

N°3

REVUE DE DROIT PRIVÉ

Faculté de Droit de Montpellier

- Article

Le pourvoi en cassation

- Contrats

L'erreur en matière d'œuvre d'art

- Histoire du droit

Du juge de paix au juge de proximité

JURISPRUDENCE

- Obligations
- Contrats spéciaux
- Personnes - Famille
- Biens
- Entreprises en difficultés
- Procédure civile
- Propriété intellectuelle

Juillet - Septembre 2008



Juillet – Septembre 2008 N° 3

**REVUE DE
DROIT PRIVÉ**
Faculté de Droit de Montpellier

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

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

M. Touillier, doctorant

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

ISSN en cours

ÉDITORIAL270

JURISPRUDENCE

OBLIGATIONS.....271

CONTRATS SPÉCIAUX.....293

PERSONNES - FAMILLE306

BIENS315

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS.....321

PROCÉDURE CIVILE.....335

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....341

ARTICLE

LE POURVOI EN CASSATION345

HISTOIRE DU DROIT

DU JUGE DE PAIX AU JUGE DE PROXIMITÉ... 357

INDEX THÉMATIQUE.....366

INDEX PAR DÉCISIONS368

TABLE DES MATIÈRES.....369

Pour nous contacter : revuemontpellier@hotmail.fr

Ont contribué à ce numéro :

- Touria AÏT-HELLAL, Chargée de travaux dirigés, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne
- Sophie BARDOU, Doctorante, Membre de l'ERCIM, Université Montpellier I
- Alexis BOISSON, Doctorant, ATER et Chargé de travaux dirigés, Centre du droit de l'entreprise, Université Montpellier I
- Cyril CARRIÈRE, Avocat au barreau de Montpellier
- Véronique CHOURAQUI-RIBOUET, Doctorante en histoire du droit, Institut d'Histoire des Anciens Pays de Droit Écrit, Université Montpellier I, ancienne avocate, diplômée de l'Institut de sciences pénales et de criminologie d'Aix-en-Provence
- Victor DAUDET, Doctorant, Allocataire de recherche et Chargé de travaux dirigés, Laboratoire de Droit privé, Université Montpellier I
- Olivier DE ROSSO, Master 2 Professionnel de Droit des assurances, Université Lille 2
- Julien FAURE, Doctorant, Allocataire-Moniteur et Chargé de travaux dirigés, Centre du droit de l'entreprise, Université Montpellier I
- Mélanie JAOUL, Doctorante, Allocataire-Moniteur et Chargée de travaux dirigés, Laboratoire de Droit privé, Université Montpellier I
- Caroline LEPRÊTRE, Doctorante, ATER et Chargée de travaux dirigés, Laboratoire de Droit privé, Université Montpellier I
- Sébastien NÉANT, Doctorant, Chargé de travaux dirigés, Laboratoire de Droit privé, Université Montpellier I
- Cédric PLANTE, Doctorant, Allocataire-Moniteur et Chargé de travaux dirigés, Laboratoire de Droit privé, Université Montpellier I
- Marc TOUILLIER, Doctorant, Allocataire-Moniteur et Chargé de travaux dirigés, Équipe de recherche sur la politique criminelle, Université Montpellier I

Bonjour à tous !

Et bienvenue dans cette période estivale de l'année 2008. Si le trimestre se résume ici à deux mois, l'intérêt et la richesse des décisions rendues n'en réduisent pas proportionnellement le volume de ce numéro. Nous avons par ailleurs le grand plaisir d'accueillir une rubrique consacrée au droit des entreprises en difficultés, qui permet, par la diversité de ses composantes, d'embrasser de nombreuses branches du droit privé. En outre, le crucial problème de l'authenticité en matière d'œuvres d'art, à nouveau soulevé cet été devant les juges de la Cour de cassation, donne l'occasion de revenir de manière plus générale sur le concept d'erreur et sur ses déclinaisons dans ce domaine particulier.

Un article consacré au pourvoi en cassation vient quant à lui retracer quelques lignes essentielles aux analystes et praticiens. Qu'il soit question des conditions d'ouverture à cassation, ou des effets produits par l'introduction du pourvoi ou par l'arrêt de cassation lui-même, il apparaît difficilement envisageable de commenter autant de décisions de la Haute juridiction sans rappeler et réapprendre les mécanismes qui les sous-tendent.

Quant à l'histoire du droit, elle vient emprunter pour ce numéro sa place au droit comparé, s'inscrivant de la même manière dans cette rubrique finale d'ouvertures, de perspectives. Relatif au juge de paix et au juge de proximité, l'article présenté montrera que l'histoire n'est peut-être pas toujours cet « effort incessant d'invention » dont parlait Jaurès.

Nous vous souhaitons en tout cas une très bonne lecture !

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.

OBLIGATIONS

Touria AÏT-HELLAL, Alexis BOISSON, Julien FAURE et Cédric PLANTE

SOMMAIRE

§ 1 – Contrats ou obligations conventionnelles en général	271
I – Consentement : erreur sur les qualités substantielles	271
II – Effets des obligations	284
A – Résiliation et compensation	284
B – Préjudice : existence et preuve	287
§ 2 – Quasi-contrats	289

§ 1 – Contrats ou obligations conventionnelles en général

I – Consentement : erreur sur les qualités substantielles

- **Erreur sur les qualités substantielles d'une œuvre d'art : Civ. 1^{ère}, 30 septembre 2008, n° 06-20.298, FS-P+B.**

Tout récemment, la première Chambre civile de la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la question de l'erreur sur les qualités substantielles d'une œuvre d'art. En l'espèce, une société avait fait l'acquisition, via un catalogue de vente aux enchères, d'une œuvre d'art de Salvador Dali, œuvre intitulée « Ril Fleuri ». Or, il s'était par la suite avéré que la peinture n'avait pas été exécutée de la main même de Dali mais qu'il s'agissait en fait d'un élément d'un décor réalisé dans le but d'accompagner un ouvrage de ce

de châssis de coulisse intégrée à un décor de scène, création originale qui avait, elle, nécessité l'intervention directe de l'artiste. Aussi la société acquéreuse avait sollicité en justice l'annulation de la vente pour erreur sur les qualités substantielles de la chose et la condamnation de l'expert et de l'huissier au versement de dommages et intérêts du fait des fautes commises dans la rédaction du catalogue de vente (par-delà la faute professionnelle de ces derniers, l'on aurait peut-être pu s'interroger sur un éventuel dol affectant la vente). Le 30 septembre

2008, la première Chambre civile de la Cour de cassation a finalement fait droit à cette demande, confirmant l'arrêt rendu par la cour d'appel, précisant que l'erreur sur les qualités substantielles d'une œuvre d'art peut découler d'une méprise sur l'auteur de l'œuvre vendue, « les insuffisances des mentions du catalogue ayant entraîné la conviction erronée de l'acquéreur que l'œuvre en cause était certainement de la main de l'artiste. » L'erreur tiendrait donc ici non pas à la nature physique même de l'objet mais à la qualité (pour peu qu'un patronyme célèbre constitue une qualité) de son fabricant. Attardons-nous justement un instant sur cette notion d'erreur.

L'erreur : De la substance aux qualités essentielles

L'erreur réside dans une fausse représentation d'un élément du contrat par l'une des parties dont la croyance, bien qu'elle ne corresponde pas à la réalité, a cependant pu entraîner la conclusion d'un contrat, dès lors vicié. Elle constitue en effet, à côté du dol et de la violence, l'un des trois vices du consentement susceptibles de provoquer la nullité de la convention. Ainsi, elle dénature le consentement du contractant : « s'il avait su », il n'aurait pas contracté. Il n'y a donc pas eu de sa part une réelle volonté de conclure le contrat, du moins aux mêmes conditions. C'est le fondement psychologique du consentement qui domine ici ; seul est à considérer l'état d'esprit du contractant qui s'est mépris, peu important la bonne ou mauvaise foi de son partenaire. Cependant, si le Code civil fait référence à l'erreur au sens

large, la doctrine est venue distinguer différents types d'erreurs.

L'erreur-obstacle s'avère d'une telle gravité qu'elle fait obstacle à la rencontre même des volontés¹ : le contrat n'existe pas et ce, que l'erreur porte sur la nature même du contrat (*error in negotio*) ou sur son objet (*error in corpore*). Il n'est donc en principe même pas nécessaire d'intenter une action en justice pour demander la nullité.

À côté de cette erreur-obstacle, l'erreur vice du consentement : c'est celle que vise l'article 1110 du Code civil. Il peut s'agir d'une erreur sur l'objet et c'est de loin la catégorie la plus fréquente : elle porte sur les prestations mêmes prévues par le contrat. Généralement, l'erreur vise les prestations attendues de l'autre partie, mais la jurisprudence a admis que le vendeur puisse invoquer l'erreur commise sur sa propre prestation². L'erreur doit porter « sur la substance même de l'objet » (article 1111 du Code civil). Initialement, la jurisprudence s'en tenait à une interprétation restrictive, objective de cette notion de substance en ne s'intéressant qu'à la matière dont la chose était faite. C'était là une conception relativement paralysante (on peut par exemple

¹ « Ce n'est pas un contrat, c'est un malentendu. » : M. PLANIOL, *Traité Élémentaire de droit civil*, t. II, n° 1052.

² Civ. 1^{ère}, 22 févr. 1978 : D. 1978.601, note MALINVAUD, cassant Paris, 2 févr. 1976 : D. 1976.325, concl. CABANNES, puis Civ. 1^{ère}, 13 déc. 1983 : D. 1984.340, note AUBERT ; JCP 1984.II.20186, concl. GULPHE, et Versailles, 7 janv. 1986 : D. 1987.485, note AUBERT, « affaire poussin » ; V. égal. Montpellier, 2 janv. 1963 : *Gaz. Pal.* 1963.I.193.

penser à un objet en cuivre et non en or). La jurisprudence a donc fini par opter pour une analyse subjective de la substance et au fil du temps, elle n'a eu de cesse d'élargir cette conception jusqu'à aboutir à cette notion « fourre-tout » de qualités substantielles (ou essentielles). Les qualités substantielles, ce sont les qualités de la chose qui ont pu motiver le consentement de l'acquéreur¹. Ainsi dans l'achat d'un tableau, l'identité de l'auteur n'est pas indifférente ; dans un contrat d'édition, la véracité des propos rapportés par le journaliste auteur est décisive². Les principes du droit européen des contrats consacrent cette définition dans leur article 1-301, 5 : « un point substantiel est celui dont une personne raisonnable, placée dans la même situation qu'une partie, aurait dû savoir qu'il influencerait le cocontractant quant à sa décision de contracter aux conditions proposées ou de conclure le contrat ». Le caractère essentiel de la qualité d'une chose peut s'apprécier de plusieurs façons. Le principe est celui de l'appréciation *in concreto* : ce que l'on recherche, c'est le consentement des deux contractants en cause, non de contractants abstraits. Il faut donc considérer la qualité que telle partie a tenue pour essentielle. Mais afin d'offrir certaines garanties à l'autre partie, les tribunaux ont nuancé leur position : si la qualité substantielle correspond à une qualité tenue pour telle par tous (*in abstracto*), l'erreur sur cette qualité est cause de nullité, qu'elle émane de l'acheteur qui croyait

à son authenticité³ ou du vendeur qui l'ignorait (c'est le cas dans les affaires « Poussin » et « Fragonard »). En revanche, si un contractant invoque une circonstance particulière déterminante pour lui, alors il devra prouver qu'il a porté à la connaissance du vendeur l'importance décisive qu'il attachait à cet élément. Autrement dit, la qualité déterminante doit être connue de deux cocontractants, elle doit être entrée dans le champ contractuel. Le champ de l'erreur sur « l'objet » s'entend donc de façon de plus en plus souple et peut aller jusqu'à concerner l'objet indirect du contrat : a ainsi été admise l'erreur portant sur l'actif de la société dans une vente de parts sociales⁴ ou celle sur les autres garanties fournies au créancier⁵. La qualité substantielle doit néanmoins pouvoir être rattachée à l'objet même de l'une des prestations contractuelles. Ainsi, ne sera pas prise en compte une erreur sur l'économie du contrat ou sur son équilibre : pour preuve, le rejet d'actions fondées sur l'erreur commise par la caution sur la disproportion entre son engagement et ses revenus⁶ ou celle commise par une compagnie d'assurance sur l'étendue d'une garantie en l'absence de déclaration d'une circonstance qui aurait entraîné une importante majoration du taux de la prime⁷.

³ V. par ex. Civ. 1^{ère}, 7 oct. 1995 : *Bull. civ. I*, n°401 ; 13 janv. 1998 : *Bull. civ. I*, n° 17.

⁴ Civ. 1^{ère}, 1^{er} oct. 1991 : *D.* 1992.190, note VIRASSAMY ; Com., 17 oct. 1995 : *Bull. civ. IV*, n° 244 ; 7 févr. 1995 : *D.* 1996.50, note BLASSELLE.

⁵ Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1997 : *Bull. civ. I*, n° 219 ; *D.* 1999.181, note BRÉMOND.

⁶ Civ. 1^{ère}, 2 avr. 1997 : *JCP* 1997.II.22927, note CASEY.

⁷ Civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 1988 : *Bull. civ. I*, n° 56.

¹ Cf. Ph. MALINVAUD, *De l'erreur sur la substance*, D. 1972, chr. 215 – G. VIVIEN, *De l'erreur déterminante et substantielle*, *RTD civ.* 1992.305.

² Civ. 1^{ère}, 11 oct. 1989 : *Bull. civ. I*, n° 313.

La mise en œuvre de la nullité pour vice du consentement suppose la réunion de trois conditions cumulatives : l'erreur doit être prouvée¹, elle doit porter sur ces « fameuses » qualités substantielles et elle doit avoir été déterminante du consentement.

Il peut également s'agir d'une erreur sur la personne, indifférente dans la majorité des cas, sauf celui de contrats conclus *intuitu personae*. Ils sont cependant relativement nombreux : contrats à titre gratuit (car on ne veut pas donner ou rendre service à n'importe qui), contrats de prestations de service (contrat de travail, de mandat, d'entreprise, contrats d'association, etc.). Par erreur « sur la personne », on n'entend pas nécessairement son identité mais ces qualités essentielles que l'on évoquait tout à l'heure : ainsi le nom, l'âge, la nationalité qui tiennent à l'identité sont rarement essentiels sauf cas particuliers (par exemple, l'âge d'un fermier influe sur les conditions de reprise du fonds en fin de bail, de même que la nationalité d'un associé peut avoir son influence) ; d'autres éléments peuvent s'avérer particulièrement déterminants pour un type de contrat et non pour un autre (par exemple, le passé d'un repris de justice importe à son employeur mais non à son vendeur dès lors qu'il est solvable).

Remarquons cependant que l'erreur-vice du consentement ne sera retenue que si elle est excusable, à savoir que l'analyse de la situation par

le cocontractant ne lui permettait pas d'en déceler l'existence (c'est là un critère qui se verra apprécié *in concreto* dans la mesure où la capacité de chaque individu et donc contractant potentiel pourra varier selon ses connaissances personnelles, ses compétences professionnelles, son âge...). Ainsi, l'*errans*, celui qui se prévaut de l'erreur, ne pourra bénéficier de la protection de la nullité pour vice du consentement si l'on vient à découvrir qu'il disposait ou qu'il aurait aisément pu se procurer les informations suffisantes pour faire cesser cette erreur. Il existe également un cas où l'on ne peut demander la nullité du contrat pour erreur sur l'objet : lorsque le contrat présente un caractère aléatoire. L'erreur ne pourra être invoquée dès lors que les parties ont accepté l'existence d'un risque dans le contrat. Ainsi, la vente d'un tableau dont l'authenticité est discutable² ou d'une statuette indiquée au catalogue comme « très restaurée », ce qui emportait que l'acquéreur professionnel « avait assumé délibérément un risque qui lui interdisait d'obtenir la nullité de la vente »³. Il en va de même pour la caution qui se doit d'apprécier les risques que lui fait courir son engagement⁴ ou pour le repreneur qui prend en charge le passif d'une entreprise en faillite⁵. On estime

² Civ. 1^{ère}, 24 mars 1987 : *Bull. civ. I*, n° 105, p. 78 ; *D.* 1987.489, note AUBERT ; *JCP* 1989.II.21300, note VIEVILLE-MIRAVETTE ; *RTD civ.* 1987.743, obs. J. MESTRE ; en revanche, la vente sans réserves d'un tableau signé n'est pas aléatoire : Civ. 1^{ère}, 7 nov. 1995 : *Bull. civ. I*, n° 401.

³ Civ. 1^{ère}, 31 mars 1987 : *Bull. civ. I*, n° 115.

⁴ Civ. 1^{ère}, 13 nov. 1990 : *Bull. civ. I*, n° 242.

⁵ Paris, 4 févr. 1992 : *D.* 1994, somm. 5, obs. DERRIDA.

¹ Cf. Civ. 1^{ère}, 17 sept. 2003 : *Bull. civ. I*, n° 183, décision qui s'inscrit dans le cadre de « l'affaire Poussin ».

que « l'aléa chasse l'erreur »¹ : ainsi, un aléa ne doit pas être entré dans le champ contractuel sous peine de ne plus voir l'erreur sanctionnée. Enfin, l'erreur peut être indifférente pour peu qu'elle porte sur des caractéristiques secondaires de l'objet, sur la valeur ou sur les motifs du contrat, qui ne peuvent s'avérer déterminants de la formation du contrat ; elle ne se verra alors pas sanctionnée.

Notons enfin que le fait que l'erreur sur la valeur soit traditionnellement écartée par la jurisprudence² peut sembler paradoxal si l'on admet l'identité de l'auteur comme cause d'erreur sur les qualités essentielles d'une œuvre d'art. En réalité, toutes les erreurs sur la substance ont une répercussion sur la valeur de l'objet, mais c'est l'erreur sur la seule valeur qui ne sera pas prise en compte.

Au vu de ces simples rappels en la matière, le marché des œuvres d'art semble avoir une influence indéniable sur notre droit de l'erreur. Aussi, revenons un instant sur ces deux cas fondateurs que nous évoquions : ce que l'on appelle encore aujourd'hui « les affaires Poussin et Fragonard » (nous aurions pu également nous attarder sur le célèbre arrêt « Baldus » rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 3 mai 2000³ ; mais ce

dernier relève davantage de la question de l'obligation d'information pour un acheteur envers son vendeur quant à la valeur du bien vendu que de celle de l'erreur sur une qualité essentielle de ce dernier).

Le cas particulier de la vente d'œuvres d'art

Niché en plein cœur du huitième arrondissement, le musée Jacquemart-André constitue un véritable petit bijou de la vie culturelle parisienne, tant par son architecture XIX^{ème} siècle des plus originales et des plus raffinées (que l'on doit à Henri Parent, classé second au concours organisé pour la construction de l'Opéra de Paris) que par le goût distingué de ses propriétaires initiaux, Nelly Jacquemart et Edouard André, véritables amoureux de l'Art, qui ont su constituer, années après années, une collection sans égale dans la capitale. S'y est vu offrir, presque tout naturellement, une place de choix Jean-Honoré Fragonard, « peintre de boudoir nostalgique d'une peinture de Salon, capable de passer en un clin d'œil d'une scène de genre à un style austère et sacré »⁴. Il est pourtant parmi cet enchevêtrement de spiritualité et libertinage, une toile qui défraya tout particulièrement la chronique. Grand absent de la dernière exposition temporaire qu'a consacré le lieu au peintre⁵, « le Verrou »,

¹ J. MESTRE, *RTD civ.* 1987.743.

² V. par ex. Com., 18 févr. 1997 : *Bull. civ.* IV, n° 55 ; erreur sur la valeur d'actions de société ; Civ. 3^{ème}, 31 mars 2005 : *Bull. civ.* III, n° 81, pour « l'appréciation erronée de la rentabilité économique » d'une opération.

³ Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000 : *Bull. civ.* I, n° 131 ; *Contrats, conc., consom.* 2000, comm. 140, note L. L. ; *JCP G* 2001, II, 10510, note Ch. JAMIN ; *Défrénois* 2000, p. 1110, obs. D. MAZEAUD et p.

1114, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 2000, p. 566, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

⁴ L. D'AZAY, *La volupté sans recours, Autour du Verrou de Fragonard*, éd. Climats, 1996, p. 121.

⁵ *Les Plaisirs d'un siècle*, du 3 octobre 2007 au 13 janvier 2008, Commissariat d'exposition : M.-A. DUPUY-VACHEY, historienne de l'art et auteur

splendide figuration d'une étreinte amoureuse, semble revenir sur le devant de la scène juridique à intervalles réguliers, et fait encore aujourd'hui s'affronter les historiens de l'art sur le point de savoir si l'enlacement représenté était ou non consenti¹. Nombreuses sont les incertitudes qui demeurent quant à l'histoire de cette peinture. Sans doute réalisée pour le Marquis de Veri, elle figurait en tout cas à la vente qui suivit la mort de ce dernier en 1785. Elle passa alors entre les mains expertes de Le Brun, célèbre marchand, puis dans celles, peut-être moins délicates, d'un fermier général. Tout s'obscurcit entre 1793 et 1993 ; le collectionneur Vincent l'aurait conservé quelques temps avant de s'en séparer au profit de Madame Lebaron-Cotnareau. C'est ensuite Monsieur Sportuno-Coty, un parent, qui en aurait hérité avant de la mettre aux enchères en 1969 au Palais Galliera. Un galeriste averti en fit alors l'acquisition pour une somme relativement modique, des doutes pesant sur l'authenticité de l'œuvre. C'est alors que l'œuvre entra véritablement sur le terrain du droit, suite à sa cession par ce nouveau propriétaire au Musée du Louvre, pour une somme sans commune mesure avec ce qui avait été jusqu'alors : 5 150 000 francs, l'œuvre ayant entre-temps été authentifiée comme émanant de l'artiste méditerranéen.

Un premier recours à l'initiative de Monsieur Sportuno-Coty tendant à obtenir l'annulation de la vente intervenue en 1969 fut intenté, sans succès, le tribunal de grande instance de Paris ayant rejeté cette demande en 1976, estimant qu'adjudicataire et vendeur avaient en l'espèce consenti à courir un aléa. La cession avait en effet pour objet un tableau « attribué à Fragonard ». La vente fut pourtant annulée par la suite à hauteur d'appel et la Cour de cassation intervint, à deux reprises, afin de statuer sur les conditions de la restitution du prix².

Un second contentieux, sans doute le plus fameux, fut initié par les héritiers Vincent, aux prises avec les héritiers de Madame Lebaron-Cotnareau (qui avaient eux-mêmes fait prononcer l'annulation de la cession de 1969), et donna lieu à un arrêt resté célèbre, rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 24 mars 1987³. Était alors contestée la validité de la première cession intervenue en 1933. La Cour de cassation se refusa à prononcer la nullité, considérant qu'un certain aléa sur l'authenticité de l'œuvre était entré dans le champ contractuel et précisant qu'« aucune des parties ne pouvait alléguer l'erreur en cas de dissipation ultérieure de l'incertitude commune ». Cela semble être une solution plutôt logique dans la mesure où les parties contractaient sous l'empire d'un doute⁴.

de deux ouvrages sur le peintre, et N. SAINTE-FARE GARNOT, conservateur du musée JACQUEMART-ANDRÉ.

¹ V. D. ARASSE, *Le détail : Pour une histoire rapprochée de la peinture*, Flammarion, Paris, 1992, p. 250 à 251.

² Civ. 1^{ère}, 16 oct. 1979 : *Gaz. Pal.* 1980, somm. 1, p. 60 ; 25 mai 1992 : *Bull. civ.* I, n° 165.

³ Civ. 1^{ère}, 24 mars 1987 : *D.* 1987. Jur. 489, note AUBERT.

⁴ S. LEQUETTE-DE KERVENOËL, *L'authenticité des œuvres d'art*, LGDJ, 2006, p. 320, n° 367.

Ainsi, la cour retient qu'une incertitude au sens usuel n'est pas une incertitude au sens du droit des contrats dès lors qu'elle est clairement inscrite dans le contrat et qu'elle a donc fait l'objet d'une acceptation par les deux parties. En l'espèce, la convention ne comportait pas la mention « tableau de Fragonard » ou « auteur inconnu mais attribué à Fragonard » mais seulement « attribué à Fragonard », ce qui laissait clairement planer le doute sur son auteur dans la formation du contrat, et ce, quel que soit la conviction intime du vendeur. Dès lors, peu importe que le doute ait été levé par la suite : la solution serait la même si le vendeur (de même que les acheteurs), persuadé qu'il s'agissait d'un tableau de Fragonard, avait vendu le tableau « à la côte Fragonard », les acheteurs découvrant par la suite qu'il avait été peint par le boulanger du coin qui « cassait la croûte ». Si un décret du 3 mars 1981¹ est venu éclaircir les choses, décret dont l'article 4 précise notamment ce qu'il convient d'entendre par l'expression « attribué à », l'on peut néanmoins s'étonner que les propriétaires successifs d'une seule et même œuvre se soient vu infliger des traitements si différents. Ainsi, si Sportuno-Coty put obtenir l'annulation de la cession, il en fut tout autrement pour les héritiers Vincent. C'est pourtant chose fréquente concernant ces grands arrêts à la croisée de l'art et du droit, souvent lourds de conséquences. Ainsi le célèbre Verrou a sans nul doute contribué à poser les bases de notre droit français de l'erreur.

Sans doute dans le même désarroi que les héritiers Vincent ont dû se trouver les époux Saint-Arroman. Ils firent vendre aux enchères publiques un tableau attribué par tradition familiale à Nicolas Poussin mais inscrit, après avis d'un expert missionné par le commissaire-priseur, au catalogue de la vente « comme attribué à l'École des Carrache » avec leur assentiment (la précision a son importance). Adjugée pour 2 200 francs, en février 1968, cette œuvre, représentant *Apollon et Marsyas*, fut adjugée à un marchand (le même qui fut au centre de l'affaire du Verrou) mais presque aussitôt préemptée par l'État, pour le musée du Louvre, qui finit par l'exposer comme une œuvre de Poussin. Le Tribunal de grande instance de Paris, par jugement du 13 décembre 1972, fit prononcer la nullité de la vente pour vice de consentement des vendeurs en raison de l'erreur sur la substance, jugement qui se vit infirmé par la Cour d'appel de Paris le 2 février 1976, décision elle-même cassée par la Cour de cassation dans un arrêt du 22 février 1978. Cette dernière faisait grief à la cour d'appel de n'avoir pas recherché si, lors de la conclusion de la vente, le consentement des vendeurs avait pu être vicié par leur conviction erronée que le tableau ne pouvait pas être une œuvre de Poussin. Le 1^{er} février 1982, la Cour d'appel d'Amiens, devant laquelle les parties furent renvoyées, débouta pourtant encore une fois les époux Saint-Arroman de leur demande en annulation de la vente. La Cour de cassation censura cette décision dans un arrêt du 13 décembre 1983, estimant qu'en déniait aux époux le droit de se servir d'éléments d'appréciation

¹ Décr. n° 81-255 du 3 mars 1981.

postérieurs à la vente pour prouver l'existence d'une erreur de leur part au moment de la formation du contrat, la cour d'appel avait violé l'article 1110 du code civil qui précise que : « l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet ». Conformément aux règles de procédure, c'est la Cour d'appel de Versailles qui, par arrêt du 7 janvier 1987, eut le dernier mot, confirmant le jugement de première instance en ordonnant la restitution du tableau et du prix de vente reçu. Elle retint que les époux Saint-Arroman avaient vraisemblablement commis une erreur portant sur une qualité substantielle, erreur déterminante de leur consentement. Le tableau fut restitué aux époux Saint-Arroman qui durent rembourser la somme de 2.200 francs réglée au moment de la vente. Sans doute peu attachés à l'objet, ils remirent rapidement la toile en vente et elle fut adjugée en décembre 1998 pour 7.400.000 francs, permettant ainsi au malheureux couple de réaliser une bien jolie plus-value.

Dans un rapport d'information relativement récent¹, le Sénat estime que la condition essentielle du bon fonctionnement du marché de l'art réside dans la sécurisation de ses transactions commerciales. Néanmoins, cette volonté permanente de vouloir sans cesse satisfaire à la protection des

uns et des autres pourrait bien finir par mettre en danger le marché des œuvres de niveau international pour lesquelles chaque cocontractant se doit de savoir s'entourer des conseils adéquats et doit être parfaitement conscient que la question de l'authenticité d'une œuvre ancienne relève davantage de l'intime conviction des spécialistes du moment que de la pure matérialité. Qui plus est, cette volonté permanente de sécurisation ne fait qu'amplifier le phénomène de marchandisation de l'art, et ce, alors qu'elle vise sans nul doute un but tout autre, si ce n'est contraire.

Le monde de l'art bénéficie en effet d'un régime par principe de plus en plus protecteur, résultant de la combinaison d'une interprétation particulièrement extensive des règles issues du Code civil et d'une réglementation spécifique consacrant une doctrine d'emploi des termes utilisés quant à la description des œuvres. La Chancellerie, dans une réponse écrite au Sénat, affirme, quant aux garanties dont bénéficient acheteurs et vendeurs en ventes publiques, que « *le système français n'apparaît défavorable ni à l'acheteur ni à l'acquéreur* » puisque justement, « *il repose sur une relation équilibrée entre les différents acteurs : Commissaires-priseurs, acquéreur et acheteur* ». Nous l'évoquions tout à l'heure, les actions qui visent à faire annuler la vente tiennent bien évidemment à la théorie du contrat, et c'est tout naturellement vers les causes de validité des contrats et l'article 1134 du Code civil que vont se tourner la majorité des requérants. Il sera en pratique fait état d'un vice du

¹ Rapport d'information du Sénat n° 330, 1998-1999, 29 avril 1999, *Les aspects fiscaux et budgétaires d'une politique de relance du marché de l'art en France*, par Y. GAILLARD, fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation.

consentement (erreur, dol ou violence) ou, sans doute plus difficilement, d'un vice caché. Difficilement car il s'agira pour l'acheteur, et pour lui uniquement, de démontrer l'existence du vice caché et d'agir dans un bref délai (deux ans), délai souvent trop bref en matière d'authenticité de l'œuvre (les affaires évoquées précédemment illustrent bien la très longue incertitude pouvant flotter au-dessus d'une toile). Qui plus est, du fait de la difficulté à démontrer le dol, notamment en raison de problèmes de preuve, l'erreur conserve un rôle privilégié dans les actions en nullité. L'article 1110 du Code civil dispose alors qu'il doit s'agir d'une erreur sur « la substance même de la chose », mais l'extension jurisprudentielle de la notion d'erreur sur la substance à celle d'erreur sur les qualités substantielles que nous décrivions en fait désormais le moyen par excellence des actions visant à faire prononcer la nullité du contrat portant sur une œuvre d'art.

