précaire, de l'indivision, ou considèrent que la copropriété ne s'appliquerait qu'à des biens susceptibles

d'appropriation pleine et entière, alors que l'indivision pourrait aussi s'exercer sur des droits réels.

D'autres auteurs assimilent ces deux institutions, les deux étant des modalités d'appropriation. L'indivision d'un droit réel est une forme d'appropriation de ce droit réel. Indivision et copropriété ne se distinguent pas non plus en fonction du caractère des biens concernés, et la diversité des copropriétés qui se sont développées en est la preuve. Elles concernent aussi bien des navires, des brevets, des œuvres d'art que des immeubles. Les régimes de copropriétés organisent tous, mais d'une manière différente en fonction du bien concerné, une indivision.

Dans les indivisions comme dans les copropriétés, le concours de droits de propriété sur un même bien est perçu comme une source de conflit. Le régime mis en place par le législateur a alors pour fonction de pacifier les relations entre les différents copropriétaires et de trouver un équilibre entre garantie du droit de propriété de chacun, et conservation, au minimum, du bien, entre intérêt individuel et intérêt collectif. Il vise à régler les rapports des communistes entre eux. C'est la « double face du

régime juridique de l'indivision »¹ mais aussi des copropriétés.

Le régime de la copropriété des immeubles bâtis a été mis en place en 1965 et il est le seul à prévoir le cas de l'indivision du droit d'un copropriétaire. L'occupation d'un immeuble par plusieurs familles constitue un mode d'habitat très ancien²; les coutumes de Rennes et Grenoble, sous l'ancien droit, mentionnent aussi cet habitat collectif. L'immeuble divisé par étages est perçu comme une juxtaposition de fonds appartenant à des propriétaires différents. Chaque occupant est considéré comme propriétaire exclusif de son étage et titulaire d'un droit de servitude sur l'escalier et sur les choses utiles à tous. Cette analyse de la copropriété par appartement respectait les conceptions en matière de propriété fondées sur le culte de la propriété individuelle. A partir du seul article 664 du Code civil en 1804, le droit de la copropriété par appartement est devenu un régime très complet grâce à la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965. Depuis, le régime de la copropriété s'est considérablement développé, passant de cent articles à plus de trois cents.

Lors de la promulgation de la loi, le législateur n'a pas encore doté l'indivision d'un statut. Elle n'est alors perçue que comme un état précaire et menaçant. Un lot, une part de la copropriété, peut être placé sous le régime de l'indivision pour différentes

raisons : décès du propriétaire, acquisition commune du bien, dissolution d'une société ou absence d'immatriculation de celle-ci. Le régime de la copropriété organise les rapports des propriétaires des différents lots entre eux afin d'éviter les conflits.

Le législateur semble avoir perçu l'indivision comme une copropriété dans la copropriété. Il l'a organisée en conséquence. L'article 23, alinéa 2, dispose que les indivisaires « doivent, sauf stipulations contraires du règlement de copropriété, être représentés par un mandataire commun qui sera, à défaut d'accord, désigné par le Président du Tribunal de Grande Instance à la requête de l'un d'entre eux ou du syndic ». Le mandataire reçoit du mandant le pouvoir de réaliser certains actes pour son compte et en son nom. L'indivision est un état précaire mais qui, au sein de la copropriété des immeubles bâtis, doit systématiquement être organisé. Les réformes successives du régime de la copropriété ont maintenu cet article et l'obligation des indivisaires.

Le régime de la copropriété des immeubles bâtis cherche à établir un équilibre entre l'intérêt individuel du copropriétaire et l'intérêt de la communauté à laquelle il appartient nécessairement. Le développement des règles de gestion a dessaisi le propriétaire de ses prérogatives. Le copropriétaire est devenu un simple occupant du lot.

L'indivision d'un lot de copropriété a toujours fait l'objet d'un traitement particulier au sein de la copropriété des immeubles bâtis (I). L'organisation de l'indivision constitue une atteinte

¹ J. Patarin, *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, Paris, 1990, p. 331.

² On en retrouve des traces sous la première dynastie babylonienne, P. Lebatteux, *AJDI* 2006 p. 519.

inutile au droit commun par le régime de la copropriété des immeubles bâtis (II).

I - La particularité de l'indivision d'un lot de copropriété

La notion de lot est l'apport essentiel de la loi du 10 juillet 1965, le législateur a conçu le lot de copropriété comme un bien, objet du droit de chaque copropriétaire.

La doctrine reconnaît quasi unanimement que le lot constitue une entité autonome, assiette du droit de chaque copropriétaire¹. L'article 6 de la loi du 10 juillet 1965 dispose que « les parties communes et les droits qui leur sont accessoires ne peuvent faire l'objet, séparément des parties privatives, d'une action en partage ni d'une licitation forcée ». La conséquence est donc qu'on ne peut céder les parties privatives sans céder la quote-part des parties communes qui y est afférente. Le partage d'un lot de copropriété en indivision, s'il est possible², aboutit à la création de deux lots de copropriété comprenant donc des parties privatives et une quote-part des parties communes.

Le doyen Carbonnier³ dit à propos du lot de copropriété qu'« il forme un tout indivisible, un droit unique, immeuble par nature ». C'est la

qualification retenue par la Cour de Cassation⁴; elle marque ainsi sa volonté de considérer le lot de copropriété comme un fonds indépendant de l'immeuble qui en est le support. La publicité foncière avait, bien avant la Cour de Cassation, admis que le lot de copropriété était un immeuble. En effet, chaque immeuble placé sous le régime de la copropriété des immeubles bâtis doit faire l'objet d'un état descriptif de division, qui identifie les différents lots résultant de la division de l'immeuble au point de vue de la publicité foncière. Ce document remplace un immeuble unique par le nombre de lots qui ont vocation à devenir l'assiette de droits distincts.

En lui appliquant le régime de la publicité foncière, le législateur fait du lot de copropriété un immeuble à part entière. Le copropriétaire peut donc réaliser sur ce dernier tous les actes juridiques que lui confère son droit.

Contrairement à l'indivisaire, titulaire d'un droit pour une quote-part idéale sur l'ensemble d'une chose, bien ou masse de bien, le copropriétaire est titulaire d'un droit sur un objet déterminé, le lot de copropriété, identifié par l'état descriptif de division. Le copropriétaire possède un droit de propriété divis sur une fraction de l'immeuble comprenant une partie privative et une quote-part des parties communes.

L'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965 dispose que : « la présente loi régit tout immeuble bâti ou groupe

¹ F. Givord, C. Giverdon, P. Capoulade, *La copropriété*, Dalloz action 2005-2006.

² Cass. civ. 3^{ème}, 18 mai 1988 : *D.* 1989, p. 421, note C. Atias.

³ J. Carbonnier, *Droit Civil, Les Biens*, tome 3, P.U.F, coll. *Thémis*.

⁴ Cass. Civ. 3^{ème}, 15 novembre 1989 : *RTD civ.* 1990, p.304, obs. F. Zénati.

d'immeubles dont la propriété est répartie, entre plusieurs personnes, par lots [...]» La copropriété des immeubles bâtis est un mode de division de l'immeuble qui permet à chaque copropriétaire d'être titulaire d'un droit sur un lot.

Messieurs Givord, Giverdon et Capoulade¹ voient dans le droit du copropriétaire sur son lot un droit réel autonome différent du droit de propriété. Ils considèrent que le droit du copropriétaire est composé « d'un droit de jouissance en principe exclusif sur la partie privative et d'un droit de jouissance plus limité, parce que commun, sur les choses communes ». Mais c'est un droit unique qui porte sur l'ensemble du lot. Ce droit est donc, selon eux, différent du droit de propriété traditionnel. Les prérogatives du copropriétaire sur son lot sont moindres que celle du propriétaire traditionnel puisqu'elles s'exercent dans un cadre collectif. Les prérogatives retirées à chaque copropriétaire sont confiées à la communauté représentée par le syndicat de copropriété. Celui-ci est chargé de la gestion et de l'administration de l'immeuble et a le pouvoir d'agir en justice afin d'assurer la « sauvegarde des droit afférents à l'immeuble ». Ils concluent donc qu'« aux droits individuels de chacun sur son lot correspondent des prérogatives de la collectivité sur l'immeuble ».

Cependant, il est utile d'observer que le copropriétaire conserve tous les attributs de la propriété sur son lot, il

¹ F. Givord, C. Giverdon, P. Capoulade, *La copropriété*, Dalloz action 2005-2006.

peut en user, en jouir et en disposer. Les limitations qui lui sont opposables n'en altèrent pas pour autant la substance ; on admet, en effet, que le droit de propriété peut être limité².

Le droit d'action individuel du copropriétaire n'est pas limité aux seules actions portant sur les parties privatives. Le copropriétaire peut aussi agir en vue de protéger les parties communes lorsque le trouble présente un caractère à la fois collectif et personnel³. L'action relative aux atteintes aux parties communes relève en principe de l'action reconnue au syndicat. Mais si cette atteinte cause un préjudice personnel à un copropriétaire, celui-ci peut agir pour défendre son lot. L'immeuble ne constitue pas une entité où chacun aurait un droit indifférencié. Le copropriétaire ne peut agir que pour défendre son lot. Le lot devient une « entité réelle ayant une consistance diverse au sein d'une entité qui n'anéantit pas son individualité »⁴.