Cette action, qui peut émaner de l'acheteur comme du vendeur, va tendre à prouver que l'authenticité était une qualité substantielle et qu'elle n'était ou n'a pas pu être établie. L'acquéreur doit ainsi démontrer que l'authenticité était pour lui une certitude, qu'il n'avait pu connaître le moindre doute et donc accepter un quelconque aléa quant à celle-ci. De même, le vendeur qui accepte que sa propriété soit présentée sous la terminologie « attribuée à », fait délibérément entrer l'aléa dans le champ contractuel et ne peut donc exciper de son erreur, pour peu qu'ultérieurement, l'œuvre se soit révélée un original. Est bien souvent

prise en compte la qualité du requérant, qui, lorsqu'il est professionnel, est mieux placé pour apprécier certaines indications. Nous l'avons dit : même établie, l'erreur doit avoir été un élément déterminant dans la décision de contracter. Le vendeur fondant son recours sur l'erreur doit être en mesure de prouver qu'il a vendu une œuvre dont il était persuadé qu'elle n'était pas authentique et que cette certitude était erronée.

Notons que l'acheteur peut obtenir la condamnation du commissaire-priseur et de l'expert sur le fondement de l'article 1382 du code civil (responsabilité civile délictuelle) pour peu qu'il parvienne à établir que ceux-ci ont commis une faute et que, du fait de cette faute, lui-même a subi un dommage. Un décret du 21 novembre 1956 précisait en ce sens que les indications portées au catalogue engageaient la responsabilité solidaire du commissaire-priseur et de l'expert et que le premier était responsable des fautes commises par le second, mais il a été abrogé en mars 1985.

Un décret du 3 mars 1981¹ est venu encadrer la terminologie en usage, s'inspirant fortement des pratiques des grandes maisons du marché de l'art (Loudmer, Briest, Christie's, Sotheby's, etc.) et tout particulièrement des conditions de vente figurant dans leurs catalogues. On peut résumer ainsi les dispositions de ce texte :

¹ Décr. n° 81-255 du 3 mars 1981 sur la répression des fraudes en matière de transactions d'œuvres d'art et d'objets de collection, modifié par décr. n° 2001-650 du 19 juillet 2001 : *JORF*, 21 juill. 2001, art. 69, en vigueur le 1^{er} oct. 2001.

- La mention « œuvre par » ou « œuvre de » garantit que l'auteur mentionné est effectivement l'auteur de l'œuvre, tout comme les expressions « signé » ou « estampillé » (sauf réserves expresse). Il en va de même lorsque le nom de l'artiste est immédiatement suivi de la désignation ou du titre de l'œuvre.

- Le terme « attribué » relève de présomptions sérieuses que l'œuvre est de l'auteur mentionné.

- La référence à un atelier (« atelier de... ») signifie tout simplement que l'œuvre a été exécutée dans l'atelier du maître cité ou sous sa direction. De même, évoquer une école (« école de... ») fait de l'auteur un élève de l'artiste nommé, et ce, du vivant de ce dernier ou moins de cinquante ans après sa mort. Pour peu qu'il s'agisse d'un atelier familial ayant conservé le même nom sur plusieurs époques, ce nom devra obligatoirement être suivi d'une indication d'époque. Enfin, si l'école ou l'atelier sont liés à un lieu plutôt qu'à un artiste, l'emploi de ces termes garantit que l'œuvre a été exécutée pendant la durée d'existence du mouvement artistique désigné, dont l'époque doit être précisée, et par un artiste ayant participé à ce mouvement.

- La désignation d'un « siècle » ou d'une « époque » garantit que l'œuvre a été produite au cours de la période désignée (« bronze renaissance »). Néanmoins, si une ou plusieurs parties de l'œuvre ou objet sont de fabrication postérieure à celle-ci, l'acquéreur doit en être informé.

Les expressions « dans le style de... », « à la manière de... », « genre de... », « d'après... », « façon de... » n'apportent quant à elles aucune garantie particulière (« style empire »).

Par ailleurs, les diverses indications pouvant figurer sur le certificat de vente remis à l'acheteur sont d'une importance capitale, notamment dans le cas de ventes publiques (l'on pense alors immédiatement à la pratique très répandue en la matière des ventes aux enchères publiques). C'est en ce sens que le décret du 3 mars 1981 a rendu le certificat de vente obligatoire. Ainsi, aux termes de l'article 1^{er} du texte, les vendeurs habituels ou occasionnels d'œuvres d'art ou d'objets de collection, leurs mandataires, mais également les officiers publics ou ministériels procédant à une vente publique aux enchères doivent, si l'acquéreur en fait demande, lui délivrer une facture, quittance, bordereau de vente ou extrait du procès-verbal de la vente publique faisant mention des spécifications qu'ils auront avancées quant à la nature, la composition, l'origine et l'ancienneté de la chose vendue. Un tel texte offre l'indéniable avantage d'étendre la pratique du certificat de vente (qui jusque-là était loin d'être générale) à toutes les transactions portant sur des objets d'art, qu'elles soient conclues entre simples particuliers, dans une foire ou dans une brocante.

Nous l'avons dit, la chronique judiciaire ne manque pas d'affaires ayant trait aux œuvres d'art. Ainsi l'affaire Poussin, emblématique par sa chronologie, fut particulièrement lourde de conséquences. Elle eut en effet de nombreuses répercussions, ouvrant la voie à nombre d'autres contentieux de ce type en matière d'acquisitions. Or si les achats d'œuvres et objets d'art ou de

collection par les musées sont précédés de tout un ensemble de procédures internes les mettant en principe à l'abri de décisions hâtives ou mal fondées, ces ventes n'en restent pas moins conclues dans les mêmes conditions que celles pratiquées par des collectionneurs privés. Le contentieux le plus caractéristique du marché de l'art porte sur les contestations relatives à l'authenticité des pièces, qui constitue une qualité substantielle dont la contestation peut amener à l'annulation de la vente (c'est bien là l'erreur sur la substance de l'article 1110 du code civil). L'affaire Poussin a apporté des éléments importants à la théorie générale des contrats et à l'interprétation de cette erreur sur les qualités substantielles. En effet, elle consacre définitivement la possibilité jusque-là contestée (ou du moins admise avec beaucoup de réticences), aussi bien pour le vendeur que pour l'acheteur, d'invoquer l'erreur sur la substance dont il aurait été victime. Elle admet également que la preuve de cette erreur puisse résulter de l'analyse des consentements échangés et non plus des seules qualités objectives de l'objet concerné. Ainsi, l'affaire Poussin conduit à l'acceptation d'une théorie subjective de l'erreur sur la substance. Enfin, elle confirme une position constante de la jurisprudence en matière de ventes aux enchères publiques selon laquelle les contestations en matière d'erreur sur la substance doivent être considérées comme nées directement entre le vendeur et l'acheteur.

Le décret du 21 novembre 1956¹ semblait vouloir accentuer la responsabilité du commissaire-priseur et de l'expert en disposant que les mentions portées au catalogue engageaient leur responsabilité solidaire, le commissaire-priseur pouvant être tenu responsable des fautes commises par les experts l'assistant (articles 23 et 29). Cette possibilité ne fut pas retenue, le décret du 29 mars 1985, faisant suite à l'affaire Poussin, étant venu abroger et modifier certaines dispositions du texte de 1956, optant pour la seule responsabilité de l'expert quant à ses erreurs d'appréciation et celle du commissaire-priseur pour les fautes commises dans l'organisation de la vente. Le décret n° 81-255 du 3 mars 1981 sur la répression des fraudes en matière de transactions d'œuvres d'art et d'objets de collection, nous l'avons vu, est venu fixer les obligations pesant sur le vendeur habituel ou occasionnel en offrant notamment des définitions précises à un vocabulaire couramment utilisé par les professionnels. Il a en ce sens permis une meilleure sécurité des transactions en la matière. Les tribunaux ont suite à l'affaire Poussin fait preuve d'une sévérité certaine à l'égard des musées, se fondant sur la présomption que ces derniers possèdent de tels moyens d'étude et d'analyse et qu'il leur est possible d'acheter à coup sûr : pour preuve, l'annulation d'une promesse de vente d'une toile authentique au musée de Strasbourg, ce dernier agissant de « mauvaise foi », ayant entretenu « perfidement »

¹ Décr. n° 56-1181 du 21 nov. 1956 relatif au tarif des commissaires-priseurs, abrogé par décr. n° 85-382 du 29 mars 1985.

l'erreur du promettant qui pensait que la toile était « simplement attribuée à Simon Vouet » ; l'acquéreur était dans la certitude du fait d'informations données par le laboratoire des musées de France confirmant l'authenticité¹.

Une telle jurisprudence n'est cependant pas sans danger. En effet, le choix des juges dans l'affaire Poussin est (encore une fois) celui de la rationalité. C'est sans doute là le mal français, la confiance dans les seules vertus de la science. Aussi, le Français a du mal à admettre que l'histoire de l'art ne soit pas une science exacte, permettant de distinguer le vrai du faux, le bon du mauvais, de tracer une éternelle et infaillible ligne de démarcation entre la vérité et l'erreur. Mais si les techniques de plus en plus précises peuvent souvent permettre d'assurer que telle œuvre ne peut être de la main de tel artiste, il est beaucoup plus difficile d'attribuer avec certitude la paternité d'une œuvre à un unique artiste. Le fait qu'une œuvre possède les caractéristiques techniques imputables à un artiste peut parfaitement résulter du fait qu'elle est le travail de l'un de ses élèves. Qui plus est, dans les affaires mettant en cause les musées subsiste l'idée que ces derniers sont systématiquement en position de force, position dominante dont ils ne cesseraient d'abuser puisque eux disposent de moyens d'investigations techniques hors de portée de tout citoyen moyen. En réalité, tant que la vente n'est pas conclue, le musée se trouve exactement

dans la même position que tout acheteur amateur, ne disposant que des yeux et de la mémoire pour tout instrument d'analyse. Le rapport entre le vendeur et le musée acheteur n'est au final pas si déséquilibré que l'on veut bien le faire croire. Le musée notoirement plus savant n'en est pas pour autant incapable de commettre la moindre erreur (pour preuve, les nombreux changements d'attributions d'œuvres qui s'y produisent). Quant au particulier vendeur, rien ne l'empêche de s'entourer de conseils avisés et d'expertises éclairées.

En ce sens, Jacques Thuillier, professeur au Collège de France, expose un point de vue parfaitement contraire à la pensée dominante et en vient à se demander si les musées ne finissent pas par devenir les victimes d'une espèce de préjugé défavorable, les obligeant désormais à s'interdire de profiter de la compétence des conservateurs : « *Que s'est-il passé ? Est-ce parce que l'art est un domaine particulièrement médiatique ? Désormais les affaires vont s'y multipliant. Commencé vers 1970 et prolongé durant quelque douze années, le fameux procès en restitution de l'Olympos et Marsyas de Poussin, acquis par le Louvre aux enchères publiques, avait montré la faiblesse insigne des institutions prises entre une législation floue et l'ignorance du public. Le plaisir d'avoir fait plier un grand musée, l'arrêt final, contraire à la fois à la coutume et à la vérité, entrouvraient la porte à des procédures neuves. On n'y prit pas assez garde. Depuis, les "affaires" sont devenues si fréquentes qu'on ne saurait rappeler même les plus importantes. (...) Une*

¹ TGI Strasbourg, 23 févr. 1988 : *Gaz. Pal.* 1991, 2, p. 556, note DUCOULOUX-FAVARD.

autre "affaire" concerne Poussin, et depuis plusieurs années ne semble faire aucun pas. Nous venons d'évoquer son *Olympos* et *Marsyas* : presque insoluble. Ou le tribunal français admet que les deux frères ont raison, que leur toile est l'original de Poussin, et en vertu de la jurisprudence établie par l'*Olympos* et *Marsyas*, il les oblige à restituer le tableau ou verser 40 millions ; ce qui, du même coup, les frustre de leur intuition géniale, du fruit de leurs recherches et des intérêts de la somme immobilisée, au profit d'une personne qui n'avait jamais prêté la moindre attention à l'œuvre. Mais ce faisant, les juges ne peuvent faire abstraction des hauts cris poussés par l'érudit anglais. Le possesseur américain est fort riche, bien muni d'avocats, et de caractère peu porté aux accommodements. Il risque de se retourner vers le tribunal, de le sommer de justifier son choix et d'exiger lui aussi une indemnité considérable... Ou au contraire les juges estiment plus simple de se mettre sous la haute protection du verdict de Mahon. En ce cas, le tableau de Versailles vaut bien moins qu'il n'a été payé aux enchères, et la plainte tombe. Mais s'il apparaît un beau jour que le tableau français est sûrement l'original ? N'y aura-t-il pas recours pour erreur judiciaire, et demande de dédommagement pour les intérêts de la somme perdue du fait du tribunal (des pourparlers de vente étaient en cours), selon la jurisprudence établie par l'affaire "Walter" ? Or ce tribunal n'a aucun moyen de trancher. Les études historiques et les examens de laboratoire, qui exigent toujours une interprétation complexe, ont été exploités aussi bien en faveur de

l'exemplaire américain que de l'exemplaire français. Le jugement esthétique est fait d'une conviction fondée sur l'expérience, et non sur des preuves positives et définitives. Il peut toujours être renversé par un ensemble de découvertes. Pourquoi diable la justice va-t-elle s'engluer dans ces problèmes d'attribution, dont certains ne sont toujours pas tranchés... depuis le règne de Louis XIV ? Qui ne voit ici que le principe de l'« erreur sur la marchandise », au nom duquel les avocats ont fini par faire rendre l'*Olympos* et *Marsyas*, vaut peut-être pour les produits commerciaux, mais ne peut s'appliquer en pareil cas ? Si le tribunal recevait la plainte - et fallait-il vraiment l'accepter ? -, **il convenait de mettre entre parenthèses la question d'authenticité**, et se contenter d'examiner les droits respectifs, légaux et moraux, de la plaignante, que personne n'a forcée à mettre en vente son tableau... Un fil tirant l'autre, et le fameux verdict concernant l'*Olympos* et *Marsyas* faisant jurisprudence, M. Walter après avoir vu les tribunaux reconnaître officiellement à son tableau une valeur de 400 millions, puis de 200 millions, se retrouvera-t-il enjoint de restituer ces 200 millions contre un tableau de toute façon "brûlé" et pratiquement sans valeur marchande ? De pareilles contradictions sont-elles propres à entretenir le prestige des tribunaux ? Nous avons dit qu'il leur est dangereux de vouloir trancher de l'authenticité d'une œuvre. N'est-ce pas une erreur pire, que d'y vouloir ajouter une estimation financière ? Valeur esthétique et valeur financière sont des terrains mouvants, où les vétérans peuvent se risquer - à leurs propres

dépens - mais où le néophyte est sûr de perdre la face. Au niveau de 145 millions, l'erreur est tout de même difficilement acceptable. »¹.

Il faut donc se garder de trop de pragmatisme et rester prudent quant aux rapports d'expertises. Il en va de la survie du marché de l'art, et par-delà de la conception même de cet art. En ce sens, doit subsister un vaste débat quant à cette notion de qualité substantielle de l'œuvre d'art. L'œuvre doit-elle être considérée pour ce qu'elle est en elle-même, « appréciée à sa juste valeur », ou doit-on passer en permanence par une référence à son auteur pour la valoriser ou la déprécier ? Les pays anglo-saxons semblent en tout cas avoir compris qu'acheter une peinture ancienne, c'est bien souvent faire un pari ; les conditions de vente jointes en annexe en témoignent. L'acheteur choisit

¹ Propos de J. THULLIER, repris dans le rapport d'information du Sénat n° 330, 1998-1999, du 29 avril 1999, *Les aspects fiscaux et budgétaires d'une politique de relance du marché de l'art en France*, par Y. GAILLARD, fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation.

délibérément de prendre ce risque, de jouer sur le fondement non pas des analyses d'un quelconque laboratoire (analyses qui ne servent de toute façon qu'à établir des certitudes négatives) mais sur celui d'un œil, d'une intuition, d'une intime conviction. Aussi, il serait malheureux que par une conception absolue et sans doute erronée d'une authenticité objective et permanente, alors même qu'elle n'est qu'une affaire d'opinion, celle des autorités du moment, l'on finisse par geler la bonne activité de ces acteurs essentiels de la culture, ces temples de l'art que sont nos chers musées. Dans une vente publique, rares sont les situations où un chef d'œuvre n'est pas démasqué et si cela doit se produire, alors grand respect doit être concédé à celui qui a eu l'intuition et l'audace de le reconnaître. Comme concluait justement M. Yann Gaillard dans son rapport d'information au Sénat : « Ne désespérons pas les chercheurs d'or en leur faisant rendre leurs pépites, tout en leur laissant les cailloux qui les avaient fait rêver... ».

Julien FAURE

II – Effets des obligations

A – Résiliation et compensation

• De l'art et de la manière de rappeler aux juges de ne pas sauter des étapes dans le raisonnement juridique : la compensation des dettes de réparation contractuelle nées de la résiliation unilatérale d'un contrat synallagmatique reste subordonnée à l'évaluation des préjudices subis : Civ. 3^{ème}, 2 juillet 2008, n° 07-16.123, FS-P+B.

Le principe d'interdépendance des obligations nées d'un contrat synallagmatique a pour conséquence

nécessaire la possibilité offerte à la partie qui n'obtiendrait pas la prestation à laquelle elle a droit de

demander la résolution du contrat. La résolution pour inexécution de l'article 1184 du Code civil permet ainsi de s'affranchir d'un contrat qui n'offre pas la satisfaction légitimement espérée, cette inexécution devant affecter l'utilité économique du contrat appelé dès lors à disparaître. Or cette disparition n'est pas laissée à la discrétion des parties car elle ne peut être prononcée que par le juge, qui apprécie alors souverainement la gravité de l'inexécution. Au regard des faits (le caractère plus ou moins exécutable des obligations en jeu, l'importance des manquements au contrat dénoncés) et de la psychologie des parties (leur bonne ou mauvaise foi, leur mécontentement), le juge peut prononcer la résiliation et y adjoindre au bénéfice du créancier demandeur en résolution une condamnation au versement de dommages-intérêts à la charge du débiteur qui aurait commis une faute non réparable par la seule remise en état qu'entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat résolu. Pour autant, il existe des hypothèses où le créancier peut résoudre unilatéralement le contrat, notamment en cas d'urgence, lorsque le débiteur défaillant met gravement en danger ses intérêts. Or le créancier n'a cette faculté qu'à « ses risques et périls », c'est-à-dire que le débiteur subissant la résolution unilatérale peut ensuite saisir le juge pour faire constater que la rupture du contrat n'était pas justifiée et lui a causé un préjudice à réparer. Mais que se passe-t-il lorsque la résiliation unilatéralement décidée ouvre droit à une dette de réparation pour les deux parties en présence ?

C'est à cette question que répond l'arrêt ci-après commenté rendu par la

troisième Chambre civile de la Cour de cassation le 2 juillet 2008. En l'espèce, deux parties à un contrat d'entreprise s'étaient entendues pour confier à l'une la construction d'un mur prévu pour la fin du mois d'août 2000 selon un devis du 26 juin 2000. L'entrepreneur n'ayant pas livré l'objet en temps voulu, le maître d'œuvre a procédé à la résiliation (résolution en matière de contrat à exécution successive) du contrat les liant. Or l'entrepreneur niait la validité d'une telle cause de résiliation et a demandé la condamnation du maître à des dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat, les deux parties s'entendant *in fine* pour demander au juge saisi de leurs prétentions de compenser les dettes de réparation réciproques.

La cour d'appel a débouté l'entrepreneur de sa demande de dommages-intérêts, au motif que les deux parties ayant concouru ensemble à la rupture de leurs relations contractuelles, les pénalités contractuelles de retard susceptibles d'être dues par l'entrepreneur étaient compensées avec les dommages-intérêts susceptibles d'être dus par le maître pour non respect des formalités devant entourer la résiliation du marché.

Or était-il possible à la cour d'appel de refuser d'allouer, et donc de reconnaître, des dommages-intérêts à l'entrepreneur au motif que les dettes de réparations que se devaient mutuellement les parties en présence se seraient de toute façon compensées à la fin ? La cour d'appel pouvait-elle se contenter d'observer que des droits mutuels à réparations étaient

« susceptibles » d'être prononcés et donc d'être compensés pour se croire affranchie de la mesure de ces droits ?

Certainement pas, tranche la Cour de cassation qui rappelle les juges du fond à l'orthodoxie du raisonnement juridique en cassant leur arrêt pour défaut de base légale. En droit, obligation était faite aux juges du fond de rechercher si les manquements respectifs des parties à leurs obligations (obligation de livrer dans les délais pour l'entrepreneur, obligation de rompre le contrat selon les formalités prévues par celui-ci pour le maître) avaient causé à chacune d'elles un égal préjudice de nature à entraîner la compensation totale entre les dommages-intérêts auxquels elles pouvaient réciproquement prétendre.

Il ne s'agissait que de revenir à la pureté des principes en matière de responsabilité contractuelle, comme l'indiquait le visa unique de l'article 1147 du Code civil. En effet, en cas de manquements réciproques aux obligations nées du contrat synallagmatique, la disparition du contrat qui s'ensuit peut s'accompagner de la condamnation à des dommages-intérêts si ces manquements sont fautifs. Encore faut-il caractériser ces manquements et leur caractère fautif. En matière contractuelle, le manquement est en soi fautif : ici, il y avait faute à ne pas livrer l'objet dans les temps et faute à résilier unilatéralement le contrat en méconnaissant les formalités prévues par ce dernier. Ainsi, en présence de fautes distinctes incombant tant à l'une des parties qu'à l'autre, les juges du fond fixent, dans l'exercice de leur pouvoir souverain, la proportion dans laquelle

chacune est tenue à assurer réparation à l'autre de ses fautes. Les juges du fond doivent donc apprécier la gravité des fautes commises et l'importance des préjudices respectivement subis. Ce n'est qu'une fois accompli ce travail d'évaluation des préjudices que le juge, connaissant exactement le montant du droit à réparation dont peuvent se prévaloir les parties, pourra éventuellement prononcer une compensation entre ceux-ci. Le juge ne peut se cacher derrière une forte probabilité de compensation entre des droits à réparation « susceptibles » d'être prononcés pour ne pas s'atteler à la charge de les évaluer.

Ce rappel à l'ordre n'est donc que pure logique. En effet, comment compenser deux dettes dont on ne connaît pas les montants ? D'autant plus que la compensation se fait à hauteur de la plus faible des deux dettes. De plus, il est à noter que seul l'article 1147 est visé par la Haute Cour, et non pas l'article 1289 du Code civil qui intéresse la compensation qui est au cœur du débat. Pourquoi un visa aussi chiche ? Il faut préciser ici que l'article 1289 régit la compensation légale, celle qui opère de plein droit, automatiquement, dès lors qu'en sont réunies les conditions. Ces conditions, quelles sont-elles ? Sauf exception légale, les dettes à compenser doivent être réciproques, disponibles, exigibles, fongibles, et, pour ce qui nous intéresse en l'espèce, liquides. Une dette est dite liquide lorsqu'elle est certaine (c'est-à-dire non litigieuse) et quand son montant est fixé avec précision. S'il s'agit de dettes dont le montant est contractuellement prévu à l'avance, il n'y a pas de souci, elles

sont bien liquides. En revanche, lorsqu'un manquement contractuel a causé un préjudice dont aucune clause de réparation forfaitaire ne vient adoucir les conséquences, il faut bien déterminer la valeur pécuniaire de ce dernier. C'est exactement ce qui s'était produit en l'espèce : l'entrepreneur considérant qu'il avait subi un préjudice du fait de la rupture abusive du contrat d'entreprise, saisit le juge afin que celui-ci reconnaisse son droit et l'évalue. L'espèce mettait en application une compensation judiciaire, et non pas légale, ce qui explique l'absence de l'article 1289 au visa de l'arrêt de cassation, laquelle compensation judiciaire commandait aux juges du fond de rendre liquide la créance de réparation dont bénéficiait l'entrepreneur.

Ainsi, en cassant pour défaut de base légale, la Cour de cassation sanctionne les juges du fond pour avoir donné des motifs de droit incomplets, laissant de côté certaines conditions indispensables à l'application de la règle de droit. Ici, les juges du fond ont « oublié » de liquider une des deux dettes à compenser, ne pouvant donc procéder à cette compensation.

La rigoureuse logique du syllogisme juridique ne saurait effectivement jamais laisser place à l'intuition, conduisît-elle à la bonne solution *in fine*.

Touria AÏT-HELLAL

B – Préjudice : existence et preuve

• Existence et preuve du préjudice causé par un manquement contractuel : Civ. 2^{ème}, 11 septembre 2008, 07-20.857, F-P+B.

Le gérant majoritaire de la société Resto-France avait donné mandat à la société Sojurif de procéder à *toutes les formalités nécessaires* à l'acquisition de la qualité de gérant minoritaire salarié. Cependant, il advient l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. Le gérant, supposé minoritaire salarié, déclare ainsi ses créances salariales, mais le liquidateur refuse leur admission puisque les formalités accomplies par la société Sojurif n'avaient pas fait l'objet de publications légales. Un arrêt en date du 28 mai 2003 avait jugé que cette omission constituait un manquement qui ouvrait droit à réparation. Néanmoins, le gérant devait prouver le lien

de causalité entre la faute et le préjudice subi. Par ailleurs, l'arrêt, avant dire droit sur ce préjudice, a ordonné une expertise et la consignation par le gérant d'une provision. Une ordonnance du 11 septembre 2003 constate le défaut de consignation et déclare caduque la désignation de l'expert. L'arrêt du 24 mars 2004 a rouvert les débats, révoqué l'ordonnance et fait injonction au gérant de conclure sur les conséquences de la caducité de la désignation de l'expert et de chiffrer sa demande. Le gérant fit alors grief à cet arrêt d'avoir rejeté sa demande en dommages-intérêts au motif qu'il ne rapportait pas la preuve du préjudice

invoqué. Les juges de la Cour de cassation se sont alors demandé s'il était nécessaire de démontrer l'existence d'un préjudice pour allouer des dommages-intérêts en cas de manquement contractuel. En rejetant le pourvoi, la Cour de cassation a jugé que l'allocation de dommages-intérêts nécessitait d'une part l'existence d'un préjudice (I), et d'autre part qu'il devait être prouvé (II).

I – L'existence d'un préjudice

La question qui se posait aux juges en l'espèce était, en réalité, de savoir si le manquement contractuel justifiait à lui seul l'allocation de dommages-intérêts ou s'il fallait en plus l'existence d'un préjudice. Il semble que la Cour de cassation ne se soit jamais réellement décidée, même si la majorité de ses décisions (dont celle que nous commentons) exige l'existence d'un dommage. À l'origine, pour répondre à cette question les juges prêtaient attention à la formulation des prétentions. Ainsi, s'il était demandé l'exécution des obligations, il n'était pas nécessaire de démontrer un préjudice¹. Au contraire, si le créancier demandait la réparation d'un préjudice, il lui fallait montrer – en plus du manquement contractuel – un dommage subi.

Dorénavant, les choses ne sont plus très claires. Tantôt il est décidé que « la faute contractuelle n'implique pas nécessairement par elle-même

l'existence d'un dommage en relation de cause à effet avec cette faute »² (comme en l'espèce), tantôt « les dommages-intérêts alloués en raison de l'inexécution ou du retard dans l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire constituent une modalité d'exécution de cette obligation. »³ Malgré les hésitations jurisprudentielles, il semble que les auteurs s'accordent à dire qu'il faut à la fois démontrer une inexécution contractuelle et un dommage⁴. On pourrait expliquer ce mouvement par le souhait de plus en plus prégnant dans notre Droit de vouloir unifier les responsabilités civiles contractuelle et délictuelle et d'effacer toute trace de « bizarreries et d'injustices »⁵ dans notre système.

II – La preuve du préjudice

Il ne fait aucun doute que, « s'il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention »⁶, « le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instructions légalement admissibles »⁷ au nombre desquelles se trouvent les mesures d'instructions

² Civ. 1^{ère}, 18 nov. 1997 : *Bull. civ.*, n° 317 ; *D. Affaires* 1998, 20, obs. S. P. Adde, dans le même sens : Civ. 3^{ème}, 3 déc. 2003 : *Bull. civ.*, n° 221.

³ Soc., 4 déc. 2002 : *Bull. civ.*, n° 368 ; *RDC* 2003, 54, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

⁴ V. M. FABRE-MAGNAN, *Les Obligations*, PUF, 2004, p. 576, n° 214 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les Obligations*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, p. 550, n° 561.

⁵ A. TUNC, *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., 1986, n° 46.

⁶ C.P.C. art. 9.

⁷ C.P.C. art. 10.

¹ Civ., 27 avril 1948 : *JCP* 1948, II, 4594, note E. BECQUE : « le preneur ne peut modifier l'usage de la chose louée, alors même que les modifications ne seraient susceptibles de causer aucun préjudice au bailleur ».

exécutées par un technicien. En l'occurrence, le juge a eu recours à l'expertise. Toutefois, la loi prévoit, pour le bon déroulement de l'expertise, la consignation d'une provision par les parties¹. Le gérant avait contesté la décision de la cour d'appel de rendre caduque cette désignation au seul motif de l'absence de consignation. En effet, il pensait que la cour analysait cette absence comme la renonciation à un droit. Or, selon un principe établi, elle ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer². Toutefois, la Cour de cassation ne s'y trompe pas ; elle écarte cet argument fallacieux pour appliquer le régime idoine de l'expertise. Il ne s'agit absolument pas d'une renonciation à un droit. Le Code de procédure civile prévoit, lui-même, qu'à défaut de consignation, la désignation de l'expert est caduque³. Il a été jugé, néanmoins, que pour donner satisfaction à l'adversaire de la partie qui aurait dû consigner, il faut au préalable un

examen de l'affaire au fond⁴. Par ailleurs, la demande de cette partie peut être accueillie sur le fondement d'autres éléments de preuve⁵.

La décision de la Cour de cassation de rejeter le pourvoi est alors complètement logique. D'une part, la cour d'appel, en révoquant l'ordonnance de clôture, avait enjoint le gérant de conclure sur les conséquences de la caducité de la désignation de l'expert et de chiffrer sa demande. Autrement dit, elle avait entendu ses prétentions afin de juger au fond ; elle a donc pu tirer dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation toute conséquence de cette abstention. D'autre part, le gérant n'a apporté aucun autre élément de preuve qui puisse fonder sa prétention. La cour d'appel a ainsi pu retenir qu'il ne justifiait pas du préjudice invoqué.

Cédric PLANTE

¹ C.P.C. art. 267, al. 2.

² Civ. 2^{ème}, 10 mars 2006 : *Bull. civ.*, n° 68.

³ C.P.C. art. 271.

⁴ Riom, 12 sept. 1988 : *Gaz. Pal.* 1989, 1. *Somm.* 39.

⁵ Com., 23 juin 1992 : *Bull. civ.*, n° 248.

§ 2 – Quasi-contrats

• **Enrichissement sans cause et concubinage : Civ. 1^{ère}, 24 septembre 2008, n° 07-11.928 et n° 06-11.294, FS-P+B+I.**

La Cour de cassation était saisie de litiges mettant en jeu la « condition juridique », si ce n'est la définition même de l'enrichissement sans cause : l'absence de cause de l'enrichissement et de l'appauvrissement corrélatif.

Deux espèces, assez communes et aux apparences similaires, aboutissent en appel à des solutions divergentes, toutes deux confirmées par la première Chambre civile de la Cour de cassation.

1^{er} arrêt : Civ. 1^{ère}, 24 septembre 2008, n° 07-11.928.

Dans cette première espèce, un concubin (le terme n'étant pas employé par la Cour, qui fait référence à une « liaison ») finance la réalisation des travaux de rénovation d'un immeuble appartenant à sa concubine à hauteur de 129 119,04 € afin d'y habiter ensemble. Le couple se sépare avant la réalisation du projet. Le concubin, estimant s'être appauvri sans cause, exerce l'action *de in rem verso* à l'encontre de l'ex concubine. Ses prétentions sont écartées en appel et la Cour de cassation rejette son pourvoi : « Mais attendu qu'ayant souverainement constaté que M. X... avait, dans son intérêt personnel, financé les travaux de rénovation litigieux avec l'intention de s'installer dans l'immeuble avec Mme Y..., la cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision ». **En effet, la constatation d'un intérêt personnel du demandeur à son appauvrissement donne à cet appauvrissement une cause et exclut par là même l'exercice de l'action *de in rem verso*.**

L'arrêt offre les réponses prévues aux questions suivantes :

- En quoi consiste cette *cause* ? Ici, dans la perspective de s'installer en couple dans l'immeuble faisant l'objet des travaux de rénovation, projet qui présentait un « intérêt personnel » pour l'appauvri.

- Quand l'existence de cette cause s'apprécie-t-elle ? La réponse de la cour d'appel, confirmée par la Cour de cassation, est pour le moins classique : « l'existence de la cause d'une obligation doit s'apprécier à la date à

laquelle elle est souscrite, indépendamment des circonstances ultérieures ».

Peu importe donc que le projet d'habitation commune du couple ne se soit pas réalisé car au moment de l'appauvrissement (le paiement des travaux), ce dernier était causé par ledit projet, présentant un intérêt personnel pour le demandeur. La séparation du couple n'ôte pas sa cause à l'appauvrissement : le concubin ayant financé ces travaux « devait assumer la part de risque inhérente à la précarité possible et qu'il ne pouvait méconnaître de sa relation avec Mme Y ».

Ici, la cause se trouve dans l'intérêt, et ce dernier trouve son corollaire naturel : le risque.

La sévérité de la solution est à la hauteur de la finesse de cette nuance : la cause n'était pas dans l'installation du couple mais dans le projet de cette installation. La non-réalisation de celle-ci ne prive donc pas de cause l'appauvrissement et l'enrichissement corrélatif.

Dans une seconde espèce datant du même jour, la première Chambre civile statue pourtant dans un sens différent.

2nd arrêt : Civ. 1^{ère}, 24 septembre 2008, n° 06-11.294.

Il s'agissait également de travaux réalisés aux frais d'un concubin dans l'immeuble appartenant à la concubine. La prétention de l'appauvri s'appuyait sur le même fondement que précédemment, l'enjeu en étant toutefois inférieur (45 000€).

La Cour de cassation rejette le pourvoi de la concubine, condamnée en appel à indemniser une partie de l'appauvrissement du concubin.

La solution, pour la richesse de son contenu, mérite d'être reproduite :

« Mais attendu qu'après avoir justement retenu qu'aucune disposition légale ne règle la contribution des concubins aux charges de la vie commune de sorte que chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a engagées, l'arrêt estime, par une appréciation souveraine, que les travaux litigieux réalisés et les frais exceptionnels engagés par M. X... dans l'immeuble appartenant à Mme Y... excédaient, par leur ampleur, sa participation normale à ces dépenses et ne pouvaient être considérés comme une contrepartie des avantages dont M. X... avait profité pendant la période du concubinage, de sorte qu'il n'avait pas, sur ce point, agi dans une intention libérale ; que la cour d'appel a pu en déduire que l'enrichissement de Mme Y... et l'appauvrissement corrélatif de M. X... étaient dépourvus de cause et a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ».

Les raisons de cette apparente différence de traitement peuvent s'expliquer, mais essentiellement, semble-t-il, pour des raisons d'opportunité.

Dans le second arrêt (n° 06-11.294), il est fait une référence – par ailleurs discutable – aux dépenses de la vie commune, chaque concubin – faute de régime légal – devant supporter celles

qu'il a engagées. La Cour indique ensuite que les travaux entrepris dépassaient le cadre de telles dépenses. N'étant d'ailleurs pas les fruits d'une intention libérale, cet appauvrissement et l'enrichissement corrélatif étaient donc dépourvus de cause.

Cette différence de traitement avec la 1^{ère} espèce (n° 07-11.928) peut ne pas être approuvée¹, mais reste compréhensible en opportunité. Ainsi, dans la seconde espèce, « la maison dont la rénovation a été entreprise aux frais de M. X... constituait le logement du ménage, où vivaient les deux concubins et leurs deux enfants ». Tel n'était pas le cas dans la première espèce, où le logement commun, objet des frais, n'existait qu'au stade de projet. Ensuite, alors que le premier arrêt ne fait état que d'une « liaison » dont « la précarité possible » est évoquée, le second arrêt emploie les notions de « concubinage », de « charges de la vie commune », qui suggèrent une union présentant un degré de stabilité supérieur. Ces remarques ne sont toutefois pas de nature à justifier la solution.

Autre point plus décisif, les deux arrêts de la Cour de cassation rappellent le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond :

¹V. par ex. les observations de F. CHENEDE : *AJ fam.* 2008. 431 ; « alors que le concubin qui a effectivement profité de l'immeuble rénové, à titre personnel et à titre professionnel, bénéficiera d'une indemnisation, le concubin qui a simplement émis le souhait de s'y installer se voit quant à lui refuser toute compensation. Cette dernière solution nous paraît largement excessive. »

V. égal. les observations de J.-J. LEMOULAND, *D.* 2009, p. 140, insistant particulièrement sur l'imprévisibilité de cette jurisprudence.

quant à l'appréciation de l'intérêt personnel de l'appauvri (1^{er} arrêt, n° 07-11.928); quant au caractère étranger aux « dépenses de la vie commune » des frais à l'origine de l'appauvrissement et l'exclusion de l'intention libérale de l'appauvri (2nd arrêt, n° 06-11.294). Et il est vrai que, dans la seconde espèce, l'absence d'intention libérale et l'intention d'indemniser le concubin se trouvaient établies par l'aveu extra judiciaire de la concubine enrichie.

Toujours est-il que le recours à une institution de droit commun dans le moyen du premier arrêt et dans la

solution du second, semble faire figure d'un palliatif aux effets bien aléatoires à l'absence de régime patrimonial du couple non lié par le mariage ou le PACS¹.

Alexis BOISSON

¹ Autre piste : le recours à la société créée de fait a pu être envisagé en pareilles circonstances, mais semble aujourd'hui en net recul depuis de récents arrêts de Cour de cassation réaffirmant la nécessité de caractériser l'indispensable *affectio societatis* (Com., 23 juin 2004, 3 arrêts : *JCP E* 2004, 1510, n° 9, et Civ. 1^{ère}, 12 mai 2004 : *JCP E* 2004, 1510, n° 8, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER).

CONTRATS SPÉCIAUX

Olivier DE ROSSO, Julien FAURE et Caroline LEPRÊTRE

SOMMAIRE

§ 1 – Contrat de vente	293
I – Garantie des vices cachés	293
II – Vente à domicile	297
§ 2 – Contrat de bail	301
§ 3 – Contrat d'assurance	303

§ 1 – Contrat de vente

I – Garantie des vices cachés

- **Garantie des vices cachés et professionnel de l'automobile : Civ. 1^{ère}, 30 septembre 2008, n° 07-16.876, F-P+B.**

Le vendeur a pour obligations principales de délivrer à l'acheteur la chose promise et de lui en assurer la propriété ; il se doit également de garantir que la chose est apte à l'usage prévu (l'on pense immédiatement à la notion développée par la doctrine de possession utile). L'article 1642 du Code civil ne dispose pourtant pas d'une garantie de bon fonctionnement ou de bon usage mais d'une garantie contre les vices cachés de la chose. Le vice caché est le défaut ou l'imperfection que l'acheteur ne pouvait déceler, dont il n'avait pas

connaissance au moment de la conclusion de la vente et qui rend la chose impropre à un usage normal (vice fonctionnel) ou qui en diminue tellement la valeur, que l'acheteur n'aurait pas contracté s'il avait eu connaissance de son existence (ou alors à un moindre prix).

La mise en œuvre d'un tel mécanisme requiert des conditions de deux ordres : des conditions de fond (principalement l'existence du vice caché) et des conditions de forme ou d'exercice (essentiellement quant au

bref délai d'action). Attardons-nous cependant un moment sur ces problématiques. En premier lieu, il faut bien évidemment qu'il y ait une vente, peu importe la vente d'ailleurs puisqu'elles sont toutes, à l'exception de celles ordonnées par autorité de justice, susceptibles de donner lieu à garantie. Est ensuite nécessaire le vice, caché et rendant la chose impropre à l'usage auquel on la destine.

Ce vice doit être rédhibitoire, à savoir qu'il ne peut s'agir d'un léger défaut affectant uniquement l'agrément ou les qualités secondaires de la chose ou qui serait aisément réparable. Il ne peut donc s'agir d'une « brouille », d'un défaut anodin. Remarquons au passage que si la chose viciée périt après la vente, l'article 1647 du Code civil distingue selon que la perte soit le fruit du vice, auquel cas le vendeur se devra d'indemniser l'acheteur, ou qu'elle ne soit due qu'à un cas fortuit, et c'est alors l'acheteur qui devra supporter cette perte.

Le vice doit être occulte : ainsi, si l'acheteur avait connaissance de son existence, il ne pourra invoquer la garantie puisque lui a été livrée une chose disposant des qualités qu'il attendait et qu'il a accepté la vente en connaissance de cause (article 1642). Le vice apparent ou sur lequel le vendeur a attiré l'attention de l'acheteur sont donc ici à proscrire. Le vice est caché lorsque l'acheteur ne pouvait le découvrir et l'a ignoré. On comprend alors bien aisément le caractère tout relatif d'une telle notion, qui variera en fonction des qualités de l'acquéreur et de la nature même de la chose visée. Aussi, la jurisprudence n'a

pas soumis au même régime l'acheteur occasionnel, consommateur et l'acheteur professionnel, et elle apprécie variablement ce caractère caché du vice. Ainsi, les juges admettent aisément le caractère caché du vice dès lors que l'acheteur n'a pas de compétence technique (pour peu que la chose présente un aspect technique) et qu'il ait procédé à un examen normalement attentif de la chose, étant considéré comme apparent le vice décelable lors d'une vérification sommaire. À l'inverse, l'acheteur professionnel se voit soumis à un régime bien plus sévère. S'il est de la même spécialité que le vendeur (c'est-à-dire s'il exerce une activité de nature à lui procurer, peu importe sa profession, des connaissances comparables à celles du vendeur), il ne pourra invoquer l'existence d'un vice caché, dans la mesure où, au vu de ses connaissances, il est censé être parfaitement apte à le découvrir¹.

La qualité du vendeur sur laquelle s'interrogeait la Cour en l'espèce est également prise en compte, et faisant écho à la situation de l'acheteur professionnel, le vendeur professionnel est lui aussi traité avec plus de sévérité que le vendeur occasionnel. Si le vendeur est un professionnel de la vente d'objets similaires à celui concerné (ici de véhicules), il est réputé avoir été de mauvaise foi en ayant connu les défauts du véhicule concerné ; dès lors, en vertu de l'article 1645, il est tenu, en plus de la restitution du prix, à des dommages et intérêts permettant de compenser les éventuels préjudices supplémentaires subis par

¹ Com., 8 oct. 1973 : *Bull. com.*, n° 272.

l'acquéreur en raison de ces défauts (ceux qu'a pu entraîner la privation de véhicule voire la location d'un véhicule de substitution). Ainsi, le vendeur professionnel est systématiquement tenu à la garantie des vices cachés : le caractère indécélable du vice n'a aucune incidence pour lui, il « ne peut ignorer les vices de la chose vendue, même à un professionnel »¹. Notons enfin que ce vendeur professionnel ne pourra pas non plus se soustraire à ses obligations en se prévalant d'une clause aux termes de laquelle « il ne garantirait pas les vices cachés », puisqu'il est présumé les avoir connus. À l'inverse, le vendeur particulier (non professionnel) peut, lui, s'exonérer valablement (mais expressément) de sa garantie des vices cachés pour les défauts qui lui sont inconnus (article 1643).

Dès lors, les ventes conclues entre professionnels peuvent sembler sous l'égide d'un bien curieux régime. En effet, en cas de vice, le vendeur professionnel voit sa responsabilité aggravée dans la mesure où il est supposé ne pouvoir ignorer le vice, mais si l'acquéreur est lui aussi un professionnel, le vice ne peut être caché puisqu'il est présumé le connaître : aucune garantie ne pèse alors sur le vendeur qui ne peut être tenu des vices « dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même ». Néanmoins, la présomption de connaissance des vices cachés qui frappe l'acheteur professionnel est différente de celle touchant le vendeur professionnel qui, lui, connaît la chose puisqu'il en est, jusqu'à la vente, le propriétaire. C'est

là une présomption qui n'est pas absolue dans la mesure où elle va pouvoir céder dans les cas de dol du vendeur (qui aurait délibérément masqué le vice) ou lorsque le vice était véritablement indécélable, à savoir que même un acheteur professionnel, curieux et compétent ne pouvait le découvrir sur le champ. Le vendeur professionnel ne peut en revanche invoquer ce caractère indécélable du vice pour échapper à l'aggravation de sa responsabilité.

Quoi qu'il en soit, une fois démontrée l'existence d'un défaut répondant à ces conditions, défaut existant au moins en germe au moment de la vente (on pourra au passage remarquer, et c'est tout particulièrement vrai en matière automobile, l'intérêt évident à faire examiner la chose par un expert qui établira un rapport préalable au contrat), l'article 1644 offre à l'acquéreur le choix entre deux actions pour mettre en jeu la garantie. Il pourra choisir de rendre le véhicule au vendeur et s'en faire restituer le prix par une action rédhibitoire. La Cour en a au passage profité pour préciser qu'« en matière de vices cachés, lorsque l'acheteur exerce l'action rédhibitoire, le vendeur, tenu de restituer le prix qu'il a reçu, n'est pas fondé à obtenir une indemnité liée à l'utilisation de la chose vendue ou à l'usure résultant de cette utilisation. »² Il pourra à l'inverse opter pour la conservation du véhicule mais se faire restituer une partie de son prix, à dire d'expert, par une action

² V. par ex. Civ. 1^{ère}, 21 mars 2006, n° 03-16.075 et 03-16.307 ; 30 sept. 2008, n° 07-16.876.

¹ Soc., 25 oct. 1989, n° 86-45.229.

estimatoire. Cette action reste soumise à l'appréciation souveraine des juges et est généralement fixée au regard du préjudice subi par l'acheteur.

En outre, reste la possibilité de contraindre le vendeur à réparer ou à remplacer à ses frais les parties défectueuses de l'objet de la vente, voire même à le remplacer totalement. Enfin, selon l'article 1645 du Code Civil, « si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages intérêts envers l'acheteur ». La jurisprudence assimile le vendeur professionnel à celui qui connaissait le vice. En revanche, selon l'article 1646, « si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente ». Dès lors, le vendeur devra faire apparaître le lien de causalité entre le vice affectant le bien acheté et le dommage pour que soit engagée la responsabilité du vendeur. Il ne suffit pas, en effet, que le bien vendu présente un défaut. Il faut encore que ce défaut cause un dommage à l'acheteur.

L'on voit bien au vu de ce très sommaire exposé, et c'est le problème auquel se confrontait la première Chambre civile de la Cour de cassation le 30 septembre 2008, l'importance de ces questions de qualification des parties à la vente. Ainsi a-t-elle pu préciser qu'en matière automobile, « acquiert la qualité de vendeur professionnel, dès lors réputé connaître les vices de la chose vendue et tenu de tous les dommages-intérêts envers l'acheteur, la personne qui se livre de

façon habituelle, à une fréquence inhabituelle pour un particulier, à des opérations d'achat et de revente de véhicules d'occasion dont elle tire profit. » De la même manière, le simple particulier signalant lors de la conclusion de la vente qu'il a procédé de son propre chef à des réparations sur le véhicule vendu reconnaît ainsi qu'il dispose de compétences en mécanique. Les tribunaux considéreront bien souvent qu'un tel vendeur est de mauvaise foi, qu'il connaissait ou du moins se devait de connaître les défauts que comportait le véhicule, comme l'aurait fait un véritable vendeur professionnel¹. L'ingénieur employé chez un constructeur automobile s'est lui aussi vu, en raison de sa formation en mécanique, reconnaître la qualité de vendeur professionnel². À ce titre de vendeur professionnel a même été assimilé un chauffeur routier³.

Il semble flagrant qu'au fil du temps, le statut juridique du vendeur professionnel d'automobiles soit devenu de plus en plus rigoureux. Si, initialement, les tribunaux considéraient que portait sur le vendeur professionnel une présomption de mauvaise foi, ils lui offraient la possibilité de démontrer le contraire en prouvant qu'il ignorait concrètement les vices cachés du véhicule vendu, même s'il était techniquement en mesure de les découvrir (par exemple, dans le cas où antérieurement à la vente, le véhicule lui avait paru d'excellente présentation et

¹ TI Martigues, 26 mars 1986 : *Jurisp. auto.* 1986, p. 327.

² CA Versailles, 29 sept. 1983 : *Jurisp. auto.* 1986, p. 74.

³ CA Bourges, 29 juin 1992 : *JA* 1993, p. 526.

fonctionnait parfaitement et qu'il n'avait donc pas jugé utile de procéder à un examen approfondi). La situation semble avoir considérablement évolué et il est désormais clairement affirmé que le vendeur professionnel reste toujours présumé de mauvaise foi, sans possibilité pour lui de démontrer le contraire, et ce, qu'il ait ou non procédé à un examen approfondi lui ayant permis de découvrir les vices en cause. Le vendeur professionnel est donc tenu de connaître les défauts de l'automobile qu'il vend¹, et se devra de réparer le préjudice causé par le biais du paiement de dommages et intérêts à l'acheteur, dès lors qu'un tribunal prononce la résolution de la vente pour vices cachés.

Au final, le sort du vendeur professionnel semble encore plus strict et rigoureux que celui de l'acheteur professionnel puisqu'il ne peut désormais plus se réfugier derrière une quelconque notion de vice indécélable. C'est d'ailleurs en raison de cette sévérité croissante des juges que de nombreux professionnels de l'automobile ont cherché à contourner le

problème en se présentant comme de simples intermédiaires entre l'acheteur et le véritable vendeur, à savoir l'ancien propriétaire. Ainsi, s'est développée de manière exponentielle la pratique du dépôt-vente de véhicules, à tort, puisque la jurisprudence a eu tôt fait de préciser que le professionnel du marché de l'occasion ne peut être considéré comme un simple vendeur et doit relever du statut du vendeur professionnel avec toutes les obligations que cela comporte, et ce, qu'il soit juridiquement propriétaire ou non du véhicule objet du contrat². Ainsi, l'acheteur mécontent du véhicule acquis dans le cadre d'un dépôt-vente pourra soulever la garantie des vices cachés et rechercher non seulement la responsabilité de l'ancien propriétaire du véhicule mais également celle du professionnel intervenu en tant qu'intermédiaire de la vente. Voilà encore une preuve manifeste de l'inflexible désir des juges d'assurer autant que faire se peut la protection du consommateur, pour peu qu'ils estiment que ce dernier ait été floué...

Julien FAURE

¹ Civ. 3^{ème}, 18 oct. 1977 : *Bull. civ.* III, n° 348 ; Com., 12 mars 1979 : *Jurisp. auto.* 1980, p. 100 ; Com., 16 févr. 1982 : *Jurisp. auto.* 1982, p. 409.

² Paris, 2 juin 1952 : *D.* 1952.713.

II – Vente à domicile

• Démarchage et vente à domicile : délai de rétractation : Civ. 1^{ère}, 3 juillet 2008, n° 06-21.877, FS-P+B+R.

La qualification de contrat de vente, du fait de sa définition particulièrement large (c'est la convention par laquelle une personne, le vendeur, cède à une autre,

l'acheteur, ses droits de propriété sur une chose ou une valeur lui appartenant), a vocation à s'appliquer à nombre de conventions. Cette cession peut porter sur un bien

corporel ou sur des droits et la cession de créance, la cession de nue-propriété ou l'usufruit portant sur un bien meuble ou un ensemble de biens et de droits comme la cession d'un fonds de commerce, d'une clientèle ou d'un brevet d'invention constituent des ventes. Certains types de vente font l'objet d'une réglementation particulière telles la vente des fonds de commerce¹, la vente au déballage², les ventes maritimes³, l'offre de vente dite de « téléachat »⁴, la vente directe au consommateur⁵, la vente à perte et la vente avec primes⁶, la vente à crédit⁷.

Le démarchage et la vente à domicile font eux aussi, en raison de leur caractère particulièrement « offensif », l'objet d'une réglementation spécifique. En effet, il s'agit d'encadrer très strictement par la législation, en l'occurrence la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972, ces conventions afin de protéger le consommateur de techniques de ventes agressives et des abus de faiblesse.

Par vente à domicile, il faut comprendre la vente, la location-vente, la location avec option d'achat de biens ou de services au domicile, à la résidence ou sur le lieu de travail d'une personne, et ce, même si cela se fait à sa propre demande, mais

également les ventes conclues sur des lieux non destinés à la vente du bien ou du service proposé (par exemple, au cours de ventes au déballage) et notamment, lors de l'organisation par un commerçant ou à son profit de réunions ou d'excursions (lors de voyages publicitaires ou de cercles de ventes chez des amis ou des connaissances). D'autres techniques entrent également dans le cadre de la loi. Ainsi, le client qui se déplace pour retirer un cadeau dans un local commercial, suite à une invitation écrite ou un appel téléphonique, et à qui l'on vend d'autres biens et services se voit protégé par les mêmes dispositions⁸. D'ailleurs, le seul fait que les consommateurs aient été attirés hors de leur domicile par l'annonce publicitaire reçue dans leur courrier, fût-elle non nominative, pour se rendre dans un lieu non habituellement destiné à la commercialisation du bien proposé, suffit à caractériser l'existence d'un démarchage au sens de l'article L. 121-21 alinéa 2 du Code de la consommation⁹. Remarquons au passage que la présence physique du vendeur est indispensable (contrairement aux mécanismes de vente à distance).

À l'inverse, certaines pratiques ne sont pas soumises à cette loi. Échappent ainsi à la réglementation les ventes ou commandes réalisées dans des salons ou des foires, les ventes à domicile de denrées ou de produits de consommation courante effectuées par des professionnels ou leurs préposés au cours de tournées fréquentes ou

¹ L. 17 mars 1909, D. 28 août 1909.

² L. 30 déc. 1906 et D. n° 62-1463 du 26 nov. 1962.

³ L. n° 69-8 du 3 janv. 1969.

⁴ L. n° 88-21 du 6 janv. 1988.

⁵ L. n° 73-1193 du 27 déc. 1973 et le D. n° 74-429 du 15 mai 1974.

⁶ L. n° 63-628 du 2 juill. 1963 et l'ord. n° 86-1243 du 1^{er} déc. 1986.

⁷ D. n° 55-585 du 20 mai 1955 et D. n° 56-775 du 4 août 1956.

⁸ Crim., 10 janv. 1996, n° 95-80.993.

⁹ Crim., 4 oct. 2005, n° 05-80.199.

périodiques dans l'agglomération où est installé leur établissement ou dans son voisinage, les ventes, locations ou locations-ventes de biens ou les prestations de services lorsqu'elles ont un rapport direct avec les activités exercées dans le cadre d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession, et les démarchages réglementés ou interdits par d'autres dispositions législatives.

Force est de constater la réglementation particulièrement stricte pesant sur ce type de contrats. Ainsi, toutes les opérations qui entrent dans le champ d'application de la loi doivent faire l'objet d'une rédaction comportant les mentions suivantes : le nom du démarcheur, les nom et adresse du fournisseur, l'adresse du lieu de conclusion du contrat, la nature et les caractéristiques des biens offerts ou des services proposés, les conditions d'exécution du contrat (modalités et délai de livraison ou d'exécution de la prestation de services), le prix global et les modalités de son paiement (et en cas de vente à tempérament ou de vente à crédit, les formes exigées par la réglementation sur la vente à crédit, le taux nominal de l'intérêt et le taux effectif global de l'intérêt), la faculté de renonciation et ses conditions d'exercice et, de façon apparente, le texte intégral des articles L. 121-23, L. 121-24, L. 121-25 et L. 121-26 du Code de la consommation. Par ailleurs, le contrat doit être remis au client au moment de l'engagement, client qui devra en dater et signer en main propre tous les exemplaires.

Ce dernier bénéficie alors d'un délai de rétractation de sept jours ouvrables (jours fériés compris) à compter du jour qui suit celui de la commande ou de l'engagement d'achat. Le délai court donc au lendemain de la signature du contrat. Le client a durant cette période la faculté de renoncer à son engagement par lettre recommandée avec accusé de réception postale. Par ailleurs, si le délai doit expirer normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il sera prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Pendant ce délai, le vendeur ne peut percevoir aucune somme d'argent (autorisation de prélèvement, chèque, caution...) sous quelque nature que ce soit (acompte, arrhes, paiement comptant, etc...) et ne doit effectuer aucune prestation de service. Toute clause du contrat par laquelle le client abandonne son droit de renoncer à sa commande ou à son engagement d'achat est nulle et non avenue. Notons également que le contrat ne peut comporter de clause attributive de compétence qui prévoirait, en cas de litige, d'aller devant un tribunal de commerce ou le tribunal de telle ou telle ville.

Enfin, pour faciliter cette faculté de renonciation, le contrat doit comporter un formulaire détachable (les contrats concernant des publications quotidiennes ne se voient pas soumis à cette règle mais le client doit néanmoins conserver une possibilité de résilier son abonnement gratuitement à tout moment). Ce contrat doit, outre des références d'ordre comptable, comporter un large éventail de mentions légales (la mention « Si vous

annulez votre commande, vous pouvez utiliser le formulaire détachable ci-contre. », l'adresse exacte et complète à laquelle il doit être envoyé, la mention « Annulation de commande » en gros caractères, suivie de la référence « Code de la consommation, articles L.121-23 à L.121-26 », etc...).

L'absence de l'une de ces mentions sur le contrat ou le non respect du délai de réflexion ou de l'interdiction de tout paiement ou de toute prestation de services entraîne la nullité du contrat. Par ailleurs, à côté de cette sanction civile, sont prévues des sanctions pénales : toute infraction aux règles relatives aux mentions du contrat, au formulaire détachable, à la faculté de renonciation et à l'interdiction de tout paiement ou de toute prestation de services est passible d'un an d'emprisonnement ou de 3750 euros d'amende, peine susceptible d'être alourdie lorsque le vendeur a abusé de la faiblesse ou de l'ignorance de son client pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou a crédit sous quelque forme que ce soit.

Sont assujettis à ces obligations législatives tous ceux qui pratiquent ou font pratiquer le démarchage, c'est-à-dire les démarcheurs eux-mêmes quel que soit leur statut (indépendant, salarié, mandataire, vendeur représentant placier, etc.) mais également les personnes morales ou physiques qui font appel à leurs services. À l'inverse, seules les personnes physiques sont protégées par la réglementation, qui ne s'étend pas aux personnes morales. Toutefois, pour pouvoir en bénéficier, encore faut-il que la personne

physique contracte en tant que consommateur et non pas pour les besoins d'une activité professionnelle.