Il n'est pas évident que le droit du copropriétaire sur son lot soit un démembrement du droit de propriété.

Le copropriétaire est propriétaire de son lot mais il faut aussi s'interroger sur la nature du droit de l'indivisaire. C'est de lui dont dépendent les pouvoirs de chaque communiste sur un lot de copropriété indivis.

² M.-L. Mathieu-Izorche, *Droit civil, Les biens*, Dalloz 2006.

³ Civ. 1^{ère}, 30 juin 1992 : *Bull. civ.* III n° 229 ; *Rep. Def.* 1993, art. 35673 ; n°137, note J.-L. Aubert.

⁴ F. Bayard-Jammes, *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier, analyse critique*, LGDJ 2003.

Un courant de pensée, inspiré par le droit romain, analyse le droit indivis comme une modalité du droit de propriété. Si on pose comme principe que le droit indivis est un droit de propriété partagé entre les indivisaires, alors, on est obligé de constater que le droit de propriété n'est plus ni absolu ni exclusif. La propriété est alors analysée comme une chose unique divisée intellectuellement en plusieurs quotes-parts. Une partie de la doctrine admet que les indivisaires sont cotitulaires d'un même droit de propriété¹. L'objet du droit indivis n'est plus la chose elle-même mais la quote-part. Cette théorie classique de l'indivision et toutes les autres qui en découlent, plus ou moins directement, reflètent la conception de la propriété adoptée par certains auteurs. Le droit de propriété est analysé comme un bien, le droit et la chose sont confondus. Cette conception de la propriété est pourtant contestable. La propriété n'est pas un bien mais un lien entre la chose et le sujet.

Si on retient la théorie de la propriété mise en avant par le professeur Zénati, qui analyse le droit de propriété comme un droit subjectif inappropriable, une relation entre un sujet et un objet, alors, l'objet du droit indivis n'est plus la part elle-même mais le bien indivis quel qu'il soit (corporel ou incorporel, meuble ou immeuble).

Le professeur Zénati développe une analyse moderne de l'indivision : la

¹ F. Delhay, *La nature juridique de l'indivision. Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personnalité morale*, LGDJ, Paris, 1969.

concurrence des indivisaires n'a pas pour effet de priver chacun d'eux de sa qualité de propriétaire. Chaque indivisaire jouit pleinement de son monopole sur l'intégralité du bien. Il conserve ainsi l'idée issue du droit romain que la quote-part n'est qu'une construction intellectuelle. Seul le bien indivis, qu'il soit une chose ou une masse, est l'objet du droit de propriété. L'indivisaire est propriétaire de l'intégralité de la chose mais pour une part seulement.

La quote-part constitue l'assiette de chaque droit indivis. Elle ne constitue pas « une entité matérielle soumise au *dominium* mais une allégorie qui semble représenter la proportion de la chose que doit recueillir le copropriétaire lors du partage. »². La division en quotes-parts permet une attribution non pas matérielle et concrète, mais partielle et abstraite du bien ou de la masse de biens entre les différents indivisaires. Chaque indivisaire, s'il n'est propriétaire que pour une part, exerce cependant un droit exclusif sur la totalité du bien, en concurrence avec les autres indivisaires. L'indivision n'est qu'une juxtaposition de droits individuels. On peut donc considérer que l'indivision est une modalité d'exercice du droit de propriété.

Les indivisaires, même s'ils ne peuvent pas exercer leurs pouvoirs vis-à-vis des autres membres de l'indivision, ne perdent pas leur pouvoir exclusif sur la chose. La cession du bien indivis par un seul copropriétaire est opposable aux co-indivisaires à

² F. Zénati et T. Revet, *Les biens*, PUF 1997.

concurrence de la quote-part de son auteur¹. Le droit de propriété peut être exercé en communauté, il n'en perd pas pour autant ses caractéristiques. Rien ne s'oppose à ce que l'on analyse le droit indivis comme un droit de propriété.

Un copropriétaire est propriétaire d'un lot, un indivisaire est propriétaire du bien indivis. Quand l'indivision porte sur un lot de copropriété, alors chaque indivisaire est propriétaire de l'ensemble du lot. Reconnaître la qualité de copropriétaire à l'indivisaire ne présente pas autant de difficultés que reconnaître la qualité d'associés aux indivisaires d'une part sociale indivise.

L'unité des indivisaires est assurée jusqu'au partage par l'unité de la chose indivise sur laquelle ils détiennent des droits de propriété concurrents. Ils ne resteront liés que jusqu'à ce que l'un d'entre eux demande le partage. L'intérêt particulier de chacun prévaut sur l'intérêt commun, bien que ce dernier ne soit pas non plus à négliger. Cela explique le peu d'organisation qu'a prévu le législateur, laissant ainsi la possibilité aux indivisaires de s'organiser s'ils en voyaient l'intérêt (article 1873-1 du Code Civil).

A l'inverse, dans la copropriété des immeubles bâtis, la collectivité des copropriétaires est une communauté d'intérêts appelée à durer. L'unité matérielle de l'immeuble a pour corollaire l'unité des copropriétaires. Ceci rend nécessaire la mise en place d'une organisation collective qui transcende les intérêts individuels. En maintenant la valeur de l'immeuble, elle maintient la valeur des lots de

copropriété. C'est l'intérêt de l'immeuble qui explique la mise en place d'un système de gestion très complet par la loi du 10 juillet 1965.

II - L'organisation de l'indivision par le syndic, une atteinte inutile au droit commun par le régime de la copropriété des immeubles bâtis

« Tout fonctionne » a dit le professeur Thomassin en parlant de la copropriété des immeubles bâtis. Le bilan de son régime semble satisfaisant, il permet l'accession des personnes à la propriété immobilière, et grâce à la souplesse des règles de gestion que le législateur a mises en place, la conservation et la valorisation du bien sont assurées.

Toutefois il faut reconnaître que le droit de la copropriété immobilière tend de plus en plus à s'éloigner des principes qui gouvernent le droit commun. La mise en place d'un régime particulier de l'indivision au sein de la copropriété constitue une fausse solution puisqu'elle ne vient que compliquer la situation d'un lot placé sous le régime de l'indivision. De plus, elle porte atteinte au droit de l'indivisaire. L'indivision d'un lot de copropriété traduit la primauté accordée à l'organisation de la copropriété sur la garantie du droit du copropriétaire.

Le droit de l'indivision, qui trouve à s'appliquer dans beaucoup d'autres formes de copropriété, offre une solution pertinente tout en respectant la

¹ T. Revet : *RTD civ.* 2005, p. 801.

qualité de propriétaire des indivisaires. Depuis sa modernisation, l'indivision est une institution capable de stratégies réactives et audacieuses.

Le droit de propriété de l'indivisaire ne cesse de reculer devant la copropriété. L'article 23, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965, pouvait apparaître salubre en 1965, puisqu'il permettait d'organiser une indivision perçue comme statique et conflictuelle. Mais, aujourd'hui, ces dispositions ne peuvent pas être justifiées ni au regard du droit commun ni au regard du droit de la copropriété.

Le droit de la copropriété immobilière met en place des solutions dérogatoires au droit commun pour assurer la conservation et la valorisation de l'immeuble mais il crée alors un droit complexe difficile à appliquer.

Le régime de la copropriété immobilière prévoit que plusieurs restrictions peuvent être apportées au droit de propriété de chaque copropriétaire. Mais toutes ces mesures se justifient toujours par référence à l'intérêt de l'immeuble, de la copropriété. Au regard de ce principe, cependant, l'obligation d'organiser une indivision et surtout le pouvoir confié au syndic ne peuvent pas être justifiés par la destination, l'intérêt de l'immeuble. Les dispositions de l'article 23, alinéa 2, sont même contraires au droit qui régit l'indivision.

La désignation d'un mandataire commun constitue une obligation pour les indivisaires propriétaires en commun d'un lot de copropriété. Ils ont l'obligation d'être représentés.

Cette disposition de la loi du 10 juillet 1965 est en contradiction avec la logique du régime de l'indivision. Il prévoit la représentation des indivisaires seulement comme une faculté. Le Code civil laisse une liberté totale aux indivisaires dans le choix de l'organisation de l'indivision. Même dans les indivisions conventionnelles, la désignation d'un gérant n'est pas obligatoire, l'article 1873-5 disposant que « les co-indivisaires *peuvent* désigner un gérant » ; le Code civil n'en fait pas une obligation à la différence de l'article 23, alinéa 2, de la loi de 1965.

La représentation des indivisaires par un mandataire commun ne vise pas à permettre une bonne administration de la masse indivise, elle vise à faciliter et à sécuriser les rapports qu'entretient le syndicat avec les indivisaires. Les convocations et documents ne seront adressés qu'à une seule personne, et les décisions adoptées ne pourront que difficilement être contestées par les indivisaires. La pluralité des indivisaires s'efface derrière le lot de copropriété.