Ce puissant appareil législatif a cependant sans cesse dû voir son champ d'application précisé et protégé par la jurisprudence. Tout récemment encore, dans un arrêt du 3 juillet 2008¹, la troisième Chambre civile est venue rappeler que la vente d'un immeuble en viager, conclue à la suite d'un démarchage à domicile, est soumise aux dispositions des articles L.121-21 et suivants du Code de la consommation. Dès lors, est nulle la promesse de vente qui ne comporte pas la mention et le formulaire permettant l'exercice par le vendeur de sa faculté de renonciation, conformément aux prescriptions de l'article L.121-3 du Code de la consommation.

En l'espèce, Mme X avait, le 18 septembre 2003, promis de vendre son appartement, moyennant le service d'une rente viagère, à la société C-vie. Dès le lendemain, Mme X s'était ravisé et lui avait fait savoir, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, qu'elle renonçait à la vente : la société l'avait alors assignée en vue de faire juger la vente parfaite. La société faisait grief à la cour d'appel d'avoir retenu que la promesse de vente était soumise aux formalités de l'article L.121-23 du Code de la consommation, et d'avoir, en conséquence, prononcé sa nullité puisqu'elle ne comportait pas le formulaire permettant l'exercice par le

¹ Civ. 3^{ème}, 3 juill. 2008 : *BICC* n° 692 du 1^{er} déc. 2008.

vendeur de sa faculté de renonciation. La Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle retient qu'après avoir relevé que précédemment à la signature de la promesse de vente litigieuse, la société « spécialiste en viager depuis vingt-six ans » s'était rendue au domicile de Mme X, à la demande de celle-ci, en vue d'une expertise gratuite, et qu'elle avait au cours de cette première rencontre formulé une proposition d'achat de

l'appartement, la cour d'appel en a exactement déduit que cette opération de vente immobilière avait été conclue à la suite d'un démarchage à domicile, de sorte que, soumise aux dispositions des articles L.121-21 du Code de la consommation, elle aurait dû comporter un formulaire permettant au vendeur d'exercer la faculté de renonciation.

Julien FAURE

§ 2 – Contrat de bail

• Si le bailleur peut mettre à la charge du preneur, par une clause expresse du bail, les travaux rendus nécessaires par la vétusté, il ne peut, en raison de l'obligation de délivrance à laquelle il est tenu, s'exonérer de l'obligation de procéder aux réparations rendues nécessaires par les vices affectant la structure de l'immeuble : Civ. 3^{ème}, 9 juillet 2008, n° 07-14.631, FS-P+B+R+I.

La Cour de cassation vient ici réaffirmer le caractère d'ordre public de l'obligation de délivrance qui justifie l'anéantissement de la clause qui permettrait au bailleur de s'en exonérer totalement¹. En l'espèce, le contrat de bail commercial conclu entre les parties prévoyait expressément que toutes les réparations, y compris celles prévues à l'article 606 du Code civil, et les réfections des lieux loués étaient à la charge exclusive du preneur. À la suite de désordres affectant les murs et la toiture, le bailleur entendait bien ne pas contribuer aux travaux de réfection de l'immeuble. Mais alors qu'il assigne le preneur en exécution des

réparations nécessitées par l'état de l'immeuble sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, la cour d'appel le condamne à participer financièrement à la réalisation de celles-ci. La Cour de cassation confirme l'arrêt attaqué en conservant une interprétation stricte des clauses transférant la charge des grosses réparations au locataire.

La solution procède d'une analyse juridique très prisée des juges et de la doctrine qui a notamment connu le succès avec la célèbre jurisprudence « Chronopost »². Édifiée à partir de la

¹ Civ. 3^{ème}, 1^{er} juin 2005 : *Bull. civ.* III, n° 119 ; *Defrénois* 2006, 439, obs. T. RUET ; *AJDI* 2005, 650, obs. Y. ROUQUET ; *RTD civ.* 2005, 779, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

² Com., 22 oct. 1996 : *Bull. civ.* IV, n° 261 ; *GAJC*, 11^{ème} éd., n° 156 ; *D.* 1997, 121, note A. SERIAUX ; *Defrénois* 1997, 333, obs. D. MAZEAUD ; *D.* 1997, Somm. 175, obs. P. DELEBECQUE ; *CCC* 1997, n° 24, note L. LEVENEUR ; *JCP* 1997, II, 22881, note D. COHEN ; *JCP* 1997, I, 4025, n° 25, obs.

théorie de la cause (article 1131 du Code civil), elle repose sur l'idée selon laquelle on ne peut priver un cocontractant des obligations essentielles de l'engagement par le biais d'une stipulation contractuelle.

Dans le cadre du contrat de bail, la délivrance constitue une obligation essentielle et la cause de l'engagement du preneur de payer les loyers. La réduction à néant de cette obligation aurait alors pour effet d'anéantir la substance du contrat qui perd ainsi toute raison d'être.

En l'espèce, si la Cour avait validé la clause, l'obligation de délivrance du bailleur était inexistante puisqu'absolument toutes les réparations, quelque soit leur nature, se retrouvaient à la charge du preneur.

En plus de réaffirmer l'importance de l'obligation de délivrance dans le contrat de bail, la Cour opère une distinction entre les travaux liés à la vétusté de l'immeuble, restant par l'effet de la clause à la charge du locataire, et ceux liés aux vices affectant la structure de l'immeuble, demeurant irréductiblement à la charge du bailleur. Cela ne permet toutefois pas d'identifier réellement la teneur de l'obligation de délivrance, la Cour ne faisant que respecter littéralement la définition de cette dernière. En effet, en l'espèce, les désordres résultaient de vices existant au jour de la mise en

jouissance du preneur. Or, le bailleur est tenu de délivrer une chose en « état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée » (article 1719 2° du Code civil), cette obligation existant ainsi continuellement dès la conclusion du contrat et pendant toute l'exécution de celui-ci. Les désordres résultant de ces vices existant au moment de la conclusion du contrat de bail (fuites de la toiture, fissures des murs) empêchaient sans conteste l'usage prévu de la chose (exploitation d'un atelier de carrosserie). Il était donc normal que le bailleur soit tenu de les réparer dans le cadre de l'exécution de son obligation de délivrance. Et contrairement à ce qu'il affirmait dans son pourvoi, la présence d'une clause stipulant que le locataire prenait les lieux « en l'état » ne permet pas de justifier l'exonération du bailleur de son obligation d'entretien¹, la Cour de cassation ayant en plus une interprétation restrictive de celle-ci².

Il faut noter qu'*a contrario* si ces vices étaient apparus pendant l'exécution du bail, ils auraient pu être rattachés aux conséquences de la vétusté de l'immeuble qui, elle, peut être mise à la charge du preneur. Dans ce cas, en l'espèce, la solution de la Cour de cassation aurait sans doute été différente.

Caroline LEPRÊTRE

G. VINEY ; *JCP* 1997, I, 4002, n° 1, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *Gaz. Pal.* 1997, 2, 519, note R. MARTIN ; *RTD civ.* 1997, 418, obs. J. MESTRE.

¹ Civ. 3^{ème}, 18 mars 1992 : *Bull. civ.* III, n° 88.

² Civ. 3^{ème}, 12 nov. 1975 : *Bull. civ.* III, n° 327 ; 6 juin 1978 : *D.* 1979, 461 ; 11 déc. 1984 : *Bull. civ.* III, n° 209 ; *R.* 1989, p. 295.

§ 3 – Contrat d'assurance

- Assurances de personnes, contrat d'assurance collective, obligation de renseignement, faculté de renonciation, prorogation : Civ. 2^{ème}, 10 juillet 2008, n° 07-12.072, FS-P+B.

L'obligation d'information précontractuelle à la charge de l'assureur va être à la source d'un important contentieux opposant ces derniers aux souscripteurs de contrats d'assurance-vie.

Les faits sont à chaque fois identiques et marquent l'intention des souscripteurs de remettre en cause l'existence de leur contrat sur le fondement de l'article L. 132-5-1 du Code des assurances, qui sanctionne le manquement de l'assureur à son obligation d'information précontractuelle. En l'espèce, deux particuliers adhéraient à un contrat d'assurance collective, souscrit par la société générale auprès d'un assureur.

Prenant note du fait que les dispositions de l'article L. 132-5-1 du Code des assurances dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005 n'avaient pas été respectées, les parties demandaient plus de deux ans après l'adhésion, le bénéfice de leur faculté de renonciation afin d'obtenir le remboursement des primes. La Cour d'appel de Versailles, le 21 décembre 2006, condamnait la société d'assurance à restituer certaines sommes aux adhérents, sur le fondement de l'article L. 132-5-1 du Code des assurances dans sa rédaction applicable aux faits de l'espèce. La société d'assurance formait alors un pourvoi en cassation.

Le problème de droit soulevé par cet arrêt est celui de la validité de la rétractation des souscripteurs. Si ce droit leur est expressément reconnu, les assureurs ont entendu critiquer sa mise en œuvre.

L'article L. 132-5-1 du Code des assurances, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005, affirme la possibilité pour toute personne physique qui aurait signé un contrat d'assurance d'y renoncer, par lettre recommandée, dans un délai de trente jours à compter du premier versement. Ce délai peut être prorogé, en cas de défaut de remise d'une note d'information précisant les modalités d'exercice de la faculté de renonciation, jusqu'au trentième jour suivant la date de remise effective de ces documents. Cette faculté de rétractation marque le souci de protection que la loi entend lui offrir, dans la mesure où les dispositions du présent article viennent compléter l'obligation pour les assureurs de remettre les conditions générales des contrats qu'ils proposent (article L. 112-2).

La sévérité de la jurisprudence à l'égard de la remise des documents précontractuels remonte aux arrêts du 7 mars 2006¹. Par ces arrêts, la Cour de cassation est venue sanctionner une pratique des assureurs qui consistait,

¹ Civ. 2^{ème}, 7 mars 2006, *Bull. civ.* II, n° 63.

dans l'optique d'éviter la mise en œuvre de l'article L. 132-5-1, à créer les conditions générales valant note d'information. Cet article étant d'ordre public, la Cour de cassation affirme qu'on ne peut renoncer à la protection qu'il met en place¹.

C'est dans ces conditions qu'intervient notre arrêt du 10 juillet 2008. La Cour de cassation va dans un premier temps venir mettre fin à une incertitude soulevée par le premier moyen du pourvoi qui réside dans l'application de l'article L. 132-5-1 du Code des assurances aux contrats d'assurance de groupe. Cet article est en effet contenu dans le Titre troisième du Code des assurances, présentant les règles relatives aux assurances de personnes et aux opérations de capitalisation. Son application à un contrat expressément envisagé par le Titre quatrième, propre aux assurances de groupe, peut surprendre. La solution vient balayer ce doute en affirmant que l'article précité, dans sa rédaction alors en vigueur, s'applique à tout contrat d'assurance sur la vie, y compris aux contrats d'assurance de groupe.

C'est donc sur le terrain de la bonne foi des souscripteurs que les assureurs ont fait glisser le débat. Le problème réside dans le comportement qu'ils jugent opportuniste des adhérents au contrat d'assurance. Ces derniers, sachant pertinemment que l'exigence de remise des documents précontractuels n'a pas été respectée, pourraient être tentés d'en profiter pour

récupérer leur épargne qui aurait été impactée par la baisse des marchés financiers, alors même qu'ayant parfaitement compris le jeu de leur contrat d'assurance, ils auraient effectué des opérations sur ce contrat (rachats partiels, nantisements).

Las de voir la sévérité de la Cour de cassation à leur égard, les assureurs n'ont pas voulu être les victimes de souscripteurs habiles et ont donc à ce titre tenté de faire reconnaître le caractère abusif de l'exercice de leur droit de rétractation.

L'argument soulevé par les compagnies d'assurance reviendrait à subordonner l'exercice du droit de rétractation à la bonne foi du preneur d'assurance. Cela aboutirait à autoriser l'assureur à prouver la mauvaise foi ou l'abus du preneur lorsque ce dernier invoque l'inexécution de l'obligation d'information².

Suzanne Hovasse envisage les événements qui permettraient de caractériser l'abus. Elle écarte tout d'abord la question de la compétence éventuelle du souscripteur qui serait familial avec la gestion des contrats d'assurance-vie. En effet, l'article L. 132-5-1 du Code des assurances ne fait pas de distinction ; cette information est donc due à tout souscripteur.

Le deuxième argument qu'elle présente est celui soutenu par les assureurs, c'est-à-dire fondé sur la présomption de mauvaise foi. Est visée la déloyauté qui consiste à se prévaloir du défaut d'information afin d'échapper à d'importantes pertes financières, liées à l'évolution du

¹ N. LELOND, *L'obligation d'information de l'assureur vie : une information générale et non négociable*, Resp. civ. et assur. n° 10, oct. 2008, étude 11.

² *JCP E*, n° 42, 16 oct. 2008, 2256.

marché boursier. Or elle remarque que retenir une telle solution viderait la sanction de son contenu car cela reviendrait à priver le souscripteur d'un droit de rétractation pour défaut d'information qui est prévu par la loi. Apparaît ici une totale incompatibilité entre l'argument avancé par les assureurs et les textes en vigueur.

C'est donc en ce sens qu'il faut comprendre la solution de la Cour de

cassation, notamment lorsqu'elle prononce l'irrecevabilité du cinquième moyen, au motif que l'exercice de la faculté de renonciation prorogée ouverte de plein droit pour sanctionner le défaut de remise à l'assuré des documents et informations énumérés par ce texte est discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi n'est pas requise.

Olivier DE ROSSO

PERSONNES – FAMILLE

Cyril CARRIÈRE, Victor DAUDET, Mélanie JAOUL et Sébastien NÉANT

SOMMAIRE

§ 1 – L’enfant	306
I – Filiation adoptive	306
II – Autorité parentale et administration légale des biens.....	307
III – Aspects civils de l’enlèvement international d’enfant	309
§ 2 – Le couple	312
I – Demande en nullité du mariage.....	312
II – Contrat de mariage et régimes matrimoniaux	313
§ 3 – Successions et libéralités	314

§ 1 – L’enfant

I – Filiation adoptive

- **Conditions de l’adoption d’un mineur étranger : Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, n° 07-20.279, FS-P+B.**

L’intérêt de l’Enfant prévaut-il sur le respect de la souveraineté nationale des pays étrangers ? L’arrêt du 9 juillet 2008 apporte à cette délicate question une réponse négative problématique.

En assurant, en France, la primauté de la norme étrangère sur les principes de droit français et européens, la position de la Haute juridiction risque d’effriter l’édifice du droit de la famille et les valeurs qu’il véhicule dans l’intérêt de l’enfant.

En l’espèce, un mineur né le 1^{er} septembre 2005 est abandonné à la naissance. Par décision des juridictions

algériennes, il avait fait l’objet le 7 janvier 2006 d’une Kafala, ou recueil légal. Cette mesure consiste en l’engagement de prendre en charge l’entretien, l’éducation et la protection d’un enfant mineur. La personne en charge de l’enfant mineur avait formulé une demande d’adoption plénière.

En première instance et appel, l’adoption avait été accordée au motif que la prohibition de l’adoption en droit algérien devait s’effacer derrière l’intérêt de l’enfant. Le mineur ne possédait en effet aucune filiation pour avoir été abandonné à la naissance ce

qui avait été constaté judiciairement. Il n'existait donc aucun rattachement à son pays d'origine.

Pourtant, la Cour de cassation, au visa de l'article 370-3 du Code civil, casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel de Limoges en considérant qu'à défaut d'être né et de résider en France, l'enfant dont la loi d'origine interdit l'adoption ne peut pas demander l'adoption plénière en France.

L'arrêt du 9 juillet 2008 constitue un recul dans la protection de l'enfance. Il va à l'encontre de l'esprit du Code civil français, lequel impose de garder en ligne de mire l'intérêt de l'enfant afin de lui assurer un environnement sain et garant de son épanouissement.

Cette décision pourrait, de plus, constituer une atteinte excessive au respect de la vie privée et familiale telle que consacrée par la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme.

Le droit coranique contourne l'interdiction de l'adoption par la Kafala. La sévérité de la position de la Haute juridiction française, constituerait-elle une application stricte de la loi française, fait fi d'une

lecture plus fine de l'intérêt de l'enfant admise par le juge algérien notamment.

On ne choisit pas toujours les trottoirs de Paris de Manille ou d'Alger pour apprendre à marcher. En l'état de cette décision, l'adoption plénière d'enfants originaires de pays prohibant cette mesure ne peut plus aboutir.

Le contrôle que pourrait éventuellement opérer le juge européen serait restreint. L'Algérie, notamment, n'est pas signataire de la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme. La Cour européenne qui condamnerait la France pour la violation de l'article 8 de la CESDH, porterait atteinte à la souveraineté d'un état non signataire de la Convention. Cette décision encourrait elle-même la censure.

La position de la Cour de cassation raisonne comme un appel aux pays étrangers à modifier leur législation pour la rendre compatible aux principes de droit français. Ne faudrait-il pas toutefois y voir une ingérence française peu respectueuse de ladite souveraineté de ces pays ?

Cyril CARRIÈRE

II – Autorité parentale et administration légale des biens

• **Obligation de l'administrateur légal et charge de la preuve : Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, n° 07-16.389, F-P+B.**

Parent, enfant, argent... Quel est l'intrus ? Ce jour-là, trois questions de droit étaient soumises à la Cour de cassation. Il s'agissait en premier lieu

d'un litige entre coindivisaires né lors d'un partage. La veuve Elisabeth Y et ses trois enfants, Philippine X, Charles X, et Geoffroy X bénéficient en 1978

d'une donation portant sur un immeuble. Geoffroy X assigne ses coindivisaires aux fins de voir dire que la prise de possession des meubles garnissant le bien entre juin 1997 et janvier 1998 était précaire et entachée de vices, et de les voir condamnés en paiement de diverses sommes. Cette prétention n'a pas abouti, la Cour de cassation ayant jugé que les griefs n'étaient pas de nature à admettre l'admission du pourvoi.

Le premier moyen était plus intéressant. En 1982, Elisabeth Y, alors administratrice légale de son fils Geoffroy X, retire des sommes d'un livret de caisse d'épargne ouvert à la Poste au nom de ce dernier. Elle récidive en 1988, retirant des fonds de son plan d'épargne logement ouvert au CIC. Une fois majeur, Geoffroy X assigne sa mère en présentation des comptes de tutelle et en restitution des sommes retirées. La cour d'appel le déboute de sa demande au motif qu'étant mineur et sans ressources au moment des faits litigieux, il ne rapporte pas la preuve de la propriété de ces fonds. La première Chambre civile de la Cour de cassation casse et annule sur ce point l'arrêt rendu, la charge de la preuve ayant été inversée.

Ainsi, l'administrateur légal sous contrôle judiciaire, qui retire des sommes sur des comptes ouverts au nom du mineur, exerce, selon la Haute juridiction, un acte d'administration. Mieux, il s'agirait même d'un acte de jouissance cessant dès le seizième anniversaire du mineur ! Si la même

Chambre a jugé le 20 mars 1989¹ que l'administrateur recevant des capitaux échus au mineur, et les retirant par la suite, commet un acte d'administration, rien n'est moins sûr s'il s'agit d'un emploi démesuré de capitaux appartenant au mineur, le dépouillant de ses *ressources futures*. Ceci doit alors s'analyser en un acte de disposition soumis à l'autorisation préalable du juge des tutelles conformément aux dispositions du premier alinéa de l'article 389-6 du Code civil !

Par ailleurs, suivant la logique de sa solution du 9 janvier 2008² (relative à la cessation de plein droit de l'administration légale des biens de l'enfant devenu majeur), la Cour de cassation vient ici rappeler la teneur de l'obligation incombant à l'administrateur de rendre compte de la gestion des biens du mineur. Il va de soi que le parent gérant les affaires de son enfant doit agir sur ceux-ci en bon père de famille, sans contrarier les intérêts de l'enfant. Dès lors, il doit justifier des dépenses faites pour le profit du mineur. Il doit rendre compte de la destination des fonds et ce n'est pas à l'enfant de prouver que les sommes retirées sur ses comptes lui appartenaient réellement et ne lui ont pas profité.

Enfin, le quatrième moyen présenté devant la Cour de cassation portait sur une demande en remboursement des loyers de la chambre de service que versait mensuellement Geoffroy X aux

¹ Civ. 1^{ère}, 20 mars 1989 : *Bull. civ.* I, n° 132 ; *D.* 1989, 406, note MASSIP.

² Civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008, n° 05-21.000 : *JCP* 2008, II, 10048, note LASSERRE-CAPDEVILLE.

autres coindivisaires. Appliquant l'ancien article 2277-1 du Code civil, la cour d'appel avait jugé prescrite l'action introduite : puisque portant sur une répétition de loyer, la prescription quinquennale s'appliquait. Probablement inspirée par l'obligation d'entretien incombant aux parents à

l'égard de leur enfant, la Cour Suprême a estimé que la demande s'analysait en une action en répétition de l'indu soumise à la prescription trentenaire.

Sébastien NÉANT

III – Aspects civils de l'enlèvement international d'enfant

• **Application de la Convention de la Haye : Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, n° 07-15.402, FS-P+B ; n° 06-22.090 et 06-22.091, FS-P+B+I.**

La Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, signée par la France le 25 octobre 1980 et entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1983¹, lie 80 États, « profondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde »², vise à « protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle, ainsi [qu'à] assurer la protection du droit de visite »³. Dès lors, le but affiché est d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant, et de faire respecter dans les autres États contractants les droits de garde et de visite⁴. Chaque État contractant désigne une Autorité

centrale, notamment chargée de localiser l'enfant illicitement déplacé ou retenu, et d'assurer sa remise volontaire ou de faciliter une solution amiable⁵.

Selon l'article 3 de la Convention, le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde attribué par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle, et que ce droit était exercé de façon effective, seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour. Aux termes de son article 16, après avoir été informées du déplacement illicite d'un enfant ou de son non-retour, les autorités judiciaires ou administratives

⁵ Le règlement n° 2201/2003 du 27 nov. 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (*JOUE* n° L 338, 23 déc. 2003 p. 1) s'appliquera en renfort de la Convention pour les situations intracommunautaires, participant à un système « émietté » : L. GALICHET, *Droit de la famille* n° 9, sept. 2008, comm. 134, auquel il faut ajouter les traités bilatéraux : B. STURLESE : *JCl. Civil Code*, Art. 371 à 387, Fasc. 60, n° 40.

¹ L. n° 82-486 : *JO* du 11 juin 1982.

² Préambule de la Convention.

³ Préambule de la Convention ; l'application de la Convention cessant lorsque l'enfant parvient à l'âge de 16 ans (art. 4).

⁴ Conv., art. 1^{er}.

de l'État contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne peuvent statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies, ou jusqu'à ce qu'une période raisonnable ne se soit écoulée sans qu'une demande en application de la Convention n'ait été faite¹. En d'autres termes, les autorités de l'État où l'enfant se trouve après son déplacement ne peuvent trancher le conflit portant sur le droit de garde par elles-mêmes tant qu'il n'est pas établi que l'enfant ne peut être ramené dans le pays de son ancienne résidence, ou qu'une longue inaction, pouvant faire douter sur l'intérêt réellement porté à l'enfant, n'ait été observée par l'éventuel demandeur au retour. Cela permet d'éviter un déplacement de l'enfant puis une action immédiatement portée devant les juridictions du nouveau lieu de résidence, souvent de même nationalité que la personne ayant déplacé l'enfant, la décision pouvant d'ailleurs empêcher, si elle supprime le droit de garde de l'autre parent, le retour légitime de l'enfant².

En aucun cas cependant, cette disposition ne concerne l'autorité judiciaire de l'État où le demandeur agit et où l'enfant avait son ancienne

¹ En matière communautaire également, l'art. 10 du règlement du 27 nov. 2003 énonce qu'« en cas de déplacement ou de non-retour illicites d'un enfant, les juridictions de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites conservent leur compétence », au moins « jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre État membre ».

² Le déplacement illicite étant ainsi validé : A. BOICHE, *AJ Fam.* 2008, p. 349.

résidence. C'est pourtant ainsi que la Cour d'appel de Reims avait interprété la Convention. Une enfant avait été reconnue par ses deux parents, qui avaient conjointement saisi le juge aux affaires familiales de leur lieu de résidence habituelle afin d'organiser, en faveur du père, des droits de visite et d'hébergement. L'autorité parentale étant conjointe, il était judiciairement permis au père d'exercer son droit de visite au domicile d'un tiers, et était fait interdiction à l'enfant qui, comme sa mère, possédait la nationalité canadienne, de sortir du territoire sans l'accord des deux parents. Une autre ordonnance avait par la suite été rendue, qui élargissait les droits de visite et d'hébergement du père. La mère avait alors relevé appel de cette décision et, au cours de la procédure d'appel, avait déplacé l'enfant au Canada. Le père agissant en justice afin que l'enfant soit ramenée sur le territoire français vit cependant la cour d'appel surseoir à statuer, invoquant la Convention de La Haye et estimant qu'il ne pouvait être rendu de décision sur le droit de garde de l'enfant tant que celle-ci n'était pas de retour. Les juges du fond avaient ainsi procédé à une application de l'article 16 de la Convention en s'en faisant les destinataires, alors que cette disposition en concerne que les autorités de l'État où se trouve l'enfant au moment de la demande.

La première Chambre civile de la Cour de cassation, au visa des articles 3 et 16 de la Convention de La Haye, casse donc dans un arrêt du 9 juillet 2008 la décision rendue.

Elle avait en revanche pu sanctionner une cour d'appel qui s'était

prononcée sur le fond du droit de garde, alors qu'une décision de retour n'avait pas été exécutée¹ : dans ce cas en effet, l'article 16 était correctement appliqué. On ne peut que regretter la longueur de la procédure entraînée par cette erreur de raisonnement, plusieurs années s'étant écoulées avant que la Cour de cassation sanctionne les juges du fond pour avoir refusé de statuer sur le droit de garde, les juridictions canadiennes attendant le résultat de la procédure pendante en France², et l'intérêt de l'enfant, cœur de la Convention de La Haye, n'étant ici pas respecté.

L'article 12 de la Convention, quant à lui, précise que lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'État contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat³.

Le père de deux enfants vivant au Portugal emmène ceux-ci en France le 5 mai 2003, sans le consentement de

leur mère. Le 6 août 2004, la mère saisit l'autorité de son pays d'origine d'une demande de retour. Les autorités portugaises informent le 19 octobre 2004 le Ministère de la justice français que les enfants se trouvent à Tours, le Procureur de la République territorialement compétent faisant assigner le père en date du 25 août 2005 afin que soit ordonné le retour immédiat des deux enfants au Portugal.

Les premiers juges font alors droit à cette demande, en retenant qu'il s'est écoulé moins d'un an entre le moment où la mère a eu connaissance du lieu où se trouvaient ses enfants et le moment où l'autorité judiciaire française a été saisie. Le raisonnement ne semblait cependant pas pouvoir prospérer, puisqu'une période de plus d'un an s'était écoulée entre le moment du « déplacement ou du non-retour » de l'enfant, qui avait eu lieu le 5 mai 2003, et le moment où avait été portée la « demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'État contractant où se trouve l'enfant », le 25 août 2005. La Cour de cassation reprend ainsi dans son arrêt du 9 juillet 2008 le texte de la Convention en énonçant que « Ce délai court du jour du déplacement ou du non-retour de l'enfant au jour où la juridiction de l'État requis est saisi ». Quant au point de départ du délai, ce n'est donc pas le jour où le parent a connaissance du lieu où se trouvent les enfants qui doit compter⁴, mais le jour de la disparition effective de ceux-ci⁵. Le parent ne

¹ Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005 : *Bull. civ. I*, n° 36 ; *D.* 2005. 2790 [1^{ère} esp.], note BOULANGER ; *JDI* 2006. 141, note GAUDEMET-TALLON ; *Rev. crit. DIP* 2006. 127, note GALLANT ; *Dr. et patr.*, avr. 2005, p. 104, obs. MONEGER. L'article 19 souligne par ailleurs qu'une décision sur le retour de l'enfant rendue dans le cadre de la Convention n'affecte pas le fond du droit de garde.

² A. BOICHE, *ibid.*

³ Même saisie après l'expiration de la période d'un an, l'autorité judiciaire ou administrative doit aussi ordonner le retour de l'enfant, à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu, cette précision appelant donc une réaction rapide.

⁴ La preuve en ce domaine serait particulièrement difficile à apporter.

⁵ C'est en effet l'intérêt de l'enfant qui prime, afin que celui-ci ne soit pas « déraciné » à

devra donc pas tenter au préalable de retrouver lui-même les enfants, et devra s'adresser directement aux tribunaux. Quant à l'achèvement du délai, ce n'est pas le jour où le parent saisit les juridictions de son pays qui compte, mais le jour où les juridictions de l'État requis sont sollicitées.

Si la Cour de cassation casse ici la décision ayant favorablement accueilli la demande de retour des enfants, c'est pour le calcul erroné du délai indiqué dans l'alinéa 1^{er} de l'article 12. Mais la question de savoir si les enfants doivent ou non être restitués à leur mère n'est pas pour autant tranchée, et il conviendra pour la juridiction de renvoi de vérifier s'ils se sont ou non intégrés dans leur nouveau milieu¹. L'article 13

nouveau » : M. DOUCHY-OUDOT, *Procédures* n° 10, comm. 273.

¹ V. Civ. 1^{ère}, 12 déc. 2006, n° 06-13.177 : *Bull. civ. I*, n° 544, affaire dans laquelle les juges du fond ont pu relever, après audition de l'enfant, « que son intégration scolaire était excellente, ainsi que son adaptation à son nouveau milieu et que son intérêt supérieur commandait qu'elle en

de la Convention précise ainsi que l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsqu'il est établi que la personne qui avait le soin de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour, ou avait consenti ou acquiescé à ce déplacement ou à ce non-retour, ou qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable. L'enfant peut lui-même s'opposer à son retour, lorsqu'il a atteint un âge et une maturité « où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion ». Une réponse négative à cette question de l'intégration² pourrait entraîner leur retour dans le pays d'origine.

Victor DAUDET

retournât pas auprès de son père aux Etats-Unis ».

² Il s'agit de l'exception dite de « déracinement » : V. EGEA, *D.* 2008, p. 2078.