La loi de 1965 pose une présomption d'intérêt : si les indivisaires n'ont pas demandé le partage, c'est qu'ils ont forcément un intérêt commun, ils doivent donc être représentés. De plus, le mandataire désigné en justice dispose comme tout mandataire d'une certaine autonomie dans ses actes. Or, n'étant pas lié à l'indivision par un de ses membres, ses décisions ne seront pas guidées par l'intérêt commun de l'indivision et il agira dans l'intérêt du lot et plus dans l'intérêt des propriétaires. L'objet du droit de propriété est placé avant le titulaire du droit.

La nomination judiciaire d'un mandataire de l'indivision à la demande du syndic de copropriété présente aussi de nombreuses insuffisances.

Le mandataire commun de l'indivision n'est chargé que de l'administration du lot, ses pouvoirs sont donc restreints. Le recours à un mandat spécial est donc indispensable pour un certain nombre d'actes. Certains actes qualifiés par le régime de la copropriété d'actes de gestion courante sont en réalité des actes de disposition puisqu'ils portent sur la vente de certaines parties communes. Le mandataire nommé à la demande du syndic de copropriété ne pourra pas participer au vote, et les indivisaires devront être contactés.

La représentation forcée de l'indivision permet de résoudre les questions de gestion courante, soumises aux assemblées générales, mais elle reste insuffisante pour résoudre les décisions les plus graves où le consentement de l'indivision peut devenir indispensable.

Le droit de la copropriété des immeubles bâtis n'a pas pris en compte la modernisation de l'indivision. Depuis la loi de 1976, l'indivision est restée une forme d'appropriation. C'est aussi un mode de gestion efficace du patrimoine, où l'intérêt du bien et celui de chaque membre de la communauté sont pris en compte.

L'indivision ne mérite plus les préjugés qui l'accablent encore aujourd'hui. De nombreuses structures utilisent l'indivision comme moyen de gestion d'un patrimoine. Les sociétés

ont très vite compris les potentialités offertes par l'indivision, en mettant en place des indivisions baptisées « d'indivision industrielle » qui leur permettent de regrouper leurs moyens sans pour autant fusionner. L'indivision peut aussi être une réponse efficace à des situations très complexes, la pratique a montré que le régime de l'indivision trouvait parfaitement à s'appliquer en matière de propriétés littéraires et artistiques¹. L'indivision offre une gestion collective du bien et concilie intérêt de chacun et intérêt commun. Le droit commun de l'indivision offre un régime de gestion profitable aux co-indvisaires mais aussi au syndicat de copropriétaires.

Le régime légal de l'indivision mis en place par les lois du 31 décembre 1976 et du 23 juin 2006 prend plus en compte l'intérêt des indivisaires que l'article 23, alinéa 2, de la loi de 1965. Mais il n'est pas pour autant défavorable au syndicat. D'une part, la crainte qu'avait le législateur en 1965 de voir la copropriété pâtir de l'inertie de l'indivision n'est pas justifiée, le droit de l'indivision facilitant la désignation d'un mandataire commun. D'autre part, l'article 815-17 du Code civil offre au syndicat des moyens d'action contre les indivisaires trop passifs. Le paiement des charges de copropriété en est une illustration frappante.

Le partage des charges entre chaque indivisaire constitue une source de problèmes pour le syndic et le risque de ne pas être intégralement payé par l'indivision pour le syndicat. Ceci

¹ *Deffrénois* 2001, I, article 37412, p. 1169.

explique le développement des clauses de solidarité dans les règlements de copropriété. Cette unité imposée des indivisaires n'est pourtant pas forcément la solution la plus efficace, le droit commun offrant des solutions très favorables au créancier de l'indivision.

L'article 815-17 dispose que le créancier de l'indivision peut soit se payer par prélèvement sur l'actif de l'indivision avant le partage ce qui suppose alors que l'indivision ait un actif autre que le lot de copropriété, soit poursuivre la saisie et la vente du lot de copropriété. Le syndic doit donc respecter les conditions de la saisie immobilière. Il doit procéder aux mêmes formalités. Le mandataire commun ne peut pas représenter l'indivision en justice. Le syndic doit donc assigner chaque indivisaire et l'informer de la saisie.

Le droit commun présente alors un intérêt pour le syndic. L'information de chaque indivisaire et plus uniquement du mandataire commun constitue une menace pour les indivisaires qui souhaitent conserver le bien. En cas de non paiement des charges, le syndic peut demander l'adjudication du lot.

Mais, dans certaines situations où l'efficacité est nécessaire, le droit commun de l'indivision permet aussi à un indivisaire seul d'agir : ce dernier, en servant ses intérêts, sert aussi ceux de ses consorts, la conservation du bien profitant à tous.

L'indivisaire est un propriétaire, son droit n'est limité que par les prérogatives concurrentes de ses consorts. Le législateur, suivant des

solutions jurisprudentielles, a mis en œuvre une série d'institutions afin de faciliter la gestion du bien indivis. Il a laissé un indivisaire gérer la chose commune seul. Un indivisaire a moins de pouvoirs que l'un des époux sur le bien commun mais il peut néanmoins assurer seul la gestion et la conservation du bien indivis.

Les lois de 1976 et de 2006 ont amélioré la gestion de bien indivis. Un indivisaire seul peut maintenant prendre en main l'administration de la chose commune, afin d'assurer la conservation de celle-ci. Mais, et particulièrement en matière de copropriété des immeubles bâtis, pour qu'un indivisaire puisse agir, encore faut-il qu'il soit informé de la tenue des assemblées générales.

L'idée d'imposer la convocation de tous les indivisaires n'est pas nouvelle, et Monsieur le professeur Dagot proposait déjà, afin de protéger l'indivisaire, d'insérer dans les règlements de copropriété une clause type qui, sans être contraire à l'intérêt commun des copropriétaires de l'immeuble, permettrait d'informer chaque indivisaire et donc de le laisser prendre en main la gestion de son bien. Cette clause est libellée ainsi : « En application des dispositions de l'article 23, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965, si les co-indivisaires désirent participer à l'assemblée des copropriétaires, ils seront tenus de se faire représenter par un mandataire commun. A cet effet, la convocation à l'assemblée générale sera adressée à chacun d'eux qui pourra soit se concerter avec les autres indivisaires à l'effet de désigner un mandataire commun, soit demander cette

nomination au Président du Tribunal de Grande Instance du lieu de situation de l'immeuble, statuant par ordonnance sur requête. Le syndic ne pourra demander une telle nomination qu'avec l'autorisation expresse de l'un des indivisaires »¹.

La copropriété des immeubles bâtis s'éloigne du droit commun, elle reste néanmoins une composante du droit privé. La confrontation des deux institutions permet de tirer toute la richesse de ces différents modes d'appropriation. L'indivision a influencé le législateur pour la rédaction du statut de la copropriété des immeubles bâtis, en lui permettant de constater les carences du régime en matière de propriété commune. On peut penser que le droit de la copropriété des immeubles bâtis sert aujourd'hui d'exemple, positif ou négatif, au droit

de l'indivision. La mise en place du principe majoritaire dans la prise de certaines décisions au sein de l'indivision semble tracer une évolution favorable à une gestion commune du bien indivis. Mais le droit de la copropriété et les critiques que certains auteurs ont faites du développement du pouvoir majoritaire au sein de la copropriété, sont une source de réflexion pour le futur du droit de l'indivision. La comparaison de la copropriété et de l'indivision permet d'enrichir la réflexion sur les propriétés communes, notamment sur les différentes formes de copropriétés intellectuelles. La souplesse de l'indivision leur permet de fonctionner, mais l'importance économique ou culturelle de ce type particulier de bien justifie que se développent des régimes spéciaux. Les propriétés communes sont amenées à se multiplier.²

¹ M. Dagot, *Le lot de copropriété indivis* : JCP G 1979, I, 2959.

² Mémoire disponible au Laboratoire de Droit privé de la Faculté de Droit de Montpellier.

LA LOI SUR LES DROITS RÉELS : ANALYSE DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE EN CHINE

YANG LIU

« Une loi adoptée en mars 2007, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2007, protège aussi bien la propriété privée que la propriété publique, excepté ce qui concerne la terre, qui appartient à l'État. »¹ Cette présentation sur le site Wikipedia désigne bien les caractères essentiels de « la loi sur les droits réels ». Cette loi est considérée comme une confirmation du système économique chinois au niveau législatif. Parmi tous les droits civils, cette loi a un poids politique important. Selon un des législateurs, M.Wang Liming, « le but de cette loi est de maintenir et de protéger le système économique de l'Etat et le système du marché libre socialiste, de rendre claire la propriété de la chose, de mettre en œuvre l'utilité de la chose et de protéger les droits réels de l'ayant droit² ».

On ne peut pas introduire dans notre article de quelques pages tout le contenu de cette loi qui comporte 247 articles et qui a eu sept avant-projets. On préfère donc présenter certaines règles spéciales, celles qui concernent la propriété privée (II) ; avant

d'analyser ces règles délicates, il est nécessaire de connaître d'abord le schéma de cette loi en général (I).