§ 2 – Le couple

I – Demande en nullité du mariage

• **L'annulation d'un mariage entre deux personnes de nationalités différentes peut être retenue sur le seul article 146 du Code civil lorsqu'il n'y a pas de véritable intention matrimoniale, sans contrevenir à l'article 3 du Code civil : Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, n° 07-19.079, F-P+B.**

En 1998, un Français épouse au Maroc une Marocaine et revient avec elle en France. Alors qu'une procédure de divorce est engagée, le ministère public forme, en avril 2005, une

demande en nullité du mariage. En mai 2005, le divorce entre les deux époux est prononcé. Le tribunal de grande instance puis la cour d'appel admettent la demande en nullité sur le fondement

de l'article 146 du Code civil. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le couple.

La Cour estime que retenir la nullité du mariage sur le fondement du seul article 146 du Code civil au motif de l'absence d'une véritable intention matrimoniale ne portait pas atteinte à l'article 3 du Code civil.

En effet, si en vertu l'article 3 du Code civil, depuis un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 février 1956¹, on exige que le consentement de chaque

époux soit apprécié au regard de sa loi personnelle, il n'empêche pas, dans ce cas, d'annuler le mariage sur le seul article 146 du Code civil. Ainsi, en l'absence de consentement réel du mari, le consentement, même valable, de la femme est insusceptible de valider le mariage au regard de sa loi personnelle (droit marocain). Rien ne fait donc obstacle à l'application de l'article 146 du Code civil selon lequel il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement.

Mélanie JAOUL

¹ Paris, 2 févr. 1956 : *JCP G* 1956, II, 9229.

II – Contrat de mariage et régimes matrimoniaux

• **Dans le régime de séparation, le conjoint ayant financé l'amélioration d'un bien appartenant à l'autre doit être indemnisé au montant nominal de son investissement en l'absence d'un profit subsistant au jour de l'aliénation du bien : Civ. 1^{ère}, 24 septembre 2008, n° 07-19.710, FS-P+B.**

Un couple marié sous le régime de la séparation des biens divorce. Au cours du mariage l'époux finance une construction sur un terrain appartenant en propre à son épouse à hauteur d'environ 756000 euros. L'épouse a aliéné ledit bien pour 91325 euros environ en 2003, ce qui a permis de solder les crédits ayant servi à en financer la construction mais pas de rembourser l'époux de tous les frais qu'il a engagés.

Le conjoint réclame donc à son épouse une indemnité au titre du profit subsistant au jour de l'aliénation sur le fondement des articles 1543, 1469 alinéa 3, 1479 et 1147 du Code civil.

La Cour d'appel de Rennes rejette la demande d'indemnité de l'époux au motif que « le prix de la vente de la maison avait été absorbé par les soldes des crédits ayant servi à en financer la construction, le privant ainsi de toute indemnité au titre du profit subsistant ».

La Cour de cassation casse cette décision, affirmant qu'en l'absence de profit subsistant au jour de l'aliénation du bien propre de l'autre époux amélioré à ses frais, le conjoint avait droit au paiement de sa créance au montant nominal de la dépense faite sur le fondement des articles susvisés.

Mélanie JAOUL

§ 3 – Successions et libéralités

- **Le légataire universel doit une indemnité équivalente à la perte des fruits sur ce qui excède la quotité disponible depuis la date de l'ouverture de la succession dès lors que la demande en réduction a été faite dans l'année mais ne doit pas d'indemnité d'occupation à l'indivision en raison de sa qualité de propriétaire du bien légué acquise au jour du décès : Civ. 1^{ère}, 24 septembre 2008, n° 06-21.445, FS-P+B+I.**

Une femme décède en laissant quatre enfants pour lui succéder. Dans son testament, elle désigne une de ses filles comme légataire universelle de la quotité disponible de tous les biens de sa succession, lui laissant le choix de ceux sur lesquels porterait le legs. Ladite fille opte pour la pleine propriété de la maison d'habitation de la *de cuius*, à charge pour elle de verser à l'indivision (dont elle fait partie avec les trois autres enfants de la défunte) une indemnité équivalente à la portion excessive de la libéralité réductible.

Les autres héritiers exigent, outre le paiement d'une indemnité équivalente à la portion excessive de la libéralité réductible, le paiement d'une indemnité d'occupation à l'indivision pour la période entre le décès et la date de partage. La Cour d'appel de Lyon, dans une décision du 12 décembre 2006, fait

droit à la demande et fixe le loyer à 520 euros.

La Cour de cassation saisie de l'affaire casse l'arrêt de la cour d'appel, estimant que la légataire universelle devait restituer une indemnité équivalente à la perte des fruits (c'est-à-dire des loyers, qualifiés de fruits civils, que l'indivision aurait perçus si le bien avait été loué) de ce qui excède la quotité disponible à compter du jour du décès dès lors que la demande de réduction a été faite dans l'année, mais qu'elle n'était redevable d'aucune indemnité d'occupation envers l'indivision puisque la propriété du bien légué lui avait été acquise au jour du décès.

Mélanie JAOUŁ

DROIT DES BIENS

Victor DAUDET et Cédric PLANTE

SOMMAIRE

§ 1 – Usufruit.....	315
§ 2 – Copropriété.....	316

§ 1 – Usufruit

• **La renonciation de l'usufruitier à son droit de jouissance n'est soumise par la loi à aucune forme spéciale : Com., 1^{er} juillet 2008, n° 07-17.786, F-P+B.**

Pierre X... décède le 19 janvier 2000 et laisse, pour lui succéder, son épouse Mme Y... Or, suite à un contrôle de la déclaration de succession, l'administration lui notifie un redressement au motif de la réversion d'usufruit dont elle est bénéficiaire puisqu'elle est taxable au titre des droits de mutation par décès pour la totalité de sa valeur. Mme Y... refuse de payer cette taxe puisqu'elle n'a pas accepté la totalité de l'usufruit. Elle demande alors à l'administration d'être déchargée des droits et pénalités mis en recouvrement. L'administration lui oppose un refus. Elle assigne le directeur des services fiscaux des Hauts-de-Seine. Sa demande est accueillie en appel. Le directeur se pourvoit alors en cassation au motif que, pour être valable, la renonciation à

un droit doit être certaine et non équivoque. La Cour de cassation a donc dû statuer sur la réalité de la renonciation de Mme Y... à son droit de jouissance. Par un attendu concis, elle rejette le pourvoi du directeur au motif que la renonciation de l'usufruitier à son droit de jouissance n'est soumise par la loi à aucune forme spéciale, dès lors que cette volonté de renoncer est certaine et non équivoque. La Haute juridiction vient alors apporter une précision quant au principe selon lequel « la renonciation à un droit ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer. »¹ Ces actes n'ont pas forcément de formalités à revêtir. C'est au juge que revient la charge d'apprécier *in concreto* la volonté du prétendu renonçant. En

¹ Civ. 2^{ème}, 10 mars 2006 : *Bull. civ.* II, n° 68.

l'espèce, Mme Y... avait accepté l'usufruit à concurrence d'une certaine somme ; la cour d'appel a légalement justifié sa décision en énonçant qu'elle

avait, par conséquent, renoncé à l'usufruit de façon certaine et non équivoque pour l'excédant de cette somme.

Cédric PLANTE

§ 2 – Copropriété

• **Complément apporté à l'ordre du jour par le syndic et qualité de copropriétaire opposant : Civ. 3^{ème}, 10 septembre 2008, n° 07-16.448, FS-P+B.**

Des époux assignent le syndicat des copropriétaires et le syndic de copropriété en annulation d'assemblées générales des copropriétaires et de certaines décisions adoptées au cours des assemblées. Plusieurs problèmes se posent alors. Le premier consiste à savoir si le syndic peut compléter l'ordre du jour initial, ou si l'inscription de questions complémentaires ne relève pas de son pouvoir (I). Le second s'attache à la qualité de copropriétaire opposant, à propos d'un demandeur absent lors du vote et représenté par un mandataire n'ayant pas pris part à celui-ci (II).

I – La possibilité pour le syndic de compléter l'ordre du jour initial par une nouvelle notification

Les demandeurs prétendaient que seuls les copropriétaires ou le conseil syndical disposent de la possibilité de demander l'inscription de questions complémentaires à l'ordre du jour. Ils s'appuyaient sur l'article 10 du décret du 17 mars 1967 qui énonce qu'« à tout moment, un ou plusieurs copropriétaires, ou le conseil syndical, peuvent notifier au syndic la ou les questions dont ils demandent qu'elles

soient inscrites à l'ordre du jour d'une assemblée générale ». Le syndic porte ensuite « ces questions à l'ordre du jour de la convocation de la prochaine assemblée ». Doit-on alors comprendre ce texte comme excluant la possibilité pour le syndic de compléter l'ordre du jour lui-même, les copropriétaires et le conseil syndical ayant seuls cette faculté ? Doit-on interpréter les dispositions de façon stricte et considérer que le syndic n'est que l'« enregistreur » des questions complémentaires ?

La Cour de cassation répond par la négative à ces questions, et souligne qu'« aucun texte n'interdit au syndic de compléter l'ordre du jour initial par une nouvelle notification adressée aux copropriétaires dans le délai prévu par le décret du 17 mars 1967 ». L'article 9 du décret précise en effet les modalités de réalisation de la convocation, qui doit être notifiée au moins vingt et un jours avant la date de la réunion, à moins que le règlement de copropriété n'ait prévu un délai plus long. Le raisonnement est intéressant : si le syndic peut convoquer l'assemblée, à condition de respecter le délai, il peut tout à fait, en respectant ce même délai,

envoyer une nouvelle notification où l'ordre du jour serait changé. Les copropriétaires et le conseil syndical disposent de la même possibilité d'ajouter à l'ordre du jour des questions complémentaires, mais ne se trouvent pas soumis aux mêmes conditions temporelles que le syndic puisqu'ils peuvent appeler à un tel ajout « à tout moment ». La seule exception est contenue dans l'article 10 *in fine*, qui ajoute que « si la ou les questions notifiées ne peuvent être inscrites à cette assemblée compte tenu de la date de réception de la demande par le syndic, elles le sont à l'assemblée suivante ».

L'article 10 du décret concerne donc uniquement les copropriétaires et l'éventuel conseil syndical, et leur donne un privilège auquel le syndic ne peut prétendre. Celui-ci, lorsqu'il convoque l'assemblée, entre dans le champ d'application de l'article 9, et doit respecter le délai prescrit, qu'il s'agisse de la convocation initiale ou des questions complémentaires. La convocation, en l'espèce, avait été faite régulièrement, et le nouvel ordre du jour avait été notifié dans le délai indiqué. L'argumentation des demandeurs est donc repoussée, mais prospère en revanche quant à leur qualité de copropriétaires opposants.

II – La qualité de copropriétaire opposant

L'article 42 de la loi du 10 juillet 1965 indique dans son alinéa 2 que « 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 [...]. » Si le copropriétaire doit donc respecter le délai prescrit, il doit également être revêtu de la qualité demandée, à savoir être opposant ou défaillant. En l'espèce, les demandeurs avaient été représentés par un mandataire lors de l'assemblée générale. Les juges du fond s'appuient sur cette circonstance pour décider que leur action relative à l'annulation de cette assemblée générale n'était pas recevable, puisqu'ils n'étaient pas défaillants.

Mais pouvaient-ils être considérés comme opposants ? C'est sur ce point que l'arrêt d'appel est cassé, la Cour de cassation reprochant aux premiers juges de ne pas avoir procédé à cette recherche, comme il le leur était demandé. En l'espèce, le copropriétaire représenté avait émis par lettre recommandée des réserves sur la validité de l'assemblée, et avait renouvelé ces réserves dans le pouvoir remis au secrétaire de séance. Le mandataire s'était cependant abstenu de prendre part aux votes ; cette circonstance pouvait-elle nuire aux demandeurs ? La Cour de cassation ne répond pas explicitement à la question ; on peut cependant émettre l'hypothèse, eu égard à l'ensemble des faits relevés par la Cour, que celle-ci pourrait écarter cette solution, le copropriétaire, en raison de ces divers éléments montrant son opposition, pouvant sans doute revêtir la qualité de

copropriétaire opposant. Les juges du fond se doivent en tout cas, dans leur décision, de répondre à cette question. On peut rappeler qu'est également considéré comme opposant le copropriétaire qui a voté pour une

résolution non adoptée par l'assemblée à défaut de majorité requise¹.

Victor DAUDET

¹ Civ. 3^{ème}, 24 janv. 2001 : *Bull. civ.* III, n° 7 ; *D.* 2002. Somm. 1523, obs. C. GIVERDON ; *AJDI* 2001.440, obs. C. GIVERDON ; *IRC* juin 2001. 12, obs. P. CAPOULADE ; Civ. 3^{ème}, 26 mars 2003 : *Administrer*, juill. 2003.43, obs. J. R. BOUYEURE.

• La réduction du nombre de voix dont dispose un copropriétaire majoritaire à la somme des voix des autres copropriétaires doit être calculée par rapport à l'ensemble des copropriétaires, et non à ceux présents ou représentés au moment du vote : Civ. 3^{ème}, 2 juillet 2008, n° 07-14.619, FS-P+B+I.

En matière de droit de vote au sein des assemblées générales, l'article 22 de la loi du 10 juillet 1965² précise que « Chaque copropriétaire dispose d'un nombre de voix correspondant à sa quote-part dans les parties communes » ; mais, afin d'éviter la mainmise d'un copropriétaire fortement majoritaire, le législateur a précisé que « Toutefois, lorsqu'un copropriétaire possède une quote-part des parties communes supérieure à la moitié, le nombre de voix dont il dispose est réduit à la somme des voix des autres copropriétaires ».

La « somme des voix des autres copropriétaires » doit-elle être entendue comme la somme des voix de l'ensemble des copropriétaires, ou comme la somme des voix des copropriétaires présents au moment du vote ?

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 19 octobre 2006, avait envisagé la première solution. Une

société, copropriétaire majoritaire d'un syndicat de copropriétaires, alléguait en effet que l'assemblée générale litigieuse avait réduit ses voix à hauteur des voix détenues par les copropriétaires présents ou représentés, assignant ainsi le syndicat en annulation de diverses décisions de cette assemblée. Les juges du fond retinrent que le calcul de l'article 22 devait être réalisé lors de chaque assemblée générale et à l'occasion de chaque vote, en fonction des voix des copropriétaires minoritaires présents ou représentés. La solution avait pour elle le mérite de correspondre à l'objectif du législateur, en réduisant le pouvoir éventuellement détenu par un copropriétaire majoritaire. Elle ajoutait cependant au texte, il est vrai silencieux sur ce point, et réduisait de fait le pouvoir du copropriétaire. La Cour de cassation procède donc à la sanction de la décision. Le calcul du nombre de voix dont dispose le copropriétaire qui possède une quote-part dans les parties communes supérieures à la moitié, et qui doit donc

² Modifié sur ce point par la loi n° 66-1006 du 28 décembre 1966.

être réduit à la somme des voix des autres copropriétaires, ne doit pas être réalisé lors de chaque assemblée générale et à l'occasion de chaque vote, en fonction des voix des copropriétaires minoritaires présents ou représentés, mais doit être effectué en fonction de l'ensemble des voix des copropriétaires existant. La solution a

pour elle l'avantage de la simplicité, mais permet en cas d'absences de votants de redonner au copropriétaire majoritaire le pouvoir que le législateur avait tenté de limiter.

Victor DAUDET

• **De l'importance de la feuille de présence : Civ. 3^{ème}, 24 septembre 2008, n° 07-16.334, FS-P+B.**

Aux termes de l'article 14 du décret du 17 mars 1967, « Il est tenu une feuille de présence [...] qui indique les nom et domicile de chaque copropriétaire ou associé et, le cas échéant, de son mandataire, ainsi que le nombre de voix dont il dispose. » La feuille est « émargée par chaque copropriétaire ou associé présent, ou par son mandataire. Elle est certifiée exacte par le président de l'assemblée » et constitue « une annexe du procès-verbal avec lequel elle est conservée ». Doit-elle être communiquée à chaque copropriétaire, à l'issue de chaque assemblée générale ? C'est ce que prétendait un copropriétaire ayant assigné le syndicat des copropriétaires de son immeuble en annulation de l'assemblée générale des copropriétaires. Débouté de sa demande d'annulation par les juges du fond, il avançait devant la Cour de cassation que la feuille de présence doit être adressée, à chaque copropriétaire, à l'issue de chaque assemblée générale, afin que chacun puisse s'assurer de la régularité de sa tenue et vérifier que les règles de majorité requise par la loi ont bien été respectées.

La Haute juridiction rejette cependant la demande, et appuie la cour d'appel qui a retenu que la communication de la feuille de présence n'était imposée par aucun texte. Celle-ci échappe-t-elle alors à toute communication aux copropriétaires ? Assurément non, puisque, comme le soulignent les juges, les copropriétaires ont la possibilité de consulter ce document et d'en obtenir copie dans les conditions de l'article 33 du décret. Cet article énonce notamment que le syndic détient « les registres contenant les procès-verbaux des assemblées générales des copropriétaires et les pièces annexes » et « délivre des copies ou extraits, qu'il certifie conformes, des procès-verbaux des assemblées générales et des annexes ».

Il n'est donc pas obligatoire d'adresser la feuille de présence à chacun des copropriétaires à l'issue de chaque assemblée générale. La solution permet de ne pas élargir les possibilités d'action à l'encontre des assemblées générales de copropriétaires.

Victor DAUDET

• **Annulation d'une assemblée générale convoquée par un syndic non titulaire d'une carte professionnelle : Civ. 3^{ème}, 2 juillet 2008, n° 06-17.202, FS-P+B+I.**

L'absence de détention par le syndic d'une carte professionnelle valide permet-elle à un copropriétaire d'obtenir l'annulation des délibérations d'une assemblée générale convoquée par ce syndic ? C'est à cette question qu'a répondu la Cour de cassation dans un arrêt du 2 juillet 2008. En l'espèce, un propriétaire de lots de copropriété assignait le syndicat des copropriétaires de son immeuble en annulation d'une assemblée générale des copropriétaires pour avoir été convoquée et tenue par un syndic non titulaire de la carte professionnelle exigée pour l'exercice de sa profession. Les juges du fond n'accueillirent pas la demande, et décidèrent que le non renouvellement de la carte professionnelle du syndic au cours de son mandat n'était pas une circonstance permettant à un copropriétaire ou au syndicat de remettre en cause les actes accomplis par ce dernier.

Cette solution limitait les recours possibles contre les actes du syndic, objets d'un lourd contentieux, mais semblait s'opposer au texte clair et d'ordre public de l'article 3 de la loi du 2 janvier 1970 (dite « loi Hoguet »), indiquant que les activités relatives à l'article 1^{er} de la loi ne peuvent être exercées que par les personnes physiques ou morales titulaires d'une carte professionnelle, délivrée par le préfet, et précisant celles des opérations qu'elles peuvent accomplir. La troisième Chambre civile, après avis de la première Chambre civile (qui

connaît notamment de l'interprétation de la loi Hoguet¹), choisit d'appliquer strictement le texte, et érige en principe que « le syndic professionnel ne peut poursuivre ses fonctions en l'absence de renouvellement ou en cas de retrait de sa carte professionnelle ». L'absence de titularité de carte professionnelle entraîne donc la fin des fonctions du syndic, et la nullité de l'assemblée générale et des décisions en découlant, quand bien même le syndic était pourvu de la carte au moment de sa nomination². La régularité des délibérations de l'assemblée générale n'entre donc pas en ligne de compte, l'élément permettant l'annulation étant un élément extérieur. C'est l'ensemble de la procédure qu'il convient de respecter, la décision sonnante comme « un avertissement pour les syndics professionnels »³. La décision a cependant des effets limités, la durée de validité de la carte professionnelle étant passée de un à dix ans en 2005⁴.

Victor DAUDET

¹ D. TOMASIN, *Syndic et défaut de carte professionnelle* : AJDI 2009, p. 307.

² Les juges ont déjà pu annuler des délibérations ayant désigné comme syndic une agence dépourvue de carte : Civ. 3^{ème}, 4 janv. 1996 : *Bull. civ.* III, n° 1 ; D. 1997. Somm. 15, obs. C. ATIAS ; *Administrer* août-sept. 1996. 37, note P. CAPOULADE ; *RDI* 1996. 247, obs. D. TOMASIN ; *ibid.* 1996. 278, obs. P. CAPOULADE ; Paris, 9 oct. 1991 : *Administrer* févr. 1992. 60, cités par Y. ROUQUET, *D.* 2008, p. 2001.

³ D. TOMASIN, *préc.*

⁴ Décret du 21 oct. 2005, modifiant l'art. 80 du décret du 20 juill. 1972.

DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS

Caroline LEPRÊTRE

SOMMAIRE

§ 1 – Les solutions nouvelles	322
§ 2 – Les rappels jurisprudentiels	325
I – Ouverture de la procédure : le respect des innovations de la loi du 26 juillet 2005 : la soumission des professions libérales au droit des entreprises en difficultés.....	325
II – Déroulement de la procédure.....	327
1. La caractérisation de la cessation des paiements en cas de conversion en liquidation judiciaire pendant la période d’observation	327
2. Les pouvoirs du débiteur après l’adoption du plan de continuation	328
3. La situation des cautions et coobligés	330
a. Poursuite de la caution et admission de créance	330
b. La qualification de la créance de remboursement détenue par la caution	332
4. Responsabilité : la détermination du moment de la caractérisation du soutien bancaire abusif	333

Le droit des entreprises en difficultés s’efforce d’établir un compromis délicat entre des exigences économiques et sociales parfois contradictoires. Les litiges y sont donc très présents. La technicité de cette matière juridique exige ainsi une certaine rigueur dans la lecture des textes. Le rôle de la jurisprudence est déterminant en la matière : elle permet de préciser la portée de dispositions légales complexes et de déterminer les repères nécessaires pour une juste appréciation des faits. Toutefois,

malgré les efforts fournis par le législateur à travers les récentes réformes (loi du 26 juillet 2005 et ordonnance du 18 décembre 2008) pour adapter la réglementation à l’évolution des exigences liées à l’activité économique, persistent des zones d’ombre que seule la jurisprudence peut éclaircir. C’est pourquoi il est ici proposé un panorama jurisprudentiel, offrant une grille de lecture organisée et simplifiée des solutions rythmant le droit des entreprises en difficultés.

Les premiers pas de ce panorama de jurisprudence s'effectueront pendant la période estivale de l'année 2008. Si certaines incertitudes ont pu être clarifiées, les changements restent

cependant peu nombreux, les juges de la Cour de cassation ayant surtout opéré de nombreux rappels jurisprudentiels.

§ 1 – Les solutions nouvelles

Deux arrêts de la Chambre commerciale rendus le 8 juillet 2008 ont

été très remarquables.

1. **Com., 8 juillet 2008, Sté Carrefour c/ Lize ès qual., n° 07-16.936, FS-P+B : JurisData n° 2008-044793 ; Act. proc. coll. 2008-14, 230, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; M. CABRILLAC et P. PETEL, Sauvegarde, Redressement et Liquidation judiciaires des entreprises : JCP E n° 1, 1^{er} janv. 2009, chron. 10008, n° 3.**

• L'opposition au paiement d'un chèque prévue à l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier, au motif que son porteur est en liquidation judiciaire, ne peut plus être admise s'il est établi que le titre en cause a été remis au liquidateur judiciaire.

Dans cette affaire, la société Carrefour, débitrice de la société Parmalat, a émis au profit de cette dernière un chèque peu de temps avant son placement tristement célèbre en liquidation judiciaire. En raison de cet événement, la société Carrefour a voulu faire jouer la compensation entre sa dette liée à l'émission du chèque et ses créances à l'encontre de la société Parmalat. Pour pouvoir réaliser cette compensation, la société Carrefour a alors tenté de faire opposition au chèque émis.

La volonté de la société Carrefour de faire opérer une compensation entre ses dettes et ses créances se comprend aisément au regard de la situation financière de son débiteur. Il y avait fort peu de chances qu'en effet, dans le cadre de la liquidation judiciaire

ouverte à l'encontre de la société Parmalat, la société Carrefour soit payée. Cette dernière a dès lors tenté de faire opposition au chèque afin de laisser intervenir une compensation et recevoir un paiement même partiel de ses créances. La Cour ne lui a toutefois pas accordé cette opportunité. Dans sa solution, elle décide que l'opposition ne peut plus être admise dès lors que le titre de paiement a été remis au liquidateur judiciaire.

À première vue, cette solution semble contraire à l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier qui énonce limitativement, dans son deuxième alinéa, les cas autorisant le tireur à faire opposition au chèque émis, l'ouverture d'une procédure collective étant citée comme motif valable. Une interprétation littérale de

ce texte aurait donc amené la Cour de cassation à accepter l'opposition au chèque faite par la société Carrefour puisque la société Parmalat venait d'être placée en liquidation judiciaire.

Les juges ont cependant opté pour une interprétation téléologique de ce texte. La validité de l'opposition en cas d'ouverture d'une procédure collective est fondée sur la volonté d'éviter que le chèque ne soit encaissé à titre personnel par le porteur et qu'ainsi cette provision soit soustraite aux droits des créanciers du débiteur en difficulté¹. Dès lors que le chèque a été remis au liquidateur qui l'a régulièrement endossé et encaissé, l'exception accordée par l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier n'a plus lieu d'être. L'opposition en l'espèce doit donc être invalidée.

Le raisonnement poursuivi par la Cour de cassation conséquemment à la levée de l'opposition au chèque est clair. Le tireur a émis un chèque et l'a remis au liquidateur. Une fois

l'opposition levée, la compensation ne peut plus opérer puisque la créance de la société Parmalat a été payée et, de ce fait, n'existe plus. Cette solution s'explique notamment par le caractère irrévocable de la provision et son corollaire : le transfert automatique de la propriété de la provision dès l'émission du chèque au profit de son bénéficiaire. La conséquence de l'émission et de la remise du chèque évoquée par la Cour de cassation et retenue par les juges du fond se comprend aisément : en remettant volontairement le chèque au liquidateur, la société Carrefour a sciemment renoncé au bénéfice de la compensation.

Si, en opportunité, cet arrêt peut être critiqué pour sa sévérité à l'égard du créancier du débiteur placé en liquidation judiciaire, il doit toutefois être approuvé en raison de la logique juridique qui le gouverne. Notons que la Cour vient ici se prononcer sur un point qui n'avait pas encore été tranché et qui soulevait bien des interrogations².

¹ Cf. M. Cabrillac, *in* M. Cabrillac et P. Pétel, *Sauvegarde, Redressement et Liquidation judiciaires des entreprises* : JCP E n° 1, 1^{er} janv. 2009, chron. 10008.

² Cf. M. Cabrillac et P. Pétel, *op. cit.*

- 2. Com., 8 juillet 2008, MAP transports c/ Société générale, n° 07-13.868, FS-P+B : JurisData n° 2008-044797 ; Act. proc. coll. 2008-14, n° 222 ; D. 2008, p. 2072, obs. A. LIENHARD ; M. CABRILLAC et P. PETEL, *Sauvegarde, Redressement et Liquidation judiciaires des entreprises* : JCP E n° 1, 1^{er} janv. 2009, chron. 10008, n° 12.**

• La cessation des fonctions du préposé ayant reçu délégation ou subdélégation du pouvoir de déclarer une créance de la part du représentant légal d'une banque ne remet pas en cause de plein droit les subdélégations dont il est l'auteur.

Le préposé d'une banque a reçu une subdélégation de pouvoirs pour

procéder à la déclaration de la créance de celle-ci dans le cadre d'une

procédure collective ouverte à l'encontre d'un de ses clients. Ce dernier conteste la régularité d'une telle déclaration en raison du départ, antérieur à celle-ci, du bénéficiaire de la délégation principale. Selon le client, cette série de subdélégations n'est plus valable en raison de cet événement. La déclaration a donc été effectuée par le préposé sans aucun pouvoir et est nulle de ce fait. Cela permet ainsi à ce débiteur placé en procédure collective de contester efficacement la créance en question et de l'exclure de son passif.

Bien que défendable, la Cour de cassation n'a toutefois pas retenu cette analyse et a estimé que dès lors que la chaîne de délégations de pouvoirs était ininterrompue et ne comportait que des délégations régulières, elle ne pouvait être remise en cause en raison du départ d'un des « maillons » de la chaîne de subdélégations. Cette solution vient pérenniser et compléter la jurisprudence précédente qui estimait que la révocation du dirigeant social, auteur de la délégation principale, ne remettait pas en cause les subdélégations fondées sur celle-ci, sauf décision contraire de son remplaçant¹.

Cette décision s'explique par la stabilité de la délégation de pouvoirs et par l'absence de changement de la personne du déléguant. En l'espèce, la subdélégation avait pour objet la transmission du pouvoir de déclarer la créance dont la banque était titulaire à

l'encontre de son client. La banque était donc le déléguant originaire, seule détentrice du pouvoir de procéder à la déclaration. Ainsi, le titulaire de la dernière subdélégation qui a matériellement procédé à la déclaration de la créance l'a fait au nom et pour le compte de la banque, prise en tant que personne morale, et non en représentation de celui qui lui a matériellement transmis le pouvoir, soit le directeur du Réseau France de la banque parti peu après. Dès lors que la personne du déléguant n'est pas remise en cause, que celui-ci ne révoque pas la délégation de pouvoirs à l'origine des subdélégations et qu'il n'est pas atteint de mort civile ou naturelle (article 2003 du Code civil), le mandat reste valable. Ainsi, le raisonnement de la Cour de cassation se comprend aisément. Le départ du préposé qui n'a fait que transmettre un pouvoir qu'on lui avait confié en raison de ses fonctions ne peut être rattaché à aucune des causes d'extinction du mandat. Il n'y a donc pas de raison qu'il entraîne l'anéantissement de la chaîne de subdélégations réalisée sur son initiative.