I – Présentation globale de « la loi sur les droits réels »

Suite au développement important du marché libre depuis les années 1980 et les réformes de Deng Xiaoping, le droit civil chinois se rapproche énormément des droits occidentaux, notamment du droit allemand. La loi de 2007 sur les droits réels est élaborée selon le modèle du droit allemand, qui est différent du droit français. Par conséquent, pour que les lecteurs français puissent mieux comprendre cette loi, nous préférons éclairer certaines notions communes au droit français et au droit chinois (A), avant de présenter les grandes lignes de la loi 2007 (B).

A – Les notions de biens et de choses

En France, l'expression « les droits réels » n'apparaît pas dans le Code civil, mais le contenu des droits réels est présenté dans le Livre 2 qui traite « Des biens et des différentes modifications de la propriété », ainsi que certaines règles dans le Livre 3.

¹ http://fr.wikipedia.org/wiki/Droit_chinois.

² M. Wang Liming, <http://china.rednet.cn>.

Dans la doctrine, les droits réels sont introduits plutôt dans les manuels nommés « Droit civil – les biens ». En droit français, la notion de « biens » est donc importante, mais elle est, par contre, incertaine et très discutée. « Le lecteur, écrit Marie-Laure Mathieu-Izorche, qui aurait la curiosité de comparer plusieurs ouvrages, serait fort déconcerté de constater qu'il y a presque autant de définitions du mot « bien » que d'ouvrages de droit des biens »¹.

1 – Les biens : l'ambiguïté de la notion

En droit français, qu'entend-on en effet par « biens » ? En réalité, on peut dire que les « biens » sont les choses vues sous l'angle juridique, dans la mesure où elles sont appropriables et où elles deviennent objets de droit, comme une maison, une voiture... Il s'agit d'objets qui ont certaine matérialité. Cependant, là où cela se complique, c'est que les biens ne se limitent pas à ces choses corporelles et objets de droit ; les droits en eux-mêmes sont des biens dits incorporels². De manière générale, dans la doctrine, il existe deux notions de « biens », les biens au sens strict, c'est-à-dire la chose corporelle ; et les biens au sens large, désignant la chose matérielle et la chose immatérielle, qui comportent aussi les droits eux-mêmes. On a donc ici une antinomie logique. Selon l'article 543 du Code Civil, pour tous les biens, on peut avoir certains droits réels³. Par

exemple, l'usufruit de l'immobilier et la servitude sont des biens. On peut avoir un droit de propriété, un simple droit de jouissance, ou seulement des servitudes foncières sur cet usufruit de l'immobilier et cette servitude... L'objet des droits réels et les droits réels eux-mêmes sont confondus. En droit français, on ne voit pas de distinction vraiment claire entre les notions comme la chose matérielle, le patrimoine, les biens, les droits réels et les autres droits patrimoniaux. La doctrine française s'efforce de trancher ces ambiguïtés, mais le résultat n'est pas très satisfaisant : par exemple, traditionnellement, on dit « le droit des biens » qui comporte seulement l'étude des droits réels. Les droits patrimoniaux, en revanche, sont une catégorie beaucoup plus large, comportant non seulement le droit réel, mais aussi le droit personnel et la propriété intellectuelle. Mais selon d'autres auteurs, l'étude sur le droit des biens comporte également les droits de la propriété intellectuelle⁴. Actuellement, avec le développement de la propriété intellectuelle et la floraison des titres et valeurs, la frontière entre étude sur le droit des biens et étude sur les autres droits patrimoniaux est de plus en plus floue. L'étude des droits patrimoniaux nous laisse une impression de désordre.

Dans le droit chinois, pour éviter ces problèmes apparus dans le droit français, les juristes ont après de longs débats abandonné le mot « biens » au profit de la loi de 2007, qui emploie plutôt le mot « chose » pour définir les

¹ M.-L. Mathieu-Izorche, *Droit civil. Les Biens*, Sirey, 2006, p.8

² V. Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Première année*, 15^{ème} édition, p. 116.

³ V. Code Civil, Dalloz 2007, art. 543.

⁴ V. G. Cornu, *Droit civil. Les biens* ; introduction, p. 1-3.

droits réels : ce changement de terme sous-entend une modification dans l'appréciation du contenu.

2 – Les choses

En droit français, le mot « chose » est utilisé pour définir « biens ». La chose elle-même n'a pas une définition claire ni dans le Code civil ni dans la doctrine. En droit chinois, le mot « chose » a presque une définition unitaire : « les substances matérielles ou les forces naturelles qui sont juridiquement utiles et qu'il est possible de s'approprier »¹. Cette définition de la chose ressemble à celle des « biens » au sens strict, c'est-à-dire les biens matériels. La notion de « biens » existe dans la doctrine chinoise, mais elle n'est pas une notion courante ; parfois, cependant, on dit aussi que les « biens » comportent les choses corporelles et les droits patrimoniaux (les choses incorporelles). En Chine, tout le monde est d'accord pour reconnaître que l'objet du droit réel est toujours la chose matérielle, mais il y a des rares exceptions : certaines situations sont réglées expressément par la loi où il existe quelques droits qui peuvent être l'objet de droits réels, comme « le gage de droits »². En résumé, en Chine, il n'y a ni loi, ni étude globale sur les biens ou le patrimoine, mais il existe une loi sur les droits réels, un droit des contrats (le droit de créance), et un droit de la propriété intellectuelle... La distinction entre tous ces droits patrimoniaux est assez claire.

¹ Zhang Junhao, *La théorie générale du droit civil*, p.126.

² Loi de 2007 sur les droits réels, <http://www.zfwlxt.com/html/2007-3/2007321828441.htm>.

Les juristes chinois ont fait de larges emprunts au droit allemand qui distingue nettement le droit réel du droit personnel et a recours à cette distinction pour construire le régime des droits patrimoniaux. Ces juristes chinois ont donc limité l'objet du droit réel à la chose corporelle dans le but de maintenir cette distinction. Les juristes français n'ont pas créé leur propre système de droits patrimoniaux en respectant strictement cette distinction, quoiqu'elle existe. L'emploi de la notion « biens » au sens large a vidé le fondement du droit réel : si l'objet du droit réel ne se limite pas à la chose matérielle, si le droit de créance, le droit de la propriété intellectuelle, et les droits réels eux-mêmes peuvent être l'objet de droit réel, que devient enfin le droit réel ? Les frontières entre le droit réel, le droit personnel, et les autres droits patrimoniaux sont fortement effacées. Le droit réel a donc perdu la plus grande partie de sa valeur.

B – Les grandes lignes de la loi de 2007

La loi chinoise de 2007 comporte 5 chapitres : les dispositions générales, le droit de la propriété, le droit de l'usufruit, le droit réel de gage, la possession. Selon la pensée française, ces cinq chapitres peuvent être regroupés en deux parties : une partie englobe les droits réels principaux – la propriété et l'usufruit – l'autre partie s'attache aux droits réels accessoires – le droit réel de gage. Après une recherche préliminaire sur cette loi, trois aspects propres à celle-ci apparaissent nettement.

Exigence de certaines formes pour l'existence d'un droit réel. Dans son chapitre intitulé « les dispositions générales », la loi de 2007 a établi des règles différentes du droit français. Ces règles exigent des formes en cas de création, modification, transfert ou extinction d'un droit réel. Selon les articles 9 et 23 : « sauf dispositions légales contraires, la création ou modification des droits réels immobiliers n'est pas valide sauf si elles ont déjà passé l'enregistrement légal » ; « la création ou modification du droit réel mobilier n'est valide qu'au moment où la délivrance de la chose mobilière est réalisée »¹. Ces exigences de forme montrent que le droit chinois distingue strictement le droit réel du droit de créance ; plus précisément, le seul contrat de créance n'entraîne pas directement la modification d'un droit réel. Pour que ce dernier soit transféré d'une personne à une autre, il faut encore remplir les exigences d'enregistrement ou de délivrance.

Le principe de protection égale. Dans ce même chapitre et dans le chapitre suivant intitulé « le droit de propriété », un principe et ses règles applicables de la protection égale du droit de propriété étatique, du droit de propriété coopérative et du droit de propriété privée sont établis. Cela signifie que l'intérêt étatique ou collectif n'est pas plus important que l'intérêt privé comme dans l'ancien temps. La législation chinoise est sortie de l'influence de l'idéologie communiste. Ce principe donne au

propriétaire privé le droit de se défendre lorsque l'Etat convoite un bien privé au nom de l'intérêt étatique. Toutefois, il faut préciser que l'expropriation dans l'intérêt public existe encore mais qu'elle est soumise à des conditions strictes².

La prospérité du droit d'usufruit.

La Chine est toujours un pays socialiste, même si le marché libre s'est beaucoup développé. La preuve en est que toutes les richesses naturelles, notamment la terre, appartiennent à l'Etat ou à la collectivité locale. Une personne privée ne peut jamais être propriétaire d'un terrain. Mais l'Etat est un nom abstrait, il peut posséder la plus grande partie de la terre chinoise en vertu du régime politique ou juridique, mais lui-même ne peut pas l'exploiter. On a donc besoin de l'aide des personnes privées qui mettent en valeur toutes ces richesses naturelles, notamment la terre qui est un instrument de production excellent. C'est donc la raison pour laquelle dans la loi de 2007, le droit d'usufruit a un contenu si riche : pour que les paysans puissent exploiter la terre agricole, on leur concède un droit d'entreprendre et de gérer les terres, ce droit est donné automatiquement à tous les paysans sans demander de contrepartie. Pour que les huit cents millions de paysans arrivent à se loger, on leur donne un droit d'utiliser les terres afin de bâtir leurs maisons. Ce droit a une contrepartie symbolique. Pour favoriser le développement de la ville, tant sur le plan commercial que sur celui des

¹ Loi de 2007 sur les droits réels, art. 9 et 23, <http://www.zfwlxt.com/html/2007-3/2007321828441.htm>.

² Dix points essentiels de la discussion sur la loi de 2007, <http://www.law-walker.net/detail.asp?id=3265>.

logements, la loi a créé un droit d'utiliser les terrains à bâtir. Mais dans la plupart des cas, pour obtenir ce droit de bâtir, il faut payer une taxe très élevée. Le chapitre 3 « le droit d'usufruit » représente vraiment une spécialité chinoise, ses contenus sont loin du droit français. Il semble qu'en Chine, le plus important des droits réels immobiliers n'est pas la propriété au sens traditionnel, mais tous ces droits d'usufruit – le peuple chinois restant le « propriétaire » de tous ces droits d'usufruit.

II – La propriété privée dans la loi de 2007

La loi de 2007 est comprise comme « la loi sur la propriété privée » par les juristes étrangers. Mais cette loi est-elle vraiment une loi particulière à la propriété « privée »? Après notre recherche, il nous semble que non. Mais sans doute, la propriété privée a-t-elle pris une place très importante dans la loi de 2007 (A). Comme dans presque tous les pays occidentaux, la propriété privée en Chine est divisée en la propriété privée mobilière (B) et celle immobilière (C). Cette dernière sera le point important de notre étude en raison de la spécialité de la propriété de la terre en Chine.

A – La place de la propriété privée en Chine et dans la loi de 2007

La Chine étant un pays socialiste, le système complet de la propriété privée n'est pas encore installé, comme dans les pays occidentaux. Néanmoins, la propriété privée concernant les biens de

consommation existe depuis toujours et surtout depuis l'année 1980. Après la réforme de Dengxiaoping, la société chinoise a connu un grand changement : la propriété des moyens de production, qui ne pouvait être privée avant l'année 80, a commencé à devenir un aspect important de la propriété privée ; le contenu de la propriété privée étant aussi beaucoup plus large qu'avant. Mais ce changement n'était pas bien répercuté dans le système juridique jusqu'à la loi de 2007. Les législateurs chinois ont rassemblé et enrichi dans cette loi toutes les règles concernant la propriété privée qui apparaissaient dans les différents règlements du gouvernement. Pour la première fois, les droits de propriété privée sont présentés complètement dans une « loi ». C'est en ce sens qu'on peut dire que la loi de 2007 est une loi sur « la propriété privée ». Mais elle n'est pas le seul contenu, et n'est même pas le contenu le plus important de cette loi¹.

Dans le livre 2 « le droit de la propriété » de la loi de 2007, la propriété étatique, la propriété coopérative et la propriété privée constituent ensemble son chapitre 5. Au vu de ses articles, on aurait tout de suite l'impression que ceux concernant la propriété étatique (Art. 45 à 57) sont beaucoup plus nombreux que ceux concernant la propriété privée (Art. 64 à 67)². Cette façon de présenter le droit de

¹ Yin tian, *Les réussites et les échecs de la loi de 2007 sur les droits réels*, <http://www.lawstar.com/cacnew/200703/30006880.htm>.

² V. La loi sur les droits réels, art. 45 à 67, <http://www.zfwlxt.com/html/20073/2007321828441.htm>.

la propriété semble incompréhensible pour les juristes français : les législateurs chinois ne distinguent pas le droit privé du droit public en matière de droit de propriété. La propriété publique, qui doit normalement être l'apanage du droit public, a pris une place plus importante dans la partie concernant le droit privé de la loi de 2007. Pendant l'élaboration de cette dernière, les juristes chinois ont eu de grands débats sur cette question. Mais trois raisons principales les ont enfin décidés à établir la version actuelle de la loi de 2007.

Voici la première raison : étant donné que les biens immobiliers les plus importants, la terre et les autres richesses naturelles, appartiennent exclusivement à l'Etat ou à la collectivité agricole, le régime des droits réels serait presque totalement vidé, si on annulait la propriété étatique dans la loi de 2007.

En second lieu, en Chine, le droit public, notamment le droit administratif, est faible, car tous les régimes concernant le pouvoir étatique sont considérés comme des domaines sensibles. Les théories sont en devenir : cette discipline n'est pas encore suffisamment élaborée. Dans ce contexte, la proposition de créer un droit administratif de la propriété étatique n'a pas eu de grands soutiens.

Troisième explication, la Chine est toujours un pays caractérisé par son organisation économique et une idéologie de type socialiste. On considère que l'intérêt étatique et l'intérêt de tout le peuple chinois sont la même chose. Pour les hommes

politiques chinois, la chose la plus importante est de protéger l'intérêt étatique comme la propriété étatique. Mais on peut se demander si les autorités étatiques représentent automatiquement les intérêts des peuples... En résumé, la propriété privée, qui est considérée comme le fondement des droits réels dans les pays occidentaux, est en train de se développer, mais difficilement, en Chine.

B – La propriété privée mobilière

Comme dans les pays occidentaux, en Chine, « les biens (les choses) sont aussi divisés en biens mobiliers et biens immobiliers »¹ : la propriété mobilière et la propriété immobilière font partie de la propriété privée.

Selon l'art 64 de la loi 2007, « l'objet de la propriété privée peut être des revenus légitimes, des maisons, des objets de consommation, des outils de production, des matières premières etc... »².

L'article 65-1 dispose que « la loi protège les épargnes légitimes, les investissements et les bénéfices légitimes des personnes privées »³.

L'article 65-2 énonce quant à lui que « L'Etat protège le droit de succession, les autres droits et intérêts des personnes privées »⁴.

¹ Préc., art. 2 -2.

² Préc., art. 64.

³ Préc., art. 65-1.

⁴ Préc., art. 65-2.

D'abord, il nous faut remarquer une chose : différente du droit français, la loi de 2007 n'énumère pas minutieusement la liste des biens mobiliers et des biens immobiliers. Elle fait référence à « la loi sur la Sûreté », entrée en vigueur depuis le 30 juin 1995, qui définit biens immobiliers et biens mobiliers par le critère physique – les biens peuvent-ils être déplacés sans ruiner leur valeur¹ ? Ce seul critère de déplacement n'est pas suffisant aux yeux de certains juristes – une énumération exhaustive résoudrait cette ambiguïté. Néanmoins, l'accroissement rapide des matières de nos jours oblige les législateurs à confier cette détermination aux juges.

Les articles 64 et 65-1 montrent bien qu'il n'y a plus une grande différence entre la propriété privée mobilière en Chine et en France. L'objet de la propriété privée mobilière couvre presque tous les types de biens mobiliers.

L'article 65-2 comble une lacune : cette lacune naît de l'exclusion des droits - les biens incorporels - de l'objet des droits réels. Personne ne peut nier que certains droits (comme les droits de succession) sont des richesses pour les ayants droit ; ces droits actuels ou futurs doivent être protégés par la loi, même sans avoir recours au régime des droits réels.

C – La propriété privée immobilière

La terre et les autres richesses naturelles sont exclues du droit de la propriété privée. Dans ce contexte, l'immeuble devient l'objet le plus important de la propriété privée immobilière.

1 – L'immeuble des paysans dans la collectivité agricole

En Chine, chaque collectivité agricole a son propre terrain qui appartient collectivement à tous les membres de cette collectivité. Cette propriété collective ressemble à l'indivision ou à une copropriété mais elle est plus complexe. « Qui est le sujet de ce droit de propriété ? Est-ce la collectivité agricole en tant que personne morale ou bien les membres de la collectivité en tant que personnes physiques ? La loi et la doctrine chinoises n'ont pas une réponse claire et univoque »². Actuellement, selon la loi, aucun membre de cette propriété collective ne peut demander le partage pour en retirer un droit de propriété. Elle n'est donc pas une indivision au sens du droit français. Un comité élu issu des membres composant la collectivité agricole a un droit de regard sur la gestion et la répartition des surfaces allouées aux familles. A cause de l'existence de ce comité, cette propriété agricole collective n'est pas identique à la notion de copropriété française. C'est une notion juridique floue.

¹ M. Fang shaokun, *La recherche des critères pour diviser les biens mobiliers et les biens immobiliers*, p. 1, <http://www.jcrb.com/zywfiles/ca560869.htm>.

² Wang Ailin, *Etude du droit de la propriété coopérative : Revue de l'école juridique et politique de Henan*, Avril 2007.