Le départ du préposé aurait certainement entraîné la fin des subdélégations s'il les avait consenties après cet événement. La cessation de ses fonctions lui ôte en effet le pouvoir qui lui a été transmis par la délégation principale. On remarquera ainsi que seule la fonction exercée par le déléguataire compte car elle constitue le fondement du pouvoir confié, sa personne étant indifférente. Cela reste toutefois étonnant car le mandat, catégorie juridique à laquelle est

¹ Com., 4 févr. 1997, n° 94-20.681 : JurisData n° 1997-000441 ; *Bull. civ.* IV, 1997, n° 44 ; *JCP E* 1997, 676, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *Deffrénois* 1997, p. 663, note H. HOVASSE ; *Dr. sociétés* 1997, n° 56, obs. T. BONNEAU.

rattachée la délégation, est un contrat *intuitu personae*. C'est certainement pour cette raison que la délégation de pouvoirs est qualifiée d' « espèce

particulière » de mandat¹.

¹ N. FERRIER, *La délégation de pouvoir : technique d'organisation de l'entreprise*, Litec, 2005, n° 80 ; M. CABRILLAC et P. PETEL, *Sauvegarde, Redressement et Liquidation judiciaires des entreprises* : JCP E n° 1, 1^{er} janv. 2009, chron. 10008.

§ 2 – Les rappels jurisprudentiels

La Cour de cassation est intervenue pour assurer le respect des innovations de la loi du 26 juillet 2005. Ces interventions ne représentent toutefois pas la majorité des décisions rendues

durant cette période estivale, la Cour ayant opéré un certain nombre de rappels sur des problèmes classiques soulevés par les procédures collectives.

I – Ouverture de la procédure : le respect des innovations de la loi du 26 juillet 2005 : la soumission des professions libérales au droit des entreprises en difficultés

Com., 30 septembre 2008, CARPIMKO c/ Meunier et a., n° 07-15.446, FS-P+B : M. CABRILLAC et P. PETEL, *Sauvegarde, Redressement et Liquidation judiciaires des entreprises* : JCP E n° 1, 1^{er} janv. 2009, chron. 10008, n° 1 ; JCP E 2008, 2492, note F. MARMOZ ; *Act. proc. coll.* 2008-18, n° 277, obs. K. SALHI ; D. 2008, AJ, 2501, obs. A. LIENHARD ; D. 2008, p. 2749, obs. M.-L. BELAVAL.

• **Toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, relève, à compter du 1^{er} janvier 2006, des procédures collectives de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises aux conditions prévues par cette loi ; il en résulte que cette personne se trouve dès lors exclue des dispositions relatives au traitement des situations de surendettement prévues aux articles L. 330-1 et suivants du Code de la consommation.**

L'applicabilité du droit des entreprises en difficultés aux personnes exerçant une profession libérale est une nouveauté de la loi du 26 juillet 2005. L'extension du champ d'application des procédures collectives n'est pas exempte de

problèmes notamment liés au conflit entre le droit ancien et la loi nouvelle.

Les faits de cette espèce sont assez particuliers. Face à un passif non professionnel conséquent, la débitrice, masseur kinésithérapeute de son état, a

saisi fin 2005 la commission de surendettement des particuliers qui, le 26 janvier 2006, a émis ses recommandations et préconisé l'application de la procédure prévue aux articles L. 332-2 et L. 331-7 du Code de la consommation. Sur contestation d'un des créanciers de la débitrice, le juge de l'exécution a, en avril 2006, confirmé ces recommandations, la cour d'appel adoptant par la suite la même décision. C'est alors que la Cour de cassation casse cet arrêt au motif que le juge de l'exécution, s'étant prononcé postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005, aurait dû appliquer celle-ci à la débitrice.

La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de préciser les modalités de l'éligibilité des personnes exerçant une profession libérale aux procédures collectives. Ainsi, la loi du 26 juillet 2005 est applicable aux professions libérales même si le professionnel n'est plus en activité au 1^{er} janvier 2006¹ et même si son passif est devenu exigible avant cette date². Par ailleurs, la Cour de cassation a récemment rappelé que

les conditions d'ouverture d'une procédure collective doivent être appréciées au jour où le tribunal statue³.

La solution de la Cour de cassation doit ici être approuvée. Au moment où le juge de l'exécution a statué sur la situation de la débitrice, celle-ci était éligible à l'ouverture d'une procédure collective, la loi du 26 juillet 2005 étant déjà entrée en vigueur (1^{er} janvier 2006). Les dispositions du Code de la consommation relatives au surendettement des particuliers n'étaient alors plus applicables à la débitrice. La solution aurait été différente si une décision passée en force de chose jugée avait entériné les recommandations de la commission de surendettement. Dans ce cas, les dispositions du Code de la consommation auraient été appliquées, et celles du Code de commerce exclues.

¹ Cass. avis, 17 sept. 2007 : M. CABRILLAC et P. PETEL, *Sauvegarde, Redressement et Liquidation judiciaires des entreprises* : JCP E 2008, chron. 1207, § 3 ; *Gaz. Pal.* 26-27 oct. 2007, p. 31, obs. C. LEBEL.

² Com., 27 mai 2008 : M. CABRILLAC et P. PETEL, *Sauvegarde, Redressement et Liquidation judiciaires des entreprises* : JCP E 2008, chron. 2062, § 1 ; *D.* 2008, AJ, 1616, obs. A. LIENHARD.

³ Com. 26 juin 2007 (2 arrêts) : *Bull. civ.* IV, n^{os} 176 et 177 ; *D.* 2007, AJ, 1864, obs. A. LIENHARD ; *ibid.*, Chron. C. cass. 2764, obs. P. BÉLAVAL ; *D.* 2008. Pan. 570, obs. F.-X. LUCAS ; *JCP E* 2007. 2120, note M. VALLANSAN ; *JCP E* 2008. 1207, n^o 1, obs. P. PÉTEL ; *RD banc. fin.* 2007, n^o 158, obs. F.-X. LUCAS ; *Dr. sociétés* 2007, n^o 177, note LEGROS ; *Gaz. Pal.* 26-27 oct. 2007, p. 20, note LEBEL ; *Bull. Joly* 2007. 1167, note REGNAUT-MOUTIER ; *RJ com.* 2007. 359, note P. ROUSSEL GALLE ; *Rev. proc. coll.* 2007. 222, obs. SAINTOURENS ; *Deffrénois* 2007. 1578, obs. GIBIRILA ; *Dr. et patr.* juill.-août 2008. 103, obs. SAINT-ALARY-HOUIN ; Guyader, *RJDA* févr. 2008, p. 103 ; SONIER et GHALIMI, *Rev. proc. coll.* 2008. 50.

II – Déroutement de la procédure

De juillet à septembre, la Cour de cassation a rendu de nombreux arrêts rappelant la mise en œuvre de principes

précédemment acquis. Un tour d'horizon rapide permettra de se remémorer ses solutions réaffirmées.

1. La caractérisation de la cessation des paiements en cas de conversion en liquidation judiciaire pendant la période d'observation : Com., 8 juillet 2008, n° 06-21.562, F-D.

• Lorsque la liquidation judiciaire intervient pendant la période d'observation, le juge n'a pas à se prononcer sur la cessation des paiements du débiteur déjà caractérisée par le jugement d'ouverture du redressement judiciaire.

Il s'agit ici d'une solution assez classique qui relève de la simple application des règles de conversion du redressement en liquidation judiciaire.

La cessation des paiements, condition *sine qua non* du placement du débiteur en redressement (article L. 630-1 C.com.) ou en liquidation judiciaire (article L. 640-1 C.com.), doit être caractérisée à l'ouverture de la procédure. Il est assez fréquent que le tribunal décide d'ouvrir un redressement mais soit informé pendant la période d'observation que celui-ci ne pourra aboutir. Dans ce cas, selon l'ancien article L. 621-6 du Code de commerce (nouvel article L. 631-15 C.com.), à tout moment de la période d'observation, le tribunal peut convertir le redressement en liquidation judiciaire si les conditions de l'ancien article L. 622-1 (nouvel article L. 640-1 C.com.) sont réunies. En l'occurrence, cet article disposait que l'ouverture d'une liquidation judiciaire exigeait la réunion de deux conditions : l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible et l'impossibilité manifeste de redresser

l'entreprise, ces conditions étant identiques aujourd'hui.

En cas de conversion d'un redressement judiciaire en liquidation au cours de la période d'observation, il ne s'agit pas de la réouverture d'une seconde procédure mais d'une modification de la procédure en cours. La cessation des paiements a ainsi déjà été établie le jour du jugement d'ouverture de la procédure, le juge étant seulement tenu de vérifier que la seconde condition de la mise en œuvre d'une liquidation est remplie, c'est-à-dire que le redressement de l'entreprise s'avère manifestement impossible. Cela ne signifie pas pour autant que le débiteur ne peut pas contester la cessation des paiements qui lui est alléguée. Toutefois cette contestation devra s'exécuter dans le cadre de l'appel qui lui est ouvert à l'encontre du jugement d'ouverture dans les 10 jours à compter de sa notification (ancien article L. 623-1 C.com. – nouvel art. L. 661-1, I, 1°). Dès lors que la cessation des paiements n'a pas été contestée à ce moment-là, elle est irrévocablement acquise par l'autorité de la force jugée de la décision qui la

caractérise. Cela signifie donc que le seul moyen pour le débiteur de s'opposer au jugement de conversion est d'établir que le redressement de l'entreprise n'est pas manifestement impossible, preuve pour le moins délicate à établir. En l'espèce, le débiteur a tenté d'outrepasser la force jugée du jugement d'ouverture en discutant la cessation des paiements acquise depuis cette décision pour éviter la conversion de sa procédure en liquidation judiciaire, argument que la Cour de cassation a logiquement rejeté.

Outre le fait que le choix du motif de contestation de la conversion était peu adéquat, l'argumentation développée à l'appui de ce moyen était tout aussi inopportune. Le débiteur se fondait sur le fait que la contestation pendante de sa créance principale provoquait la diminution significative de son passif exigible et la disparition de la cessation des paiements. En l'espèce, les juges du fond n'avaient pas à répondre à ce discours puisque le principe même de la contestation devait être rejeté. Toutefois, il convient de

constater que dans les cas où une telle contestation peut être valablement retenue, elle ne devra pas être fondée sur les arguments avancés par le débiteur dans cette espèce en raison des risques qu'ils présentent. En permettant en effet au débiteur de sortir temporairement de l'état de cessation des paiements et donc de remettre en cause la procédure collective par le biais de la contestation de toutes ses créances, les juges donneraient foi à une vision tronquée de la réalité et ouvriraient une faille dans laquelle les débiteurs de mauvaise foi n'hésiteront pas à s'engouffrer. On pourrait assister à un véritable festival de contestations illégitimes des créances qui remettront dangereusement en cause la légitimité de la procédure ouverte et pourront entraîner la clôture injustifiée. Retenir une telle argumentation reviendrait à aller à l'encontre de la volonté du législateur de limiter les handicaps au bon déroulement de la procédure, leitmotiv de l'encadrement strict des droits de recours contre les décisions articulant celle-ci.

2. **Les pouvoirs du débiteur après l'adoption du plan de continuation :** Com., 16 septembre 2008, *IPSign et a. c/ GE Capital et a.*, n° 07-13.713, F-P+B : *JurisData* n° 2008-045016 ; *Act. proc. coll.* 2008-17, n° 269, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; M. CABRILLAC et P. PETEL, *Sauvegarde, Redressement et Liquidation judiciaires des entreprises : JCP E* n° 1, 1^{er} janv. 2009, chron. 10008, n° 5.

• **Après l'adoption du plan de continuation, le débiteur peut agir en résolution d'un contrat malgré l'inaction de l'administrateur pendant la période d'observation.**

La solution de la Cour de cassation est à la fois claire et simple. Avec l'adoption du plan de continuation (aujourd'hui nommé plan de

sauvegarde ou de redressement depuis la loi du 26 juillet 2005) le débiteur redevient en effet *in bonis*, le droit commun « reprend son empire » et le

rôle des mandataires de justice maintenus en fonction devient résiduel¹. Le débiteur retrouve ainsi tous ses pouvoirs sous réserve des limites que le Tribunal lui aura imposées dans les dispositions du plan et des prérogatives accordées à l'administrateur et au commissaire à l'exécution du plan pendant la mise en œuvre et l'exécution de celui-ci². Ces limites sont toutefois peu nombreuses et restent des exceptions. Dans tous les cas, rien ne fait obstacle à ce que le débiteur agisse en résolution d'un contrat après l'adoption du plan, comme le démontre l'analyse suivante.

L'administrateur qui partage, pendant la période d'observation, les pouvoirs du débiteur, voit sa mission normalement prendre fin avec celle-ci. Souvent, le Tribunal le maintient mais son rôle se limitera à la réalisation des actes nécessaires à la mise en œuvre du plan (ancien article L. 621-67 C.com. – nouvel article L. 626-24). Une action en résolution ne rentre donc pas dans cette catégorie de prérogatives. Et d'ailleurs si l'administrateur agissait à la place du débiteur, sa demande ne saurait être reçue en raison d'un défaut de pouvoir d'ester en justice.

Le commissaire à l'exécution du plan, quant à lui, dispose de pouvoirs propres et importants mais au service

de sa mission principale qui est de veiller à la bonne exécution du plan (ancien article L. 621-68 C.com. – nouvel article L. 626-25). Il doit donc surveiller l'exécution du plan, répartir les sommes payées par le débiteur entre tous les créanciers... Si le commissaire à l'exécution du plan a qualité pour continuer les actions exercées par les mandataires de justice pendant la période d'observation et, depuis la loi du 26 juillet 2005, pour engager les actions dans l'intérêt collectif des créanciers (article L. 626-25 al. 3 C.com), il ne représente pas le débiteur. Il ne peut ainsi exercer une action au nom et dans l'intérêt de celui-ci³.

En l'espèce, l'exercice de l'action en résolution exercée après l'adoption du plan ne rentrait pas dans les prérogatives du commissaire à l'exécution du plan puisqu'elle relevait de l'intérêt propre du débiteur. La solution aurait pu être différente si cette action en résolution avait présenté un intérêt pour l'ensemble des créanciers du débiteur. Cette action aurait pu, dans ce cas, être exercée par le commissaire à l'exécution du plan⁴.

On se rend ainsi compte que le débiteur est le seul à pouvoir mener cette action en résolution et que c'est à

¹ F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2006, n° 220 et 351.

² Soc., 20 janv. 1993 : *Bull. civ.* V, n° 16 ; D. 1994, Somm. 40, obs. J. DERRIDA – 3 mars 1994 : *Rev. Proc. Coll.* 1994, 232, obs. B. SOINNE – 13 juin 2001 : *Act. proc. coll.* 2001, n° 199 ; Civ. 3^{ème}, 7 juin 2001 : *Act. proc. coll.* 2001, n° 212, obs. C. REGNAUT-MOUTIER.

³ Com., 18 janv. 2000 : *Bull. civ.* IV, n° 16 ; *JCP E* 2000, 701, obs. M. CABRILLAC ; *RTD com.* 2001, 217, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; *RTD com.* 2000, 467, obs. J.-L. VALLENS ; Com., 12 oct. 2004 : *Bull. civ.* IV, n° 184 ; *JCP E* 2005, 31, n° 4, obs. M. CABRILLAC et P. PETEL ; *RTD com.* 2005, 96, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *RTD com.* 2005, 125, obs. M.-H. MONSERIE-BON.

⁴ Pouvoir validé par la jurisprudence avant la loi du 26 juillet 2005 : Com., 12 juill. 1994 : *Bull. civ.* IV, n° 265 ; D. 1995, Somm. 1, obs. J. DERRIDA ; *Petites Affiches*, 16 juin 1995, p. 22.

bon droit que la Cour de cassation a censuré la cour d'appel qui en avait décidé autrement. L'argument de la partie adverse selon lequel la demande du débiteur est irrecevable en raison de l'inaction de l'administrateur pendant la période d'observation ne saurait sérieusement résister au retour du droit commun après l'adoption du plan. En opportunité, on pourrait ajouter qu'il est heureux que l'exercice par le

débiteur des actions nécessaires à son activité ne soit pas empêché par l'inertie de l'administrateur pendant la période d'observation. Cette représentation restrictive des pouvoirs du débiteur irait, de plus, à l'encontre du principe selon lequel le débiteur reste à la tête de son entreprise lorsque celle-ci est placée en redressement judiciaire.

3. La situation des cautions et coobligés

a. Poursuite de la caution et admission de créance : Com., 16 septembre 2008, n° 07-16.499, Inédit.

• Si la décision du juge de la procédure collective rendue dans les rapports entre le créancier et le débiteur principal s'impose à la caution, le créancier peut poursuivre et obtenir la condamnation de la caution devant le juge du cautionnement, avant toute déclaration, ou, si la déclaration a été faite, avant toute admission, en établissant l'existence et le montant de sa créance selon les règles du droit commun.

L'exercice par le créancier de son droit de poursuite à l'encontre de la caution peut être modulé dès lors que le débiteur principal est placé sous procédure collective. Par exemple, l'article L. 622-28 alinéa 2 C.com dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 accorde un répit aux cautions et coobligés pendant la période d'observation en leur appliquant le principe de l'interdiction des poursuites posée par l'article L. 622-21 C.com. Depuis la loi du 26 juillet 2005, le blocus des poursuites du créancier à l'encontre d'un débiteur en procédure collective se pérenniserait même en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde puisque la caution et le coobligé peuvent se prévaloir des dispositions de celui-ci (article L. 626-11 C.com). Même si le placement en procédure

collective du débiteur constitue une exception purement personnelle à celui-ci que la caution ne peut invoquer pour faire obstacle aux poursuites du créancier (article 2313 du Code civil)¹, cet évènement aura forcément des conséquences sur la relation entre le créancier et la caution.

En l'espèce, la cour d'appel a rejeté

¹ Com., 27 mars 1990 : *D.* 1990, 494, note A. HONORAT – 3 avr. 1990 : *Bull. civ.* IV, n° 114 ; Civ. 1^{ère}, 31 mars 1998 : *Bull. civ.* I, n° 135 ; *Defrénois* 1998, 1460, obs. A. BENABENT ; Com., 22 juin 1999 : *Bull. civ.* IV, n° 134 ; Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000 : *Bull. civ.* I, n° 182 ; *D.* 2000, AJ, 318, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2001, Somm. 696, obs. L. AYNES ; *JCP E* 2001, I, 309, n° 11, obs. M. STORCK ; *JCP N* 2000, 1357, étude VAUVILLE ; *Defrénois* 2001, 368, obs. J. SENECHAL ; *Dr. et patr.*, 2 janv. 2001, p. 96, obs. M.-H. MONSERIE-BON.

la poursuite diligentée par un créancier à l'encontre de la caution de son débiteur placé en procédure collective au motif qu'il ne justifiait pas de l'admission de sa créance au passif du débiteur principal. La Cour de cassation casse à bon droit cet arrêt dont l'analyse est en désaccord avec l'agencement des règles du cautionnement et des procédures collectives.

Si le placement du débiteur en procédure collective ne saurait faire obstacle à la poursuite de la caution par le créancier, le sort de la créance dans la procédure du débiteur n'est pas sans influence sur celle-ci. Avant la réforme du 26 juillet 2005, la déclaration de créance conditionnait l'existence de la créance puisque son défaut entraînait purement et simplement l'extinction de celle-ci. L'admission de la créance au passif du débiteur principal permet de déterminer le montant de la créance. La sanction du défaut de déclaration sur la créance avant la réforme et l'admission de la créance à un montant réduit au cours du processus de vérification constituent des exceptions inhérentes à la dette que la caution peut opposer au créancier (article 2313 du Code civil). Cela s'explique par le caractère accessoire du cautionnement qui impose que la caution ne soit pas tenue plus sévèrement que le débiteur principal.

La Cour de cassation rappelle toutefois aux juges du fond que dès lors que le créancier a agi avant la déclaration ou avant la constatation définitive de la réduction de sa créance dans la procédure du débiteur, son

action se place sous l'empire du droit commun et doit aboutir, la caution ne pouvant lui opposer des exceptions qui n'existent pas encore.

La solution de la Cour de cassation doit se comprendre de la manière suivante : le créancier qui a agi avant le processus de déclaration et d'admission de sa créance dans la procédure du débiteur principal peut demander l'intégralité de sa créance dans les conditions de droit commun à la caution. Si, par contre, il a agi alors qu'il n'a pas déclaré sa créance dans le passif du débiteur, sa demande doit forcément être rejetée puisque la dette est éteinte, cette solution n'étant valable que pour les procédures collectives ouvertes avant le 1^{er} janvier 2006 car la sanction du défaut de déclaration est désormais, avec la réforme du 26 juillet 2005, l'inopposabilité de la créance à la procédure, exception purement personnelle au débiteur non invocable par la caution. Enfin, si le créancier a agi après l'admission de sa créance à un quantum inférieur à celui prévu initialement par l'engagement de la caution, la caution est déchargée proportionnellement et ne doit payer la créance qu'à hauteur du montant réduit.

La Cour rappelle que le moment du déclenchement des poursuites du créancier contre la caution est déterminant. C'est ici l'un des effets perturbateurs de la relation entre la caution et le créancier émanant de la procédure collective du débiteur principal, résultante indiscutable du caractère accessoire du cautionnement.

b. La qualification de la créance de remboursement détenue par la caution : Com., 30 septembre 2008, n° 07-18.479, F-D.

• **La créance de la caution qui a payé la dette et qui agit contre le débiteur principal sur le fondement de l'article 2305 du Code civil prend naissance à la date de l'engagement de caution.**

Dans l'optique de leur paiement, les créanciers du débiteur placé en procédure collective sont divisés en deux catégories : d'un côté, les créanciers antérieurs et, depuis la réforme du 26 juillet 2005, les créanciers postérieurs non privilégiés ; de l'autre, les créanciers postérieurs qui doivent, depuis le 1^{er} janvier 2006, remplir les conditions posées par l'article L. 622-17 du Code de commerce, pour être désignés désormais comme « privilégiés ». Selon le rattachement à l'une de ces deux catégories, le régime appliqué à la créance sera différent, la première catégorie relevant d'un régime contraignant pour les créanciers nécessitant, entre autre, la déclaration de la créance pour pouvoir participer aux répartitions et la seconde bénéficiant d'un régime nettement plus favorable. Pour identifier la catégorie à laquelle appartient le créancier et connaître ainsi le régime à appliquer, il faut logiquement procéder à la qualification de la créance en se fondant sur son fait générateur. La détermination du fait générateur des créances est une opération à la fois importante et délicate.

La Chambre commerciale profite de

cette espèce pour rappeler aux juges du fond que le fait générateur de la créance de remboursement de la caution contre le débiteur principal est la conclusion du contrat et non l'exécution de son obligation de paiement. Cette analyse doit être approuvée. En effet, les obligations de couverture et de règlement qui composent l'engagement de la caution prennent naissance avec le contrat et en aucun cas au moment de la défaillance du débiteur principal. Cet événement ne fait que les rendre exécutoires.

Ce raisonnement ne réserve pas de traitement favorable aux cautions. En général, il est rare qu'une caution accepte de garantir un débiteur placé en procédure collective. De ce fait, la plupart des cautionnements accordés le sont avant cet événement, la caution est alors titulaire d'une créance antérieure qu'elle doit normalement déclarer dans le passif du débiteur dans les deux mois suivant la publication du jugement d'ouverture. Or, il est fort probable qu'elle n'y pense pas tant qu'elle n'a pas payé. Comme elle ne peut être actionnée qu'à la fin de la période d'observation, elle se retrouvera généralement forclosée et les chances d'être remboursée s'avèreront fortement compromises.

4. **Responsabilité : la détermination du moment de la caractérisation du soutien bancaire abusif** : Com., 30 septembre 2008, Souchon ès qual. c/ BNP Paribas, n° 07-17.384, F-P+B : JurisData n° 2008-045189 ; *Act. proc. coll.* 2008-17, n° 263, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; *D.* 2008, AJ, 2596, obs. A. LIENHARD ; M. CABRILLAC et P. PETEL, *Sauvegarde, Redressement et Liquidation judiciaires des entreprises* : JCP E n° 1, 1^{er} janv. 2009, chron. 10008, n° 17.

• **Le soutien abusif et la pratique de crédit ruineux reprochés à une banque doivent être recherchés au jour de l'octroi des crédits au débiteur.**

En cas d'extension de la procédure collective à un groupe de sociétés pour confusion de patrimoine, cette recherche doit être effectuée individuellement pour chaque société débitrice en fonction du comportement adopté par la banque à l'égard de chacune d'entre elles.

Comme toute faute, fondement de responsabilité, le soutien abusif et l'octroi de crédit ruineux par une banque doivent s'apprécier au moment où les actes litigieux ont été commis, soit au moment de l'accord des crédits litigieux. Cette démarche, si elle paraît relativement simple, aurait tendance à se compliquer en cas d'extension de procédure collective pour confusion de patrimoines en présence de personnes morales.

Dans ce cas, ces personnes seront soumises à une même procédure appliquée à leurs patrimoines respectifs fusionnés en un seul. On pourrait dès lors être séduit par l'argumentation du demandeur au pourvoi qui considère les faits reprochés à la banque acquis pour tous les débiteurs dont les patrimoines se sont confondus alors qu'ils ne sont établis qu'à l'égard d'un seul. Ceci n'est toutefois pas envisageable comme le rappelle à juste titre la Cour de cassation. La confusion de patrimoine et l'extension de la procédure collective à plusieurs sociétés qui en résulte ne font pas disparaître les personnalités juridiques de celles-ci. À ce titre, le

comportement de la banque doit être apprécié au regard de chaque personne, au moment où elle leur a individuellement accordé les crédits.

Cette solution est certes logique mais peu opportune pour les créanciers. Les débiteurs dont les patrimoines sont confondus se sont *de facto* partagés les mêmes fonds, provenant en l'espèce pour la plupart des crédits accordés par la banque, et ont bénéficié ainsi ensemble du soutien de la banque. Ce sont ainsi tous les créanciers du groupe qui subissent la résultante du comportement inconséquent de la banque. Dans ces circonstances, l'exigence de la caractérisation de la faute de la banque à l'égard de chacune des personnes soumises à la même procédure n'est pas en totale adéquation avec la réalité.

Si, en l'espèce, comme le fait remarquer P. Pétel¹, la faute de la banque n'a pu être retenue pour caractériser le soutien abusif du groupe de sociétés soumis à une procédure unique, cela ne signifie pas pour autant que la responsabilité de la banque ne

¹ P. PETEL, chron. préc.

peut être mise en œuvre. Il reste en effet la possibilité de démontrer un lien de causalité. En raison des flux de capitaux anormaux existant avec les autres membres du groupe qui sont à l'origine de la confusion des patrimoines, il suffit d'établir que la faute commise à l'égard de l'une des sociétés a permis le soutien de

l'intégralité de la situation financière du groupe qui était mise à mal. Dans ce cas, l'article 1382 du Code civil est applicable puisqu'une faute, un dommage et un lien de causalité entre les deux sont établis et, ce, sans recourir à la démonstration de la faute à l'égard de chaque membre du groupe.

PROCÉDURE CIVILE

Marc TOUILLIER

• Le déroulement du procès civil : Les incidents d'instance.

Civ. 2^{ème}, 3 juillet 2008, n° 07-16.130, FS-P+B ; Soc., 9 juillet 2008, n° 07-60.468, FS-P+B ; Civ. 2^{ème}, 10 juillet 2008, n° 07-17.04, FS-P+B.

Trois arrêts rendus au cours du mois de juillet 2008 invitent à s'intéresser aux règles relatives au désistement, qui constitue l'un des incidents relatifs à l'extinction de l'instance.

Le premier arrêt, rendu par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation le 3 juillet 2008 (**Civ. 2^{ème}, 3 juill. 2008, n° 07-16.130, FS-P+B**), porte sur l'appréciation du motif légitime de la non-acceptation du défendeur dans le cas d'un désistement d'instance. Il s'agissait en l'espèce d'un désistement faisant suite à une demande de séparation de corps pour laquelle le mari de la demanderesse avait conclu au rejet. Les conclusions de désistement de l'épouse avaient été notifiées le 15 septembre 2005 et, après deux renvois portant son audience au 15 février 2006, le juge aux affaires familiales constata l'extinction de l'instance. L'époux décida d'interjeter appel de cette décision mais la Cour d'appel de Chambéry, saisie de l'affaire, n'a pas accueilli ses prétentions. Considérant comme illégitime le motif de son refus de l'offre de désistement, les juges du second degré ont confirmé l'extinction

de l'instance et le dessaisissement de la juridiction par un arrêt du 12 mars 2007.

Les contestations subséquentement formulées dans le pourvoi en cassation se fondaient sur l'article 396 du Code de procédure civile, qui dispose que « le juge déclare le désistement parfait si la non-acceptation du défendeur ne se fonde sur aucun motif légitime ». Opposant tour à tour, pour justifier le caractère légitime du motif de son refus, le fait qu'il avait préalablement conclu au fond¹, l'impossibilité – tenant à la nécessité de choisir un autre avocat – de prendre formellement position sur les conclusions de désistement de son épouse avant qu'il ne soit statué sur cet incident et l'erreur commise par la cour d'appel dans son appréciation du délai dont il avait bénéficié pour accepter ou refuser le désistement, le demandeur au pourvoi espérait provoquer la censure de la Haute juridiction.

Il convient de rappeler que le principe dispositif, s'il commande de

¹ En exprimant « sa volonté de voir statuer sur le bien-fondé des griefs allégués à son encontre par celle-ci [son épouse] à l'appui de sa demande en séparation de corps pour faute ».

permettre au demandeur de mettre fin à l'instance par son désistement¹, n'en demeure pas moins soumis à l'acceptation du défendeur, qui constitue la condition indispensable à la validité de cet « accord de volontés des parties »². Pour s'en convaincre, il suffit de reprendre les termes de l'article 395, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile, qui pose en principe que « le désistement d'instance n'est parfait que par l'acceptation du défendeur »³. Le même texte prend toutefois soin d'ajouter aussitôt, dans son alinéa second, que « l'acceptation n'est pas nécessaire si le défendeur n'a présenté aucune défense au fond ou fin de non recevoir au moment où le demandeur se désiste ». C'est dire que le principe d'acceptation du désistement se trouve limité dans sa portée⁴, d'autant que l'article 396 du Code de procédure civile consacre l'office du juge dans l'appréciation de la non-acceptation éventuelle du défendeur.