En dépit de l'ambiguïté du caractère de cette propriété collective, dans la pratique, les membres de la collectivité ont automatiquement un droit de bâtir sur une partie des terrains de leur collectivité. Pour obtenir ce droit et le terrain, une demande à la mairie accompagnée d'une taxe suffit. Une famille n'a droit qu'à une parcelle de terrain à bâtir. Ce droit de bâtir peut être cédé mais sous trois conditions : 1, cession uniquement entre les membres de cette collectivité ; 2, obtention de l'accord de la collectivité ; 3, cette transmission du droit de bâtir doit être accompagnée obligatoirement d'un acte de cession de l'immeuble. Autrement dit, les paysans sont propriétaires de leurs immeubles bâtis, ils sont possesseurs du droit de bâtir, mais ils ne peuvent pas le céder, en disposer librement. Chez les paysans, la propriété d'une maison semble une propriété incomplète. Dans la doctrine, il y a deux opinions opposées sur cette règle : certains juristes considèrent que ces limitations à la transmission du droit de bâtir portent atteinte à l'intérêt des paysans, parce qu'ils ne peuvent pas tirer des bénéfices de la vente de cet immeuble. D'autres juristes maintiennent ces limitations : « La Chine actuelle est dans une période d'évolution. Etant donné la grande différence de richesse entre la ville et la campagne, entre les paysans pauvres et les citadins riches, notamment entre les paysans faibles et les promoteurs puissants, la loi ne peut pas permettre aux paysans la transmission libre du droit de bâtir. Car si les paysans en difficulté cèdent facilement leur droit

de bâtir, ils risquent de devenir des sans-logis »¹.

2 – L'immeuble bâti dans la ville

Pour bâtir les immeubles dans la ville où les terrains appartiennent exclusivement à l'Etat, il faut tout d'abord obtenir le droit d'utilisation des terres en payant une taxe très élevée (cette taxe sera beaucoup moins élevée ou absente si les œuvres à construire sont d'intérêt public).

Actuellement, la Chine connaît une grande urbanisation. La plupart des immeubles bâtis sont des immeubles divisés en nombreux lots. Habituellement, ces immeubles comportent de grands bâtiments avec appartements, escaliers, ascenseurs, ainsi que jardins, parkings, et chemins d'accès... Il s'agit des parties communes et des parties privatives. La loi de 2007 a donc reconnu une nouvelle propriété-composée, qui s'apparente à la copropriété de type français, et qui porte en Chine le nom de « propriétés distinctes sur bâtiment divisé »². Les points communs que l'on retrouve dans le droit français et le droit chinois sont les suivants :

- Un droit de propriété exclusif sur les parties privatives : selon l'article 70 de la loi de 2007³, le copropriétaire a le même droit d'usage et de jouissance qu'un propriétaire ordinaire. Le

¹ Yang Xinfu, *La protection des intérêts des paysans*, <http://www.soufun.com/news/2007-03-10/974915.htm>.

² Loi de 2007 sur les droits réels, chapitre 6, <http://www.zfwlxt.com/html/2007-3/2007321828441.htm>.

³ Préc., art.70.

copropriétaire peut aussi disposer de son droit sur les parties privatives : les vendre, les hypothéquer, constituer un usufruit... L'article 71 impose également au copropriétaire les obligations de respecter les intérêts des autres copropriétaires et de ne pas porter atteinte à la sécurité de l'immeuble lorsqu'il exerce son droit exclusif. C'est souvent le cas lorsqu'un copropriétaire décore son appartement¹.

- Un droit de propriété indivis sur les parties communes : selon les articles 72 à 74 de la loi de 2007, chaque propriétaire possède sur les parties communes un même droit indivis d'usage et de jouissance ; en vendant sa partie privative, le propriétaire cède également sa quote-part sur les parties communes. Les contenus des parties communes sont fixés conformément à la loi, ou à des conventions entre les promoteurs (vendeur) et les copropriétaires (acheteur), ou aux accords entre les copropriétaires², la loi étant partiellement supplétive de volonté.

- Un droit de créer et de participer à l'assemblée générale des copropriétaires. C'est la première fois que la loi chinoise confère aux

copropriétaires ce type de droit. L'assemblée générale est une assemblée délibérante dont tous les copropriétaires font partie, avec un nombre de voix proportionnel à l'importance de leurs parties privatives³. Les décisions de l'assemblée générale sont prises avec un quorum et une majorité variables suivant la gravité de la décision.

Accompagnant tous ces droits, les copropriétaires ont aussi des obligations : paiement des charges, participation aux travaux... Selon l'article 72 de la loi de 2007, il est interdit au copropriétaire d'échapper à ses obligations en délaissant ses droits corrélatifs⁴.

En conclusion, la loi de 2007 sur les droits réels est une œuvre réalisée grâce aux efforts des juristes et du législateur. Elle représente un rapprochement considérable avec les droits occidentaux mais conserve également une forte spécificité chinoise - notamment dans les domaines concernant la terre et la propriété étatique. Pour les juristes chinois, la loi de 2007 est un succès, mais elle manque de précision et de logique juridique à cause des influences politiques, de l'évolution très rapide de l'économie et de la société, ce qui

¹ Lei Lan, *Analyse du droit de copropriété sur l'immeuble divisé en appartements* : *Revue de l'école de la science humaine*, sept. 2006, p. 112.

² Préc., art.72 à 74, <http://www.zfwlxt.com/html/2007-3/2007321828441.htm>.

³ *Ibid.*, art.75 à 83.

⁴ *Ibid.*, art.72 -2.

permet de comprendre que la loi de 2007 ne peut pas maîtriser tous les aspects de l'immense Chine. Mais peut-être le législateur, en sa sagesse, a-t-il laissé des portes ouvertes en vue d'une amélioration ultérieure de cette loi utile et nécessaire.

INDEX THÉMATIQUE

Accident du travail, 33, 36

Acte

- d'administration, 61
- d'enfant sans vie, 40

Action

- directe, 8, 22
- en justice, 98
- en rescision pour lésion, 49
- réelle, 66
- oblique, 8, 81
- paulienne, 9

Adoption, 42 s.

Attribution préférentielle, 48, 61

Autorité parentale, 42, 44 s.

Avoué, 86

Bail, 21 s.

Biens, 45, 59, 128

Brevet, 112 s.

Cautionnement, 20, 73 s.

- réel, 81

Cession

- de créance, 20 et 77
- Dailly, 85

Choses, 128, 130

Code de procédure civile, 88

Collectivité agricole, 133, 134

Communauté

- administration et composition, 47
- dissolution, 48

Concubin, 42, 44, 90

Condition

- résolutoire, 12
- suspensive, 11

Conducteur, 30, 35

Contrat

- durée, 6
- d'entreprise, 22
- informatique, 115
- de mariage, 47
- de travail, 106

Contrefaçon, 105, 111, 112

Contradiction (principe de la), 93 s.

Contribution à l'entretien des enfants, 45

Convention – effet relatif, 14, 69

Copropriété, 65 s., 118 s.

Délégation imparfaite de paiement, 14

Divorce, 52 s.

Dol, 73

Domaine d'exploitation, 107

Donation, 9, 24

- entre époux, 55
- révocabilité, 57

Données personnelles, 116

Droit

- d'auteur, 105 s.
- réel, 118, 129 s.

Editeur, 106, 114

Engagements perpétuels, 6

Entreprise (contrat d'), 22

Etat civil, 40

Filiation, 41 s.

- adoptive, 42 s.
- par procréation charnelle, 41

Fournisseur d'accès, 114

Gage, 83

Garantie des vices cachés, 16

Hébergeurs, 115

Homosexuels (adoption), 42

Hypothèque, 81

Immeuble bâti, 65, 121, 135

Incidents d'instance, 100

Indivisibilité (obligations), 14

Indivision, 61

Instance – extinction, 100

Jouissance paisible, 22

Journalisme, 107

Libéralités, 57 s.

Maître de l'ouvrage, 22

Mariage – devoirs, 52

Mandat, 23 s.

- apparent, 26

Mariage – régime primaire, 46

Marque, 109

Nantissement, 84

Obligations

- bailleur, 21

- information, 75, 115

- mandataire, 23

PACS, 90

Pacte comissoire, 84

Personne morale, 69, 78, 93, 110, 134

Prescription, 9, 30, 34, 66, 71, 76, 106

Prestation compensatoire, 53 s.

Preuve

- acceptation du contrat, 15

- charge, 73, 77

- mentions obligatoires, 15

Promesse de vente, 19

Propriété, 59 s., 118 s.

- immobilière, 123

- mobilière, 133

- titre, 59

- transfert, 59

Recel

- de communauté, 50

- successoral, 56, 57

Résidence de l'enfant, 44

Responsabilité

- contractuelle, 7

- délictuelle, 8, 29 s.

- du fait du mineur, 31

Retard (exécution d'une obligation),
12

Servitudes, 70 s.

- de passage, 70

- de surplomb, 71

Sous-traitant, 22

Subrogation, 77

Substitution de mandataire, 25

Succession, 24, 56

Tacite reconduction, 6

Tiers payeur, 35, 38

Transporteur de personne, 7

Trouble anormal de voisinage, 60

Usufruit, 129 s.

Vente, 16 s.

Vice du consentement, 18, 73

Voies de recours, 93

JANVIER 2008

- 8 **Com.**, 05-13.735, F-P+B p. 80
- 8 **Com.**, 06-13.315, F-D p. 80
- 8 **Com.**, 06-17.430, F-D pp. 74 et 84
- 8 **Crim.**, 07-81.725, F-P+F p. 31
- 9 **Civ. 1^{ère}**, 05-15.491, F-P+B p. 50
- 9 **Civ. 1^{ère}**, 05-16.313, F-P+B p. 50
- 9 **Civ. 1^{ère}**, 05-21.000, FS-P+B p. 45
- 9 **Civ. 1^{ère}**, 06-16.454, FS-P+B p. 49
- 9 **Civ. 1^{ère}**, 06-18.524, F-D p. 54
- 9 **Civ. 1^{ère}**, 06-20.108, F-P+B p. 57
- 9 **Civ. 1^{ère}**, 06-20.167, F-P+B p. 61
- 9 **Civ. 1^{ère}**, 06-21.095, F-D p. 46
- 9 **Civ. 1^{ère}**, 07-10.599, F-P+B p. 58
- 9 **Civ. 1^{ère}**, 07-11.862, F-D p. 54
- 9 **TGI Paris**, p. 113
- 10 **Civ. 2^{ème}**, 06-21.816, FS-P+B p. 94
- 10 **Civ. 2^{ème}**, 06-21.938, F-P+B p. 100
- 10 **Civ. 2^{ème}**, 07-13.370, F-P+B p. 102
- 15 **Com.**, 06-14.698, FS-P+B p. 6
- 15 **Com.**, 06-15.889, F-D p. 110
- 15 **Com.**, 06-17.393, FS-D p. 6
- 15 **Com.**, 06-19.721, F-D p. 105
- 16 **Civ. 3^{ème}**, 06-15.314, FS-P+B p. 65
- 16 **Civ. 3^{ème}**, 06-21.123, FS-D p. 66
- 16 **Civ. 3^{ème}**, 06-21.696, FS-P+B+R+I 66
- 16 **Civ. 3^{ème}**, 07-10.084, FS-P+B p. 82
- 16 **CA Paris**, Ch. 4 sect. A, p. 107
- 16 **CA Paris**, RG 06/20119 p. 107
- 16 **CA Paris**, 14^{ème} ch., sect. A, Sunshine c/ M. D. p. 113
- 17 **Civ. 1^{ère}**, 06-14.380, FS-P+B p. 98
- 22 **Com.**, 06-18.563, F-D p. 83
- 22 **Com.**, 06-19.387, F-D p. 85
- 22 **Com.**, 07-10.221, F-D p. 82
- 22 **Com.**, 07-11.050, F-D p. 12
- 22 **TGI Paris**, EURL Evac c/ Sté Jets Vacuum S.A p. 112
- 23 **Civ. 1^{ère}**, 05-20.438, FS-P+B 61 et 93
- 23 **Civ. 1^{ère}**, 06-17.040, FS-D p. 48

- 23 **Civ. 1^{ère}**, 06-17.489, FS-P+B p. 24
- 23 **Civ. 1^{ère}**, 07-10.571, F-D p. 53
- 23 **Civ. 1^{ère}**, 07-11.297, F-P+B p. 94
- 23 **Civ. 1^{ère}**, 07-11.323, F-P+B p. 54
- 23 **Civ. 3^{ème}**, 06-19.520, FS-D p. 22
- 23 **Civ. 3^{ème}**, 06-20.544, FS-P+B p. 70
- 24 **Civ. 2^{ème}**, 06-14.276, FS-P+B p. 93
- 29 **Civ. 3^{ème}**, 06-21.817, F-D p. 17
- 29 **Com.**, 05-20.195, F-D p. 110
- 29 **Com.**, 06-19.607, F-D p. 6
- 29 **Com.**, 06-19.706, F-D p. 6
- 29 **Com.**, 06-20.489, F-D p. 27
- 29 **CA Paris**, Ch. correc. p. 106
- 30 **Civ. 3^{ème}**, 06-14.641, FS-P+B p. 22
- 30 **Civ. 3^{ème}**, 06-19.773, FS-P+B p. 67
- 30 **Civ. 3^{ème}**, 07-10.750, FS-P+B p. 68
- 30 **Civ. 3^{ème}**, 06-21.117, FS-P+B+I 11
- 30 **Civ. 3^{ème}**, 07-10.133, FS-P+B 18 et 20
- 31 **Civ. 1^{ère}**, 05-15.774, FS-P+B+R+I 26

FÉVRIER 2008

- 5 **Com.**, 07-10.059, F-D p. 75
- 5 **Com.**, 07-10.796, F-D p. 77
- 5 **Com.**, 06-17.029, F-P+B pp. 20 et 77
- 5 **Crim.**, 07-81.387, FS-P+F p. 105
- 5 **Crim.**, 07-83.327, F-P+F p. 35
- 5 **TGI Paris**, 3^{ème} ch., 1^{ère} sect., p. 114
- 6 **Civ. 1^{ère}**, 05-18.745, FS-P+B p. 55
- 6 **Civ. 1^{ère}**, 06-16.499, FS-P+B+R+I 40
- 6 **Civ. 1^{ère}**, 06-17.006, F-P+B p. 44
- 6 **Civ. 1^{ère}**, 06-20.267, F-P+B 62 et 81
- 6 **Civ. 1^{ère}**, 06-20.993, FS-P+B 9 et 58
- 6 **Civ. 1^{ère}**, 07-10.622, FS-P+B p. 46
- 6 **Civ. 1^{ère}**, 07-12.948, F-D p. 42
- 6 **Civ. 1^{ère}**, 07-14.142, F-D p. 54
- 6 **Civ. 1^{ère}**, 07-14.275, F-D p. 45
- 6 **Civ. 1^{ère}**, 07-14.334, F-D p. 53

- 7 Civ. 2^{ème}, 06-11.135, FS-P+B p. 34
 7 Civ. 2^{ème}, 06-13.755, FS-D p. 8
 7 Civ. 2^{ème}, 06-21.255, F-D p. 35
 7 Civ. 2^{ème}, 07-10.838, FS-P+B p. 33
 7 Civ. 2^{ème}, 07-11.091, F-D p. 35
 7 Civ. 2^{ème}, 07-11.269, F-D p. 35
 7 Civ. 2^{ème}, 07-13.397, FS-P+B p. 34
 12 Com., 06-13.454, F-P+B p. 111
 12 Com., 06-16.202, FS-D p. 111
 13 Civ. 3^{ème}, 06-22.093, FS-P+B+I p. 92
 13 Civ. 3^{ème}, 07-12.988, FS-D p. 69
 14 Civ. 1^{ère}, 06-14.072, F-D p. 73
 14 Civ. 1^{ère}, 07-12.176, F-P+B p. 105
 14 Civ. 2^{ème}, 07-13.391, FS-P+B p. 96
 14 CA Paris, 11^{ème} ch., sect. B, Unibet Ltd c/ Real Madrid et al. p. 107
 19 Civ. 2^{ème}, 06-21.217, F-D p. 121
 19 Com., 05-20.982, F-D pp. 75 et 76
 19 Com., 06-17.669, F-D p. 115
 19 Com., 06-19.688, F-D p. 79
 20 Civ. 1^{ère}, 06-19.977, F-P+B 23 et 56
 20 Civ. 1^{ère}, 06-20.854, F-D p. 62
 20 Civ. 2^{ème}, 06-21.980, F-P+B p. 29
 20 Civ. 1^{ère}, 07-11.779, F-D pp. 45 et 54
 20 Civ. 1^{ère}, 07-13.642, F-D p. 41
 20 TC Paris, p. 115
 21 Civ. 2^{ème}, 07-11.712, FS-P+B p. 38
 26 Com., 06-18.123, F-D p. 111
 26 Com., 06-18.400, F-D p. 111
 27 Civ. 3^{ème}, 06-18.854, FS-P+B p. 8
 28 Civ., 1^{ère}, 06-19.714, F-D p. 74
 28 Civ. 1^{ère}, 07-12.008, F-D p. 106
 28 TGI Nanterre, p. 114
- MARS 2008**
- 4 Civ. 3^{ème}, 06-22.174, inédit p. 59
 4 Civ. 3^{ème}, 07-12.210, inédit p. 71
 4 Com., 06-10.734, inédit pp. 20 et 77
 4 Com., 06-14.827, F-D pp. 20 et 77
 4 Com., 06-15.366, F-D p. 81
- 4 Com., 06-19.725, F-D p. 85
 5 Civ. 1^{ère}, 07-10.539, F-D p. 56
 5 Civ. 1^{ère}, 07-10.989, F-D p. 43
 5 Civ. 1^{ère}, 07-12.392, FS-P+B p. 47
 5 Civ. 1^{ère}, 07-13.790, F-D p. 52
 5 Civ. 1^{ère}, 07-14.729, F-P+B 48 et 50
 5 Civ. 1^{ère}, 07-15.141, F-D p. 53
 5 Civ. 1^{ère}, 07-15.516, F-P+B p. 52
 5 Civ. 3^{ème}, 06-19.237, FS-P+B p. 14
 5 Civ. 3^{ème}, 06-20.223 FS-P+B p. 14
 6 Civ. 2^{ème}, 04-12.042, FS-D p. 30
 6 Civ. 2^{ème}, 06-21.310, inédit p. 60
 6 Civ. 2^{ème}, 06-21.473, F-D p. 30
 6 Civ. 2^{ème}, 07-13.146, F-D p. 33
 11 Civ. 3^{ème}, 07-10.348, inédit p. 19
 11 Com., 06-11.493, F-P+B p. 109
 11 Soc., 06-45.423, F-D p. 107
 11 Soc., 06-45.568, F-D p. 106
 12 Civ. 3^{ème}, 07-10.164, FP-P+B p. 71
 12 Civ., 3^{ème}, 07-15.278, FS-P+B p. 78
 13 Civ. 1^{ère}, 05-12.551, FS-P+B+I p. 7
 13 Civ. 1^{ère}, 05-19.193, F-D p. 17
 13 Civ. 1^{ère}, 06-17.399, F-D p. 19
 13 Civ. 1^{ère}, 06-17.534 FS-P+B+R+I 15
 13 Civ. 1^{ère}, 06-18.492, F-D p. 17
 13 Civ. 1^{ère}, 06-19.339 F-P+B p. 14
 13 Civ. 1^{ère}, 06-20.572, F-D p. 19
 13 Civ. 1^{ère}, 06-21.884 F-D p. 15
 13 Civ. 2^{ème}, 06-16.077, inédit p. 78
 13 Civ. 2^{ème}, 06-19.941, inédit p. 95
 13 Civ. 2^{ème}, 06-20.456, F-D p. 80
 13 TGI Toulouse, M. X. c/ M. Y. et Amen p. 115
 18 Civ. 3^{ème}, 06-20.737, F-D p. 63
 19 Civ. 1^{ère}, 05-15.202, FS-D p. 64
 19 Civ. 1^{ère}, 06-16.346, F-P+B p. 51
 19 Civ. 1^{ère}, 06-17.805, FS-P+B p. 63
 19 Civ. 1^{ère}, 07-10.810, F-P+B 56 et 57
 26 Com., 05-19.782, F-P+B p. 111
 26 Com., 07-11.941, F-D p. 79
 26 TGI Paris, p. 114
 28 Civ. 1^{ère}, 06-10.715, FS-P+B p. 106