De cette prérogative judiciaire il est ici principalement question dans la mesure où, malgré la présence d'une défense au fond tenant au débouté de la

demande de son épouse⁵, la non-acceptation du mari défendeur n'avait pu trouver grâce auprès des juges du second degré. Celle-ci ne saurait en effet empêcher le juge de déclarer le désistement parfait si elle ne s'accompagne pas d'un motif légitime. Toute la difficulté réside donc dans le sens à donner à la notion de « motif légitime » et, en ce domaine, la jurisprudence semble privilégier une approche quelque peu casuistique, s'arrogeant ainsi le « droit d'apprécier le refus du défendeur dans ses motifs et de passer outre à celui-ci lorsque ces derniers lui paraissent insuffisamment justifiés »⁶. Pour s'en tenir à quelques illustrations, elle a pu analyser en un motif légitime de non-acceptation l'attitude du défendeur qui, après avoir conclu au débouté du demandeur alors même que ce dernier n'avait pas encore fait signifier ses conclusions de désistement assorti de réserves, a fait connaître par des conclusions additives qu'il n'accepterait qu'un désistement pur et simple⁷. Également, la Cour de cassation a pu déclarer justifié le refus du défendeur d'accepter l'acte ultérieur de désistement d'instance que lui a fait signifier le demandeur dès lors que, s'en rapportant à justice sur le principe de la demande en résolution d'une vente pour défaut du paiement d'une partie du prix et sollicitant le remboursement de sommes déjà

¹ H. CROZE, Ch. MOREL et O. FRADIN, *Procédure civile*, 4^{ème} éd., Paris, Litec, coll. « Objectif droit », 2008, n° 608.

² P. RAYNAUD, *Le désistement d'instance. Contribution à l'étude de la renonciation à un droit*, RTD civ. 1942, p. 4.

³ Le désistement d'instance se distingue en cela du désistement d'appel pour lequel l'acceptation est au contraire admise par principe au terme de l'article 401 du Code de procédure civile.

⁴ Ainsi, le maintien d'une demande au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ne constitue pas une défense au fond susceptible de faire obstacle à l'effet extinctif immédiat d'un désistement (Civ. 2^{ème}, 22 sept. 2005 : *Bull. civ.* II, n° 232).

⁵ Pour rappel, l'article 71 du Code de procédure civile énonce que « constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire ».

⁶ P. RAYNAUD, *Le désistement d'instance. Contribution à l'étude de la renonciation à un droit*, art. préc., p. 7.

⁷ Civ. 2^{ème}, 17 juill. 1974 : *Bull. civ.* II, n° 240.

payées, il a intérêt à voir statuer sur la demande initialement choisie par le demandeur¹. Inversement, lorsque le refus de l'offre de désistement ne se double pas, en sus d'une défense au fond ou d'une fin de non-recevoir, d'une manifestation extériorisée de la volonté du défendeur², il semble que le motif légitime fasse défaut et laisse place à un cas d'abus de droit³. Dès lors, les arguments avancés en l'espèce par le demandeur au pourvoi, qui tenaient pour l'essentiel à l'impossibilité dans laquelle il considérait avoir été de pouvoir prendre formellement position sur les conclusions de désistement de son épouse avant qu'il ne soit statué sur cet incident, avaient peu de chance de prospérer devant la Haute juridiction.

De façon prévisible, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par l'époux, préférant s'en remettre à l'appréciation souveraine du motif légitime de la non-acceptation du défendeur par les juges du fond tout en faisant abstraction de l'erreur relative à la durée du silence du défendeur puisqu'elle était sans portée. La Haute juridiction entérine ainsi la décision de la Cour d'appel de Chambéry qui considérait que « ce dernier avait toute possibilité de faire le choix d'un autre avocat au cours de ce délai, de préparer sa défense et de prendre utilement position, que ce silence constitutif d'une non-

acceptation ne peut être considéré que comme dilatoire et abusif, et que M. Y ne saurait arguer d'aucun motif légitime pour s'opposer au désistement alors même qu'il se bornait à conclure au débouté de Mme X et ne formait aucune demande reconventionnelle ». Ce faisant, la Cour de cassation contribue, bien qu'indirectement, à préciser les contours de la notion de « motif légitime ».

L'arrêt en date du 10 juillet 2008 (**Civ. 2^{ème}, 10 juill. 2008, n° 07-17.04, FS-P+B**) donne l'occasion à la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation d'apporter une précision utile dans le cadre d'un désistement formé au stade de l'appel. Alors que le désistement d'instance suppose en principe l'acceptation du défendeur, le désistement de l'appel n'a besoin d'être accepté que s'il contient des réserves ou si la partie à l'égard de laquelle il est fait a préalablement formé un appel incident ou une demande incidente⁴. Il en résulte que le principe en ce domaine est exactement l'inverse de celui qui gouverne le désistement d'instance : le désistement de l'appel a vocation à se passer de toute acceptation pour produire son plein effet⁵, de sorte que son efficacité est fonction de son caractère unilatéral⁶. Est-il possible d'en déduire qu'en pareille hypothèse, le désistement de l'appel n'a pas à être notifié à la partie

⁴ C. pr. civ., art. 401.

⁵ Qui est celui d'un acquiescement au jugement. L'article 403 du Code de procédure civile précise toutefois que cet acquiescement est non avenu si, postérieurement, une autre partie interjetée elle-même régulièrement appel.

⁶ S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, op. cit., n° 1347.

¹ Civ. 2^{ème}, 12 juin 1976 : *Bull. civ.* II, n° 194.

² Bien que l'article 397 du Code de procédure civile admette l'acceptation expresse comme implicite.

³ S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 29^{ème} éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis droit privé », 2008, n° 1347.

à l'égard de laquelle il est fait ? C'est tout l'intérêt de l'affaire qui fut portée à la connaissance de la Haute juridiction le 10 juillet 2008.

En l'espèce, plusieurs personnes (la société R-I, M. X et Mme Y-Z) avaient été condamnées en première instance à payer diverses sommes à leurs créanciers. La société R-I décida de se désister de son appel à l'égard des autres personnes condamnées, mais au moyen d'une lettre adressée à l'avoué de l'une d'entre elles uniquement, Mme Y-Z, dans la mesure où elle seule avait comparu, sans toutefois conclure. M. X interjeta ensuite un appel incident, au regard duquel Mme Y-Z fit de même. Le 13 septembre 2006, la Cour d'appel de Rouen déclara pourtant irrecevables leurs demandes de recours, ce que M. X et Mme Y-Z contestaient devant la Cour de cassation.

Pour faire valoir le non-respect, par les juges du second degré, des articles 400 et 401 du Code de procédure civile, le moyen du pourvoi soutenait que le désistement de l'appel, même lorsqu'il n'est pas soumis à acceptation de la partie adverse, ne met fin à l'instance qu'à partir du moment où il a été notifié à son destinataire. Dès lors, la Cour d'appel de Rouen n'avait pu déclarer irrecevables l'appel incident de M. X et, par voie de conséquence, celui formé par Mme Y-Z, alors même qu'elle avait constaté que le désistement de la société R-I avait été notifié au seul avoué constitué dans l'intérêt de Mme Y-Z.

Ainsi qu'il ressort de l'arrêt, le désistement d'appel formé par la

société R-I ne s'accompagnait d'aucune réserve et n'avait été précédé ni d'un appel ni d'une demande incidents de la part des parties à l'égard desquelles il avait été fait. Le désistement n'avait donc pas à être accepté par les parties en cause (M. X et Mme Y-Z) et emportait comme conséquence l'impossibilité pour ces dernières de former appel incident. De là à considérer qu'il n'était nullement besoin de communiquer le désistement de l'appel à ses destinataires afin justement de leur permettre de s'organiser en conséquence, il y avait un raccourci qui appelait sans doute un éclaircissement.

La Cour de cassation vient donc mettre un terme à toute ambiguïté en affirmant que « le désistement d'appel, lorsqu'il n'a pas besoin d'être accepté, produit son effet sans qu'il soit nécessaire de le notifier à la partie à l'égard de laquelle il est fait ».

Le troisième arrêt rendu à propos du désistement d'instance émane de la Chambre sociale de la Cour de cassation (**Soc., 9 juill. 2008, n° 07-60.468, FS-P+B**). La Haute juridiction revient cette fois-ci sur l'un des effets de cet incident d'instance. Au-delà de son principal effet, qui consiste à remettre les parties dans la situation où elles étaient avant le procès¹ à travers l'extinction de l'instance – et non une renonciation à l'action² – il est acquis que le désistement d'instance conduit à considérer l'interruption de la

¹ S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, op. cit., n° 1347.

² C. pr. civ., art. 398.

prescription comme non avenue. Cette dernière conséquence supporte toutefois un tempérament classiquement reconnu par la jurisprudence à partir d'une interprétation combinée des articles 2246 et 2247 du Code civil, devenus respectivement les articles 2241 et 2243 sous l'effet de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile¹. L'arrêt rendu le 9 juillet 2008 par la Chambre sociale est l'occasion de réaffirmer le particularisme du désistement motivé par l'incompétence de la juridiction saisie.

Il s'agissait à l'origine d'un usage assez « classique » du désistement d'instance en ce qu'il faisait suite à un exploit devant un tribunal incompétent. Divers organismes² avaient saisi, par requête du 25 avril 2007, le Tribunal d'instance de Montpellier d'une demande en annulation de la désignation de quatre délégués syndicaux au sein de leur unité économique et sociale. Voyant que la juridiction en question était en réalité territorialement incompétente, les demandeurs avaient décidé, le lendemain, de saisir le Tribunal d'instance de Mende de la même demande et de se désister de leur instance devant le Tribunal de Montpellier. Il se trouve cependant que la saisine du Tribunal d'instance de

Montpellier avait été effectuée le dernier jour du délai imparti par l'article L. 412-15 du Code du travail, devenu l'article L. 2143-8 du Code du travail³ depuis sa refonte par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007⁴. Dans la mesure où le Tribunal d'instance de Montpellier avait constaté le désistement le 21 mai 2007, le Tribunal de Mende a donc estimé que le désistement d'instance devait mettre un terme à l'effet interruptif de l'instance. De cette façon, le tribunal d'instance déclara les demanderessees forcloes en leur contestation, ajoutant que « l'action engagée devant le Tribunal d'instance de Montpellier n'aurait pu être considérée comme se poursuivant que par suite d'un jugement d'incompétence et de renvoi ».

Il semble toutefois que le Tribunal d'instance de Mende n'ait pas tenu compte du cas où la partie demanderesse déclare expressément se désister de son instance en raison de la saisine d'une autre juridiction pour le

³ « Les contestations relatives aux conditions de désignation des délégués syndicaux légaux ou conventionnels sont de la seule compétence du juge judiciaire. Le recours n'est recevable que s'il est introduit dans les quinze jours suivants l'accomplissement des formalités prévues au premier alinéa de l'article L. 2143-7.

Passé ce délai, la désignation est purgée de tout vice sans que l'employeur puisse soulever ultérieurement une irrégularité pour priver le délégué désigné du bénéfice des dispositions du présent chapitre.

Lorsqu'une contestation rend indispensable le recours à une mesure d'instruction, les dépenses afférentes à cette mesure sont à la charge de l'État ».

⁴ La date d'entrée en vigueur de la partie législative du Code du travail a toutefois été repoussée au 1^{er} mai 2008 par la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008.

¹ Pour un commentaire de la loi, v. not. S. AMRANI-MEKKI, *Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? À propos de la loi du 17 juin 2008*, JCP 2008, I, 160.

² La Fédération des Caisses de mutualité du Languedoc, la Caisse de mutualité sociale du Languedoc, la Caisse de mutualité sociale de l'Hérault, la Caisse de mutualité sociale du Gard, la Caisse de mutualité sociale de Lozère et l'association régionale des Caisses de mutualité sociale du Languedoc Roussillon.

même litige. Dans cette hypothèse, il n'est plus question d'un désistement « pur et simple », mais d'un désistement motivé par l'incompétence de la juridiction saisie et qui, pour cette même raison, présente la particularité de ne pas être un désistement sur le fond. Il peut dès lors paraître inopportun de faire produire son plein effet à la règle prévue par l'article 2247 ancien du Code civil¹, qui présentait l'inconvénient en l'espèce d'anéantir l'action en justice des parties demandresses par l'effet de la prescription, alors même que l'article 2246 ancien du Code civil prévoit que « la citation en justice, donnée même devant un juge incompétent, interrompt la prescription »². Seule une solution au croisement de ces deux textes pouvait finalement rendre effective l'action des demandeurs au pourvoi en permettant de faire jouer l'interruption de la

prescription. À la différence de la suspension, l'interruption efface en effet le délai de prescription acquis et fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien³.

Devant cette situation insatisfaisante, la première Chambre civile de la Cour de cassation décide, depuis longtemps déjà, que « l'interruption de la prescription ne devient non avenue que si le désistement du demandeur porte sur le fond même du droit »⁴. Ce n'est donc que dans le droit fil de cette posture que la Chambre sociale casse et annule le jugement rendu par le tribunal d'instance de Mende en considérant que « le désistement ne permet de regarder l'interruption de la prescription comme non avenue que lorsqu'il s'agit d'un désistement d'instance pur et simple [...] quand il est motivé par l'incompétence de la juridiction devant laquelle il est formulé et qu'il fait suite à la saisine d'une autre juridiction compétente pour connaître de la demande, le désistement maintient l'effet interruptif que l'article 2246 du Code civil attache à la citation en justice ».

¹ Pour rappel, ce texte prévoyait notamment que dans le cas où le demandeur se désiste de sa demande, l'interruption est regardée comme non avenue. L'article 2243 nouveau du Code civil reprend son contenu, mais d'une façon plus restrictive toutefois, en précisant que « l'interruption est non avenue si le demandeur se désiste de sa demande ou laisse périmer l'instance, ou si sa demande est définitivement rejetée » (sur ce point, v. not. L. MINIATO, *La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 rend-elle caduque la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ?*, D. 2008, p. 2952 et s.).

² L'article 2241 nouveau du Code civil prévoit en lieu et place de l'ancien contenu de ce texte que « la demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion.

³ Il en est de même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure ».

³ C. civ., art. 2231.

⁴ Civ. 1^{ère}, 12 déc. 1995 : *Bull. civ.* V, n° 456 ; rapp. Civ., 14 mars 1884, DP 1885, I, 90. La Chambre commerciale a même admis que « le désistement ne permet de regarder l'interruption de la prescription comme non avenue que lorsqu'il s'agit d'un désistement d'instance pur et simple et non quand il énonce que l'action sera reprise ultérieurement » (Com., 12 juill. 1994 : *Bull. civ.* IV, n° 266 ; *JCP G*, 1995, II, 22494, note PERDRIAU).

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION

Sophie BARDOU

SOMMAIRE

§ 1 – Panorama jurisprudentiel : informatique et libertés	341
I – Visa de la CNIL et preuve du téléchargement illégal	341
II – Société.com doit se conformer à la législation sur les données personnelles	342
§ 2 – La biométrie fait une rentrée scolaire encadrée	342

§ 1 – Panorama jurisprudentiel : informatique et libertés

I – Visa de la CNIL et preuve du téléchargement illégal

Dans deux arrêts respectivement rendus le 22 mai et le 23 juin 2008, la Cour d'appel de Rennes a annulé deux procès verbaux de la SCCP et SDRM pour avoir traité illégalement des données personnelles sans l'accord préalable de la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL).

En effet, les huissiers de justice ont procédé à la collecte, la consultation, l'enregistrement et la conservation des données lors des investigations puis à la recherche et l'identification des fournisseurs d'accès afin de déterminer l'identité du détenteur de l'adresse IP.

La cour a relevé en premier lieu que l'adresse IP relevée par les huissiers de

justice constitue une donnée personnelle au sens de l'article 2 de la loi Informatique et libertés n° 78-17 du 6 janvier 1978. Elle a relevé en second lieu que même si les huissiers de justice, agents assermentés, sont des officiers publics et ministériels, ils n'ont pas la qualité d'auxiliaires de justice leur permettant de procéder à ces investigations. Ils doivent requérir l'autorisation préalable de la CNIL pour procéder à ces traitements en vertu de l'article 25-I-3°) de la loi du 6 janvier 1978.

Le prévenu a été en conséquence relaxé des fins de poursuites.

II – Société.com doit se conformer à la législation sur les données personnelles

Dans une ordonnance de référé du 18 juin 2008, rendue par le Tribunal de Commerce de Paris, la société IIEESS a du cesser la diffusion de son logiciel dénommé « qualification pro » visant à extraire automatiquement la base de données du site d'information sur les sociétés : société.com.

En vertu de l'article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle « *Le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel.* » Le tribunal a considéré que SOCIETE SAS bénéficiait de ce statut.

La société défenderesse, IIEESS, se prévalait de l'article L. 342-3 du même code qui énonce que « *le producteur d'une base de données ne peut interdire l'extraction ou la*

réutilisation d'une partie non substantielle, appréciée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de la base, par la personne qui y a licitement accès ».

Le tribunal a rejeté l'argumentation de la société IIEESS en considérant qu' « *En donnant accès, sans son accord, gratuitement au savoir-faire de Société SAS, IIEESS fait acte de parasitisme à l'encontre de la requérante et ne peut exciper des dispositions de l'article L. 342-3 du CPI, puisqu'elle donne accès à une caractéristique substantielle qualitativement, - la fiabilité - de la base de données relative aux entreprises élaborée par Société SAS.* »

En conséquence, le tribunal a ordonné à la société IIEESS de cesser toute diffusion du logiciel litigieux sous astreinte provisoire de 5 000 euros par infraction constatée. Au surplus, la société IIEESS doit communiquer à SOCIETE ses chiffres de facturation du logiciel depuis sa mise en vente.

§ 2 – La biométrie fait une rentrée scolaire encadrée

Après l'avènement officiel du passeport biométrique en Europe, la biométrie fait sa rentrée scolaire dans certains établissements de l'hexagone. Il y a cependant un bémol à cet engouement, donné par la CNIL, concernant la reconnaissance par empreintes digitales dans les

établissements scolaires dans une décision n° 2008-178 rendue le 26 juin 2008¹.

¹ Délibération n° 2008-178 du 26 juin 2008 refusant la mise en œuvre par le lycée maritime de Boulogne – Le Portel d'un traitement de données à caractère personnel reposant sur la reconnaissance des empreintes digitales et ayant pour finalité le contrôle de l'accès des élèves et

Le débat reste vif entre les établissements désireux de faciliter le contrôle d'accès aux cantines scolaires et les parents d'élèves soucieux de la protection des données personnelles de leurs enfants. Depuis 2006 la CNIL a eu à se prononcer concernant la reconnaissance du contour de la main et a permis à certains établissements d'utiliser cette technique pour contrôler l'accès aux restaurants scolaires.

La biométrie est définie comme la « science qui étudie à l'aide des mathématiques (statistiques et probabilités) les variations biologiques à l'intérieur d'un groupe déterminé »¹ Elle se divise en plusieurs catégories selon que l'on étudie les traces génétiques (ADN, salives), le comportement ou bien l'analyse morphologique (empreintes digitales, reconnaissance du contour de la main, rétine, iris...).

La méthode la plus couramment employée en France dans le cadre de la finalité du contrôle d'accès est l'analyse morphologique (empreinte digitale et reconnaissance de la main).

Aux termes de la loi Informatique et libertés de 2004, la CNIL dispose d'un pouvoir d'autorisation expresse en matière d'installation d'outils biométriques dans les entreprises et collectivités territoriales.

Dans sa doctrine, la CNIL distingue l'usage de l'empreinte digitale de celui de la reconnaissance du contour de la main.

Concernant le traitement du contour de la main dans les cantines scolaires, il

des personnels à l'établissement (autorisation n° 1256554).

¹ Définition issue du dictionnaire Robert.

convient de se reporter à l'autorisation n°AU-009 du 27 avril 2006² par laquelle la CNIL délimite strictement les données devant être prélevées, enregistrées et conservées.

La technologie de reconnaissance du contour de la main est une technologie sans traces, ce qui signifie que seul le gabarit du contour de la main sera temporairement enregistré pour être comparé lors du contrôle d'accès. Cette technologie présente moins de risques que celle de reconnaissance par empreintes digitales.

La CNIL estime que l'empreinte digitale est une biométrie laissant des traces, celles-ci constituent des données personnelles, uniques et immuables pour chaque individu.

En effet, les individus déposent quotidiennement leurs empreintes dans divers lieux tant privés que publics, et ces empreintes restent les mêmes tout au long de la vie ; le risque de falsification étant envisageable, il convient de limiter la propagation de fichiers contenant ces données personnelles.

À ce titre, ces empreintes ne peuvent être prélevées que s'il est justifié d'un impératif de sécurité suffisant et si les critères de finalité, proportionnalité, sécurité et information des personnes concernées sont respectés.

C'est en ce sens que la CNIL a refusé la demande d'autorisation

² JO n°138 du 16 juin 2006.

préalable du lycée maritime de Boulogne de mettre en place un système de reconnaissance d'empreintes digitales consistant à contrôler l'accès à l'établissement.

Pour fonder sa décision, la CNIL considère que « *la constitution de bases de données d'empreintes digitales ne peut être admise que dans certaines circonstances particulières où l'exigence d'identification des personnes résulte d'un fort impératif de sécurité, conformément aux dispositions de l'article 6-3° de la loi du 6 janvier 1978 modifiée.* »

Elle a estimé que ce dispositif était disproportionné et excessif aux regards des objectifs visés par l'établissement. Elle a ajouté qu'un simple dispositif à carte permettrait d'obtenir le même résultat sans avoir à collecter de données personnelles.

L'usage d'outils biométriques tendrait à se généraliser en France si la CNIL n'intervenait pas avec la sagesse qui la caractérise. C'est dans un souci constant de protection des données des citoyens que la biométrie doit évoluer. Le progrès technologique doit être au service de l'Homme mais ne doit pas conduire à amoindrir ses libertés. Même si l'attrait de cette technologie est grand car elle permet une identification rapide et peu coûteuse, il ne faut pas oublier qu'elle peut aussi permettre la collecte et la conservation de données personnelles uniques et immuables comme c'est le cas avec les empreintes digitales.

C'est dans cet état d'esprit que la question de David Baltimore prend tout son sens : « Serons-nous capables de choisir les éléments de la technologie qui améliorent la qualité de vie et d'éviter ceux qui la détériorent ? »¹.

¹ David BALTIMORE est un biologiste américain né en 1938. Cette citation provient d'un numéro spécial de *Libération* – À quoi pensez-vous ?

LE POURVOI EN CASSATION

Touria AÏT-HELLAL

Le jugement une fois prononcé peut ne pas satisfaire au moins l'une des parties à l'instance. Aussi cette dernière se voit-elle offrir la possibilité de contester ce jugement pour que la question de droit soulevée lors du litige soit à nouveau tranchée. Les voies de recours mettent en œuvre cette faculté de contestation régie par les articles 527 à 639 du Code de procédure civile (CPC) qui exposent les principales modalités de recours. En effet, d'autres dispositions du CPC prévoient des « recours innommés » qui peuvent également servir à critiquer les jugements rendus (le contredit de compétence, articles 80 à 91 ; le recours en complément, articles 463 et 1475, al 2...) et qui n'intéresseront pas l'exposé suivant.

La *summa divisio* en matière de recours est posée par l'article 527 CPC qui précise que les voies ordinaires de recours sont l'appel et l'opposition, et que les voies extraordinaires de recours sont la tierce opposition, le recours en révision et le pourvoi en cassation. Cette distinction entre voies ordinaires et voies extraordinaires s'explique tout simplement par le fait que les premières existent dans tous les cas où la loi n'en dispose pas autrement quand les dernières ne sont ouvertes que dans les cas spécifiés par la loi et seulement si les voies ordinaires ont été épuisées.

Nous n'étudierons ici que le pourvoi en cassation, recours roi s'il en est puisque déféré à la plus haute juridiction judiciaire française, celle dont les arrêts sont attendus et décortiqués à l'aide de raffinements intellectuels donnant parfois le vertige. Par ailleurs, la singularité de cette voie de recours s'apprécie au regard de son objet puisqu'elle n'a pas d'effet dévolutif, c'est-à-dire qu'elle ne met pas en cause la chose jugée pour que le litige soit à nouveau tranché en fait et en droit : le recours en cassation tend seulement à la censure du jugement non conforme aux règles de droit normalement applicables aux faits litigieux (art. 604 CPC) et apparaît ainsi comme une voie d'annulation. C'est alors à cette aura que nous succomberons également pour envisager, trop succinctement peut-être, les modalités de l'ouverture à cassation (I) puis l'effet du recours et de l'arrêt rendu (II).

I – L'ouverture à cassation

L'exercice du pourvoi en cassation suppose la réunion de conditions relatives à l'auteur (A) et à l'objet (B) du pourvoi, ainsi que l'allégation d'une cause le justifiant (C).

A – Les conditions relatives à l’auteur du pourvoi

Le pourvoi en cassation n’est donc que le contrôle exercé sur le raisonnement juridique mené par les juges du fond : il ne met pas tant en cause le bien-fondé des prétentions émises par les parties que la légalité de la solution retenue par le juge. Cette particularité procédurale se manifeste dans la qualité des auteurs possibles de pourvois.

Il existe tout d’abord le pourvoi ordinaire des parties au jugement critiqué. L’on pense tout d’abord aux parties elles-mêmes, personnes privées, physiques ou morales, représentées ou non, qui ont formulé une prétention devant les juges du fond qui ont rendu la décision à laquelle elles n’ont pas acquiescé. Mais il faut penser également au pourvoi ordinaire que peut exercer le Ministère public quand il avait la qualité de partie principale à la décision en cause. Alors tout comme l’intervenant accessoire au fond ne peut se pourvoir en cassation (sauf si une partie principale forme un pourvoi), le Ministère public ne peut pas plus se pourvoir s’il n’était que partie jointe. Il faut comprendre cette restriction des auteurs possibles de pourvoi par le fait que ce recours n’ayant pas pour autre motif la critique de l’application du droit objectif, et non pas tant une réévaluation des droits subjectifs, l’on voit mal ce qu’un tiers absolu au litige pourrait revendiquer.

Par ailleurs, il faut faire état des pourvois spéciaux ouverts au Ministère public, et plus précisément au Procureur Général près la Cour de

cassation. En effet, l’intérêt général étant le plus souvent affecté lorsqu’une décision de justice est entachée d’illégalité, la loi est intervenue à deux reprises pour habiliter le Procureur Général près la Cour de cassation à saisir cette dernière en dehors des hypothèses où il est partie principale à la décision en cause. La loi du 3 juillet 1967 l’autorise ainsi à former un pourvoi dans l’intérêt de la loi contre toute « décision contraire aux lois, aux règlements et aux formes de procéder ». Cette même loi lui permet également de soumettre à la Cour de cassation tous les actes par lesquels les juges du fond ont excédé leurs pouvoirs, la particularité étant que ce pourvoi pour excès de pouvoir ne peut se faire que sur prescription du garde des Sceaux. Nous verrons plus précisément ces causes de pourvoi dans la partie dévolue à celles-ci.

B – Les conditions relatives à l’objet du pourvoi

L’article 605 CPC énonce que « le pourvoi en cassation n’est ouvert qu’à l’encontre de jugements rendus en dernier ressort ». Seules sont donc visées les décisions à caractère juridictionnel, c’est-à-dire celles tranchant une contestation au terme d’une appréciation en droit des prétentions des parties opérée par un juge. Ce qui n’exclut pas les décisions gracieuses qui procèdent bien d’un raisonnement judiciaire. Au surplus, il faut que ces décisions juridictionnelles aient été rendues en dernier ressort. Il faut entendre par là tous les jugements par lesquels le juge épuise sa saisine par rapport à la question litigieuse qui lui a été soumise, même si le litige se

poursuit encore sur le fond. Concrètement, le pourvoi en cassation est possible contre les arrêts d'appel et contre les jugements de première instance rendus en premier et dernier ressort.

Soulevons ici les deux exceptions qui frappent ce principe de la nécessité d'un jugement rendu en dernier ressort. Première exception déjà entraperçue, celle qui résulte des deux pourvois extraordinaires offerts au Ministère public par la loi de 1967 : le pourvoi dans l'intérêt de la loi est possible contre une décision non rendue en dernier ressort, le pourvoi pour excès de pouvoir est possible contre un acte et non pas seulement contre une décision. Seconde exception, les parties à l'instance peuvent se pourvoir contre une décision non rendue en dernier ressort mais qui serait inconciliable avec une autre décision. Ce pourvoi pour contrariété de décisions sera lui aussi étudié au sujet des causes du pourvoi.

C – Les causes du pourvoi

Le pourvoi exercé auprès de la Cour de cassation suppose un grief adressé au jugement critiqué et prévu par la loi. Différents griefs sont ainsi recevables par la juridiction judiciaire suprême et portent le nom de moyens de cassation. Ces moyens peuvent être classés selon deux catégories.

Il appartient à la Cour de cassation de vérifier la conformité des décisions de justice aux règles de droit, c'est-à-dire aux textes ayant le caractère obligatoire de la loi, ce qui englobe aussi bien les traités, que les contrats

liant les parties (puisqu'ils « tiennent lieu de loi » aux parties, art. 1134 du Code civil), que les lois étrangères ou les actes réglementaires. Ceci excluant donc les circulaires dépourvues de caractère réglementaire et les usages n'ayant pas force de coutume. Ainsi, la Haute Juridiction ne peut connaître que des considérations de droit par opposition aux éléments de pur fait, ce qui implique que le demandeur au pourvoi ne puisse dénoncer que les seules erreurs de droit commises par les juges du fond.

Cependant, la Cour de cassation ne peut sanctionner la transgression de la règle de droit que si elle a été mise en mesure de la déceler. Or, si les juridictions du fond ne désignent pas dans leurs décisions les motifs de droit utilisés et à même de s'assurer que la règle de droit appropriée a été respectée ou au contraire méconnue, elle n'est donc pas en mesure d'opérer son contrôle de légalité.