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	2
ÉDITORIAL.....	4
JURISPRUDENCE : CONTRATS	5
§ 1 – Contrats ou obligations conventionnelles en général.....	6
I – Durée du contrat	6
A – Prohibition des engagements perpétuels	6
B – Tacite reconduction	6
II – Effets des obligations	7
A – Effets à l’égard des parties	7
1 – Responsabilité contractuelle.....	7
2 – Manquement contractuel et responsabilité délictuelle	8
B – Effets à l’égard des tiers	8
1 – Action oblique.....	8
2 – Action paulienne	9
III – Des diverses espèces d’obligations	11
A – Obligations conditionnelles.....	11
1 – Condition suspensive	11
2 – Condition résolutoire.....	12
B – Obligations indivisibles.....	14
IV – Extinction des obligations	14
V – Preuve des obligations	15
A – Preuve de l’acceptation du contrat	15
B – Preuve et mentions obligatoires.....	15
§ 2 – Contrats spéciaux.....	16
I – Contrat de vente	16
A – Garantie des vices cachés.....	16
B – Promesse de vente	19
C – Cession de créance	20
II – Contrat de bail	21
III – Contrat d’entreprise	22
IV – Contrat de mandat	23
A – Obligations du mandataire	23
B – Faculté de substitution.....	24
C – Mandat apparent.....	26

JURISPRUDENCE : RESPONSABILITÉ	29
§ 1 – Conditions de la responsabilité.....	29
§ 2 – Effets de la responsabilité.....	35
JURISPRUDENCE : PERSONNES – FAMILLE	39
§ 1 – L'enfant	40
I – Naissance : état civil	40
II – Filiation.....	41
A – Filiation par procréation charnelle	41
B – Filiation adoptive.....	42
1 – Refus de l'adoption de l'enfant du conjoint par le partenaire homosexuel	42
2 – Illustration de motifs graves justifiant la révocation de l'adoption simple.....	43
III – Autorité parentale	44
A – Autorité parentale relativement à la personne de l'enfant	44
1 – Résidence de l'enfant	44
2 – Contribution des parents à l'entretien de l'enfant	45
B – Autorité parentale relativement aux biens de l'enfant	45
§ 2 – Le couple.....	46
I – Mariage	46
A – Régime primaire.....	46
B – Contrat de mariage et avantages matrimoniaux.....	47
1 – Composition et administration de la communauté	47
2 – Dissolution de la communauté	48
II – Divorce.....	52
A – Cas de divorce : divorce pour faute.....	52
B – Conséquences du divorce	53
1 – Prestation compensatoire	53
2 – Donations effectuées pendant le mariage.....	55
§ 3 – Successions et libéralités.....	56
I – Successions	56
A – Rapport de sommes	56
B – Recel successoral.....	57
II – Libéralités	57
A – Révocabilité des donations.....	57
B – Dispositions testamentaires	58

JURISPRUDENCE : DROIT DES BIENS	59
§ 1 – Propriété	59
I – Propriété individuelle	59
A – Titre de propriété.....	59
B – Troubles anormaux de voisinage.....	60
II – Propriété collective	61
A – Indivision.....	61
B – Copropriété.....	65
§ 2 – Servitudes	70
JURISPRUDENCE : SÛRETÉS	73
§ 1 – Sûretés personnelles	73
I – Cautionnement	73
A – Vice du consentement de la caution.....	73
B – Forme du cautionnement.....	74
C – Information de la caution.....	74
D – Disproportion du cautionnement.....	76
E – Bénéfice de subrogation.....	77
F – Cession de créance et cautionnement.....	77
G – Cautionnement et droit des sociétés.....	78
H – Cautionnement et procédures collectives.....	79
I – Caution avertie.....	80
II – Garantie autonome	81
§ 2 – Sûretés réelles	81
I – Sûreté réelle consentie pour garantir la dette d’un tiers	81
II – Hypothèque	81
III – Gage	83
IV – Nantissement	84
V – Cession Dailly	85
JURISPRUDENCE : PROCÉDURE CIVILE	86
§ 1 – Chronique d’actualité	86
I – Avoué, une profession en voie d’extinction ?	86
II – Les simplifications opérées en procédure civile par la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007	88
A – Du « nouveau Code de procédure civile » au « Code de procédure civile ».....	88
B – La possibilité reconnue aux parties de se faire assister ou représenter en première instance par leur concubin ou partenaire lié par un PACS.....	90

§ 2 – Chronique de jurisprudence 91

I – Les principes directeurs du procès civil..... 91

 A – Le rôle du juge et des parties dans l’instance : le « recentrage » de la mission du juge 91

 1 – La délimitation du rôle respectif des parties et du juge 92

 2 – La régulation de l’exercice des voies de recours..... 93

 B – Le principe de la contradiction 93

 1 – Le respect du principe de la contradiction par le juge..... 94

 2 – Le respect du principe de la contradiction par les parties..... 96

II – L’action en justice : les moyens de défense 98

III – Le déroulement du procès civil : les incidents d’instance 100

 A – L’extinction de l’instance à titre principal..... 100

 B – L’extinction de l’instance à titre accessoire..... 101

JURISPRUDENCE : PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE 104

§ 1 – Propriété littéraire et artistique..... 105

I – Actualités de droit d’auteur 105

 A – Existence d’un droit 105

 B – Exercice du droit 106

II – Formalisme contractuel et spécification du domaine d’exploitation 107

§ 2 – Propriété industrielle 109

I – Actualité du droit de marque 109

 A – Existence du droit..... 109

 1 – Éléments constitutifs de la marque..... 109

 2 – Acquisition du droit sur la marque 111

 B – Exercice du droit 111

 1 – Procédure de saisie contrefaçon 111

 2 – Distribution sélective 111

II – Actualité du droit de brevet 112

 A – Procédure d’interdiction provisoire de contrefaçon 112

 B – Extension indue 113

§ 3 – Technologies de l’information et de la communication..... 113

I – Actualités..... 113

II – Commentaire de l’affaire Note2be 116

RÉSUMÉ DE MÉMOIRE : COPROPRIÉTÉ ET INDIVISION.. 118

I - La particularité de l’indivision d’un lot de copropriété 120

II - L’organisation de l’indivision par le syndic, une atteinte inutile au droit commun par le régime de la copropriété des immeubles bâtis 123

ARTICLE DE DROIT COMPARÉ	128
LA LOI SUR LES DROITS RÉELS : ANALYSE DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE EN CHINE	128
I – Présentation globale de « la loi sur les droits réels »	128
A – Les notions de biens et de choses	128
1 – Les biens : l’ambiguïté de la notion	129
2 – Les choses	130
B – Les grandes lignes de la loi de 2007	130
II – La propriété privée dans la loi de 2007	132
A – La place de la propriété privée en Chine et dans la loi de 2007	132
B – La propriété privée mobilière	133
C – La propriété privée immobilière	134
1 – L’immeuble des paysans dans la collectivité agricole	134
2 – L’immeuble bâti dans la ville.....	135
 INDEX THÉMATIQUE	 138
 INDEX PAR DÉCISIONS	 140
 TABLE DES MATIÈRES	 142