Ces deux aspects renvoient ainsi à deux grandes catégories de moyens de cassation : la Cour de cassation peut être confrontée à une transgression directe de la règle de droit (1) ou à une présentation incomplète de ses conditions d'application (2). Marginalement, il faut évoquer deux autres moyens moins fréquemment allégués, la perte de fondement juridique (3) et la contrariété de décision (4). Enfin, il s'agit d'étudier les moyens de cassation mis à la disposition du Ministère public par la loi du 3 juillet 1967 (5).

1 – La transgression directe de la règle de droit

Cette catégorie renvoie à trois moyens :

α) la violation de la loi, qui peut revêtir trois formes :

- *violation de la loi par fausse qualification des faits* : quand le juge n'a pas correctement qualifié les faits soumis à son examen. Pour autant, il faut souligner que la Cour de cassation ne contrôle pas toutes les qualifications juridiques apposées sur certains faits dès lors qu'elle considère que certains faits supposent un examen très concret des circonstances particulières au litige et/ou une appréciation d'éléments d'ordre psychologique. Ces faits sont alors confiés au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, insusceptible de contrôle.

- *violation de la loi par fausse application de la règle retenue ou par refus d'application de la règle adéquate* : lorsque le juge n'a pas su appliquer la règle de droit qui s'imposait.

- *violation de la loi par fausse interprétation de la loi* :

▪ soit lorsque la règle de droit était ambiguë et que le juge du fond n'en a pas dégagé le sens que la Cour de cassation considère qu'il convenait de lui donner. Ceci étant, lorsque le sens de la règle de droit est obscur, imprécis ou prêté à controverse, la Cour de cassation abandonne au pouvoir souverain d'interprétation des juges du fond le soin d'éclaircir la règle en question (art. 1156 et suivants du Code

civil s'agissant des contrats), éclaircissement qu'elle ne contrôle dès lors pas.

▪ soit lorsque la règle de droit était claire et précise mais que le juge du fond lui a néanmoins attribué un sens contraire. La Cour de cassation opère ici précisément un contrôle de la dénaturation, constituée quand les juges ont inexactement reproduit les termes clairs et précis d'une norme de droit écrite ou quand ils en ont méconnu la portée.

β) le vice de forme, qui sanctionne le défaut des mentions obligatoires dans un jugement. L'article 458 CPC impose la présence d'un certain nombre de mentions et de signatures dans toute décision de justice, à peine de nullité. Il en est ainsi du nom des magistrats ayant présidé à l'audience (art. 447 et 454 CPC), de la signature d'un magistrat ayant participé au délibéré (art. 456 CPC).

La rigueur de la Cour de cassation est variable en fonction des vices de forme invoqués. Si le défaut de mention du nom des juges est un vice de nullité qui ne peut jamais être réparé, il est des cas où la Haute Juridiction fait preuve de plus de souplesse, notamment en posant des présomptions de régularité. À ce titre, à défaut d'indication contraire, il y a présomption que la signature apposée sur une décision est celle du magistrat qui a présidé aux débats et aux délibérés. De même, lorsque la décision indique le nom des magistrats devant lesquels la cause a été débattue et fait simplement état de la tenue du délibéré, il y a présomption que les

magistrats qui ont délibéré sont ceux qui ont assisté aux débats.

Il n'est pas besoin d'un cursus universitaire exceptionnel pour comprendre que ces vices de forme sanctionnent la méconnaissance des règles de... forme, laquelle méconnaissance ne porte pas forcément atteinte au fond du litige. Pourtant, l'article 458 CPC évoque un autre vice de forme mais qui a la particularité d'intéresser aussi le fond du droit. L'article 458 vise en effet l'article 455 qui fonde la cassation pour défaut de motifs qui affecte la partie de la décision normalement consacrée à la résolution du litige. En raison de cette double portée (forme et fond), nous étudierons ce moyen de cassation ci-après, dans le cadre des moyens relatifs à une présentation incomplète des conditions d'application de la règle de droit.

γ) l'excès de pouvoir : initialement destiné à sanctionner l'empiètement du juge sur les pouvoirs législatif et exécutif, l'excès de pouvoir est retenu aujourd'hui dans les hypothèses où le juge a transgressé une règle d'ordre public délimitant ses fonctions.

Il en va ainsi lorsque le juge ne remplit pas sa fonction de *jurisdictio*, soit qu'il se rende coupable d'un déni de justice (article 4 Code civil ; on parle alors d'excès de pouvoir négatif), soit qu'il commette une voie de fait, soit enfin, qu'il se comporte comme un législateur ou un administrateur. Parallèlement, la même sanction est encourue quand le juge se veut trop juge, c'est-à-dire lorsqu'il sort du cadre de ses fonctions en prenant une mesure qui relève normalement de la

compétence d'un autre juge ou en sortant du champ d'appréciation qui lui est assigné pour empiéter sur celui dévolu à un autre (soit un Premier Président d'une Cour d'appel saisi d'une demande d'arrêt de l'exécution provisoire et qui ne peut donc se prononcer sur le fond).

Enfin, il faut mentionner la jurisprudence née de l'audace de la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui, voulant atténuer la rigueur des multiples interdictions en matière de voie de recours édictées par la loi du 25 janvier 1985, a jugé qu'« aucune disposition ne peut interdire de faire constater la nullité d'une décision entachée d'excès de pouvoir » ou « rendue en violation d'un principe essentiel de procédure ». La Chambre commerciale a ainsi assimilé excès de pouvoir et violation d'un principe fondamental de procédure. La vertu de ce procédé est de permettre de contourner l'interdiction de principe d'exercer une voie de recours par la démonstration d'une transgression du principe du contradictoire, du principe d'intangibilité de l'objet du litige ou du droit à un tribunal impartial sous les auspices de l'article 6§1 de la CESDH. Cette extension n'a cependant pas été bien accueillie par la première Chambre civile dont la résistance a conduit à la réunion d'une chambre mixte qui a jugé le 28 janvier 2005 que la violation du principe du contradictoire ne constituait pas un excès de pouvoir. Cela implique que malgré son importance, le principe du contradictoire, qui demeure un principe essentiel de la procédure, ne peut dès lors qu'il est méconnu lever l'interdiction éventuelle du recours en

cassation. Aussi semble-t-il désormais qu'il faille admettre que seule la méconnaissance d'un principe fondamental de la procédure caractérisant en elle-même un excès de pouvoir est susceptible d'ouvrir droit à cassation si cette voie de recours est prohibée. L'exemple en est du principe de l'effet dévolutif de l'appel, lorsque par exemple les juges d'appel ont statué alors que la dévolution ne s'était pas réalisée (ainsi en est-il des décisions d'appel au fond alors même que l'appel avait été déclaré irrecevable). Au final, il apparaît que l'excès de pouvoir est encore une catégorie en pleine évolution.

2 – La présentation incomplète des conditions d'application de la règle de droit :

Sont ici rangés deux moyens :

α) le défaut de base légale : chaque étape du raisonnement du juge doit se faire conformément aux règles de droit, que ce soit au moment de la vérification des faits allégués par les parties, au moment de la qualification des faits prouvés ou au prononcé de la décision. Si une de ces étapes manque ou s'avère insuffisante, la décision est censurée dès lors qu'elle ne permet pas à la Cour de cassation de s'assurer de sa légalité.

Ainsi, au stade de la vérification des faits, le juge offre sa décision à la censure s'il se contente de relever l'existence d'un fait hypothétique ou douteux mais dont il aura tiré des conséquences juridiques, de même s'il considère comme établi un fait contesté sans le soumettre à contrôle.

Lors de la qualification juridique des faits, si le juge ne justifie pas la qualification qu'il retient au vu des faits de l'espèce, sa décision encourt la cassation.

Enfin, lors du prononcé de la décision, le juge peut omettre de préciser la règle de droit sur le fondement de laquelle il a tranché le litige ou de caractériser toutes les conditions juridiques d'application d'une norme, ouvrant alors droit à un pourvoi en cassation.

β) le défaut de motif : sanctionné au titre des vices de forme de l'article 458 CPC (voir plus haut), le défaut de motif peut être étudié au titre de la présentation incomplète des règles de droit puisqu'il caractérise la carence du juge du fond dans la présentation des conditions d'application de la norme de droit qui avait vocation à régir la cause.

Cela vise les cas d'absence totale de motivation sur le point litigieux, où le juge est passé de la présentation des faits et de l'exposé des parties à l'énonciation du dispositif, sans préciser le pourquoi de ce dispositif.

Le défaut de motif existe aussi en cas de motivation contradictoire : le juge du fait a énoncé une chose et son contraire avant de trancher, énonciations qui s'annulent l'une l'autre et qui privent ainsi la décision de tout motif. Il faut préciser toutefois que cela ne vaut que pour la contradiction entre deux motifs de fait.

Enfin, le défaut de réponse à conclusion peut être constitutif d'un défaut de motif. Il s'agit du cas où le

juge n'a pas examiné certains faits invoqués avec preuves à l'appui par la partie intéressée qui leur attribuait des faits juridiques dont elle veut qu'ils soient reconnus par la Haute Juridiction. En l'absence de telles preuves, ces faits ne sont plus que des allégations, et en l'absence de déduction juridique tirée de ces faits, il ne s'agit plus que d'un argument et non pas d'un moyen, alors il n'y a pas de conclusions par lesquelles le juge aurait pu être tenu. Précisons par ailleurs qu'est entaché d'un défaut de réponse à conclusion l'arrêt qui ne répond pas aux motifs du jugement de première instance dont la confirmation était demandée.

3 – La perte de fondement juridique :

Ici, on ne saurait rien reprocher au juge de fond puisque la cause de cassation est apparue postérieurement au prononcé de la décision attaquée, soit qu'une loi nouvelle, applicable aux affaires pendantes devant la Cour de cassation, fût venue modifier les règles applicables au litige opposant les parties, soit que la décision attaquée résultât d'un acte finalement annulé.

4 – La contrariété de jugement :

L'article 618 CPC autorise l'accès au pourvoi dans des hypothèses où malgré l'existence de deux décisions contradictoires, cette voie est normalement fermée. Il faut ainsi être en présence de deux décisions inconciliables, c'est-à-dire impossibles à mettre à exécution simultanément, peu important qu'elles n'aient pas été rendues en dernier ressort pourvu

qu'aucune d'entre elles ne soit susceptible d'un recours ordinaire, soit deux tempéraments contraires aux règles normales du pourvoi en cassation. Autre écart par rapport au droit commun, il est indifférent que l'une des deux décisions ait déjà fait l'objet d'un pourvoi et que ce dernier ait été rejeté par la Cour de cassation. Ces conditions remplies, le pourvoi pour contrariété de jugement doit obligatoirement être dirigé contre les deux décisions inconciliables. Alors la Cour de cassation pourra annuler l'une des décisions ou les deux, auquel cas l'affaire sera renvoyée devant une juridiction de renvoi unique chargée de statuer à nouveau sur l'entier litige.

5 – Les pourvois diligentés par le Ministère public :

En-dehors des cas strictement délimités d'ouverture du pourvoi en cassation vus ci-avant, il est des situations où un pourvoi pourra être diligenté par le Procureur Général près la Cour de cassation. L'intérêt général étant affecté par le prononcé d'une décision de justice, le Ministère public est naturellement chargé de veiller au respect de la loi par les juridictions, indépendamment des droits et intérêts des parties à l'instance.

À cet effet, il lui est offert la possibilité de former un pourvoi dans l'intérêt de la loi, conformément à l'article 17 de la loi du 3 juillet 1967, quand la décision devenue litigieuse est contraire aux lois et règlements. Le Procureur Général près la Cour de cassation palliera ainsi les carences des parties qui n'auront pas soumis cette décision à la censure de la Cour de

cassation, le plus souvent parce que cette décision leur sied. L'exemple le plus connu est celui de l'arrêt d'Assemblée plénière rendu le 31 mai 1991 censurant un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait admis la pratique des mères porteuses. L'Assemblée plénière fut alors saisie par le Ministère public pour se prononcer sur la conformité de cet arrêt à la loi. Revenant au texte de la loi, l'Assemblée plénière cassa l'arrêt d'appel.

Au surplus, l'article 18 de ladite loi de 1967 autorise le Ministère public à former un pourvoi pour excès de pouvoir contre tous les actes par lesquels les juges excèderaient leurs pouvoirs, même si les parties ont entre temps exercé elles-mêmes un pourvoi sur un autre fondement. Le Ministère public agissant sur prescription du Garde des Sceaux, assure alors ainsi une sorte de police interne des juridictions au nom de l'intérêt général. Mais la singularité du procès réapparaît ici. Puisque les intérêts particuliers des plaideurs sont en jeu, le Ministère public les invitera à présenter leurs observations sans représentation obligatoire par avocat.

Après ce bref aperçu des conditions d'exercice du pourvoi en cassation, il reste à envisager les conséquences de la mise en œuvre d'un tel recours dont le caractère exceptionnel se manifeste à travers ses effets.

II – Les effets du pourvoi en cassation

Le pourvoi en cassation est un recours extraordinaire, ce qui s'observe aussi bien au travers des effets de l'introduction du pourvoi (A) que des effets de l'arrêt rendu par la Cour de cassation (B).

A – L'effet de l'introduction du pourvoi

L'introduction d'un pourvoi emporte trois effets juridiques principaux.

L'article 621 CPC interdit l'exercice de deux pourvois successifs contre la même décision par la même partie agissant en même qualité. Plus précisément, cette prohibition de réitération signifie que la seule introduction d'un recours en cassation empêche la formation d'un second pourvoi, même avant le prononcé de son arrêt par la Cour de cassation. Selon la jurisprudence constante, « pourvoi sur pourvoi ne vaut ». Par exception, cette prohibition de réitération ne s'applique pas lorsque le premier pourvoi a été introduit avant l'ouverture de la voie de cassation. Au surplus, est possible une réitération du pourvoi pour le régulariser au cas où il serait affecté d'une erreur purement matérielle ou d'une erreur provoquée par les mentions erronées d'une notification faite par le greffe, ou tout autre cause d'irrégularité tant que la forclusion n'est pas intervenue.

Le pourvoi en cassation étant une voie de recours extraordinaire, il est

dépourvu d'effet suspensif (art. 579 CPC) : le pourvoi en cassation, pas plus que le délai pour l'exercer, ne suspendent l'exécution de la décision attaquée. D'ailleurs, celui qui n'exécute pas ladite décision s'expose au risque de la voir retirée du rôle et son examen reporté au jour où le demandeur au pourvoi pourra justifier d'une exécution effective de la décision qu'il attaque avant épuisement du délai de péremption (art. 1009-1 CPC). Cependant, il existe des exceptions à ce principe d'absence d'effet suspensif édictées par la loi (en matière de nationalité, de déclaration d'absence, de divorce...). Par ailleurs, les juges disposent de certaines prérogatives qui aboutissent *in fine* à retarder ou à faire obstacle à l'exécution de la décision attaquée. En effet, certains magistrats peuvent accorder des délais de grâce (art. 510 CPC pour le juge des référés, art. 1244-1 pour le juge de l'exécution), empêchant ainsi le bénéficiaire de cette décision à exécution différée de demander le retrait du rôle de la Cour de cassation du pourvoi formé par l'adversaire qui n'aurait pas exécuté la décision. De même, le premier Président de la Cour de cassation disposant du pouvoir de refuser de retirer du rôle de la Cour de cassation un pourvoi formé par une partie n'ayant pas exécuté la décision attaquée mais justifiant de conséquences manifestement excessives qu'une telle exécution pourrait entraîner (art. 1009-1 CPC), une ordonnance privera alors le bénéficiaire de la décision en cause d'un moyen d'obliger son adversaire, soucieux de voir son pourvoi examiné, à exécuter les condamnations prononcées contre lui.

Enfin, le pourvoi en cassation n'a point d'effet dévolutif : le juge de cassation saisi n'a pas connaissance de l'entier litige en droit et en fait, mais seulement en droit. Ainsi, la Cour de cassation ne saurait recevoir de nouvelles pièces ou preuves, ne saurait apprécier des faits soulevés pour la première fois devant elle. Il faut préciser que cette règle n'interdit pas de soulever des moyens de droit nouveaux devant la juridiction suprême (art. 619 CPC), puisque ce genre de moyen est soit celui qui est révélé par la décision attaquée, soit celui qui ne met en jeu aucun élément de fait non visé par ladite décision ou non examiné par les juges du fond.

Une fois le pourvoi introduit, il appartient à la Cour de cassation d'instruire celui-ci pour se prononcer sur ses mérites, sur sa recevabilité. À l'issue de cette instruction, le pourvoi peut être renvoyé à l'examen de l'audience de la chambre compétente, laquelle chambre alors statuera et rendra un arrêt dont la diversité des formes commande d'étudier les effets.

B – L'effet de l'arrêt de la Cour de cassation

Au terme de son examen de la conformité au droit de la décision attaquée, la Cour de cassation est susceptible de rendre deux types d'arrêts aux effets distincts, des arrêts de rejet (1) ou de cassation (2). Ce diptyque bien connu ne doit pas faire oublier le particularisme des pourvois susceptibles d'être exercés par le Parquet (3).

1 – Les arrêts de rejet

Les arrêts de rejet appartiennent à cette catégorie d'arrêts ne prononçant pas une cassation et qui englobe également les arrêts déclarant le pourvoi non admis (à l'issue de l'instruction, si le pourvoi est manifestement irrecevable ou non fondé sur un moyen sérieux de cassation), prononçant son irrecevabilité, sa déchéance, ou constatant le désistement d'une partie. L'ensemble de ces arrêts ne faisant pas droit à la demande de l'auteur du pourvoi ont la même conséquence, rendre la décision attaquée irrévocable, insusceptible de nouvelles critiques. Pour être parfaitement exhaustif, il existe encore un type de pourvoi ne prononçant pas la cassation mais qui ne rend pas la décision attaquée irrecevable, il s'agit de l'arrêt prononçant un non-lieu à statuer (ce qui est le cas lorsque la décision attaquée a été annulée avant l'examen du pourvoi qui se retrouve ainsi sans objet).

Reste alors à étudier l'arrêt de rejet au sens strict, celui par lequel la Cour de cassation après examen des moyens, estime que ceux-ci ne sont pas fondés en droit et qu'il n'y a donc pas lieu de censurer la décision attaquée. Ainsi, le rejet du pourvoi peut être fondé sur l'irrecevabilité du moyen parce que nouveau, sur l'inopérance du moyen parce que portant sur un motif surabondant de la décision attaquée (hypothèse où la décision du fond est justifiée par plusieurs motifs mais que seul l'un d'eux est critiqué par le demandeur au pourvoi ; bien que ce motif soit erroné en droit, les autres motifs ne l'étant pas, ces derniers

suffisent à justifier pleinement la décision attaquée, rendant alors le seul motif critiqué par le demandeur surabondant et le moyen de cassation fondé sur celui-ci inopérant) ou sur l'inopportunité du moyen en ce qu'il est insusceptible d'entraîner une cassation alors même que la décision litigieuse était juridiquement critiquable (sauf à la Cour de pallier le manque de pertinence du moyen invoqué en relevant d'office des moyens de pur droit).

Une fois le rejet du pourvoi prononcé, la décision attaquée de définitive (insusceptible de recours ordinaire) devient irrévocable. Le demandeur ne peut plus exercer de recours, ni former un nouveau pourvoi contre l'arrêt de rejet.

Cependant, il faut mettre en lumière la possibilité d'un recours en révision (art. 593 CPC) contre la décision attaquée même (et non contre l'arrêt de rejet) dans les deux mois de la découverte de la cause susceptible de donner droit à révision et visée de manière limitative à l'article 595 CPC.

Pareillement, il faut évoquer la procédure du rabat d'arrêt. La requête en rabat d'arrêt n'est pas tant un recours contre l'arrêt de rejet qu'une technique aboutissant à l'anéantissement de l'arrêt de rejet et ainsi à un nouvel examen du pourvoi. Cela n'est cependant possible qu'en cas d'erreur de procédure, et certainement pas de droit, exclusivement imputable à la Cour de cassation. L'exemple en est de la situation où la Cour aurait rendu son arrêt de rejet sans examiner le mémoire ampliatif de l'une des parties car celui-

ci n'aurait pas été classé dans le dossier par les services de la Cour. Une fois cette erreur prouvée, ce qui est relativement difficile, la Cour rend un arrêt de rabat qui autorise le réexamen du pourvoi, réexamen à l'issue duquel la juridiction suprême peut très bien statuer dans un tout autre sens.

2 – Les arrêts de cassation

Contrairement à une cour d'appel ou au Conseil d'Etat, la Cour de cassation ne bénéficie pas du pouvoir d'évocation, lui permettant de statuer sur des points non jugés au fond et de substituer sa décision à celle qu'elle annule. Aussi se doit-elle de renvoyer à une juridiction du fond l'examen de l'affaire dont la décision a été cassée par ses soins. Cependant, il est des hypothèses où la Cour de cassation peut prononcer une cassation sans renvoi, par exception. Deux cas qu'il convient d'étudier successivement.

Le principe est au prononcé de la cassation avec renvoi. Cette cassation remplace les parties dans l'état juridique où elles se trouvaient avant le jugement cassé qui de ce fait n'a plus aucune valeur et n'a pas à être exécuté. Ainsi, la partie qui avait obtenu l'exécution de la décision cassée est tenue à restitution dès que l'arrêt de cassation lui aura été signifié, date de départ également des intérêts légaux.

Le renvoi est opéré devant la même juridiction auteur de la décision attaquée mais composée de magistrats différents, ou devant une autre juridiction de même nature. Cette juridiction de renvoi peut statuer conformément à la solution avancée

par la Cour de cassation, auquel cas l'affaire s'arrête là, ou persister dans le sens adopté par la décision cassée. Alors un nouveau recours en cassation est autorisé, cette fois devant la formation solennelle de la Cour de cassation, l'Assemblée plénière. Si celle-ci prononce à son tour une cassation avec renvoi, la juridiction dite de second renvoi doit se soumettre à la décision de l'Assemblée plénière.

L'exception est au prononcé de la cassation sans renvoi, qui remplace également les parties dans leur situation antérieure à la décision cassée et qui est possible dans deux hypothèses (art. 627 CPC) : lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit de nouveau statué sur le fond ou lorsqu'un litige demeure sur le fond après la cassation mais que la Cour de cassation est en mesure d'y mettre par elle-même un terme parce que les faits, tels que constatés et appréciés par la décision attaquée, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée. Cette dernière situation est celle où la Cour de cassation relève un moyen de pur droit. Il va sans dire qu'en mettant en œuvre une telle possibilité, la Cour de cassation ne se transforme pas en troisième degré de juridiction puisqu'elle n'apprécie pas différemment les faits de l'espèce que les juges du fond, même si, dans le fond, elle tranche le litige. L'avantage certain de célérité que les plaideurs y trouvent est alors tempéré par l'inconvénient d'obtenir une solution insusceptible de recours.

Dans tous les cas, la cassation peut-être totale ou partielle. Si elle est partielle, certains chefs non critiqués de

la décision pourtant censurée, s'ils sont dissociables de l'ensemble, peuvent être maintenus en dépit de la cassation. Seul le chef critiqué et ceux qui lui sont indivisibles seront remis en cause par la cassation, les autres chefs de la décision cassée conservent leur force de chose jugée. Ainsi, en cas de cassation sans renvoi partielle, l'affaire ne sera renvoyée devant les juges du fond que pour qu'il soit statué sur les autres chefs non critiqués du dispositif.

3 – Le particularisme des pourvois diligents par le Ministère public

Le pourvoi dans l'intérêt de la loi exercé par le Ministère public, comme son nom l'indique, est exclusivement formé dans l'intérêt de la loi, donc les parties n'ont pas vocation à intervenir à la procédure (d'autant plus que le Procureur Général près la Cour de cassation n'agit alors qu'en cas d'inaction des parties dans les délais de formation d'un pourvoi ou quand les parties ont exécuté l'arrêt de cassation) et ne souffriront pas des conséquences de l'éventuelle cassation prononcée, laquelle cassation se fait sans renvoi.

Le pourvoi pour excès de pouvoir est exercé par le Ministère public à la fois dans l'intérêt général et dans l'intérêt des parties. Aussi, la cassation susceptible d'être prononcée vaudra à l'égard de tous. Il est à noter que la Cour Européenne des Droits de l'homme a jugé le 28 octobre 1999 que l'annulation à la demande du Procureur Général d'une décision judiciaire

irrévocable et exécutée méconnaît le droit à un procès équitable, eu égard au principe de sécurité juridique qui veut, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit pas remise en cause. À la lumière de cet arrêt de la Cour de Strasbourg, certains s'interrogent sur le devenir de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1967.

Voici en quelques lignes, qui ne tariront pas la soif des amoureux de la procédure mais qui offrent un cadre d'étude pour qui veut se lancer dans l'exploration des voies de recours, le dessin grossier des conditions et effets du passage devant la Cour de cassation. Au sommet de la hiérarchie juridictionnelle judiciaire, la Cour de cassation a pour mission d'assurer l'unification de la jurisprudence, mission d'importance qui exige la rigueur spéculaire de la procédure mise en œuvre devant elle. La rigidité des modes d'accès à la juridiction suprême n'est pas à réprocher comme facéties techniques de juristes masochistes mais à apprécier comme moyen d'amélioration du droit et des comportements¹.

¹ Pour davantage de précisions, on pourra utilement se reporter à J. BORE et L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz Action 2009/2010 ; Y. STRICKLER, *Procédure civile*, Paradigme, 2007 ; M. DOUCHY-ODOT, *Procédure civile*, Gualino Éditeur, 3^{ème} éd., 2008.

DU JUGE DE PAIX AU JUGE DE PROXIMITÉ

Véronique CHOURAQUI-RIBOUET

Le rapport Guinchard remis le 30 juin 2008 au Garde des sceaux préconise la suppression des juges de proximité créés par la loi du 9 septembre 2002.

À l'occasion d'une question parlementaire, publiée au Journal officiel du 27 mai 2008¹, la Chancellerie a précisé par une réponse publiée le 7 avril 2009² que dans le cadre d'un projet qui sera soumis au parlement, « elle entendait donner suite à la préconisation de la Commission présidée par le recteur Serge Guinchard sur la répartition des contentieux visant à supprimer la juridiction de proximité et leur rattachement aux tribunaux de grande instance. Les juges de proximité seraient affectés, en fonction de leurs compétences, en qualité de juge au tribunal de police ou d'assesseurs aux audiences correctionnelles et civiles ou pourraient se voir déléguer certaines activités, notamment les mesures civiles d'instruction, les injonctions de payer et le contrôle des comptes de gestion en matière de mesures de protection. »³.

Ainsi donc, sept ans à peine après la création des juridictions de proximité et

six depuis leur mise en place effective, cette institution paraît déjà vouée à disparaître.

En réalité, dès sa création, cette nouvelle institution a suscité critiques et polémiques. Cette réforme était-elle vraiment nécessaire ? Quelles étaient les motivations du législateur ? Pourquoi parle-t-on déjà de la faire disparaître ?

Cet article n'a pas la prétention de décrire de manière exhaustive les fonctions et la réalité quotidienne de la justice de proximité. Il se propose simplement de rappeler l'origine du juge de proximité et d'ouvrir des pistes de réflexion sur l'échec annoncé (mais pour l'heure non confirmé) de cette institution.

I – La création de la justice de proximité

Les plus anciens d'entre nous n'ont pas été surpris par ce nouveau venu et ont bien vite reconnu l'ancien juge de paix qui avait disparu des prétoires depuis 1958, dans le cadre de la réforme de la justice de Michel Debré.

À l'évidence, le juge de proximité n'est pas sorti *ex nihilo* de l'imagination du législateur. Il est le descendant direct du juge de paix qui est apparu pour la première fois dans

¹ JO, 27 mai 2008, p. 4339.

² JO, 7 avr. 2009, p. 3305.

³ Site de l'Assemblée Nationale.Rep.min., n° 23799 : JO, 7 avr. 2009.

notre pays avec la Révolution, créé par la loi¹ du 16-24 août 1790².

A – Qui était le juge de paix ?

En 1789, les constituants font le constat qu'« il est indispensable qu'une révolution absolue s'opère dans le système de nos tribunaux ».

Le 24 mars 1790, Thouret, lors de son célèbre discours sur la réorganisation du pouvoir judiciaire, va expliquer la nécessité d'instituer des juges de paix :

« L'établissement des juges de paix est généralement désiré ; il est demandé par le plus grand nombre de nos cahiers ; c'est un des plus grands biens qui puisse être fait aux utiles habitants des campagnes. La compétence de ces juges doit être bornée aux choses de convention très simple, et de la plus petite valeur, et aux choses de fait qui ne peuvent être bien jugées que par l'homme des champs, qui vérifie sur le lieu même l'objet du litige, et qui trouve, dans son expérience, des règles de décision plus sûres que la science des formes et des lois n'en peut fournir aux tribunaux sur ces matières.

Il faut écarter des fonctions des juges de paix, l'embarras des formes et l'intervention des praticiens : parce que

¹ Sous la Révolution, le terme « décret » désigne les textes émanant du corps législatif et ayant force de loi. C'est pourquoi nous avons choisi d'employer le terme de « loi » bien que le titre exact soit « décret ».

² Sur l'origine du juge de paix et notamment les influences anglaises et hollandaises, on peut lire l'article de CHRISTIAN TEN RAA : *Les origines du juge de paix*, in *Le juge de paix*, nouvelles contributions européennes réunies et présentées par DAUCHY, HUMBERT, ROYER, centre d'histoire judiciaire 1995, p.31.

la principale utilité de cette institution ne sera pas remplie, si elle ne procure pas une justice très simple, très expéditive, exempte de frais, et dont l'équité naturelle dirige la marche plutôt que les règlements pointilleux de l'art de juger. Il faut que dans chaque canton tout homme de bien, ami de la justice et de l'ordre, ayant l'expérience des mœurs, des habitudes et du caractère des habitants, ait, par cela seul, toutes les connaissances suffisantes pour devenir à son tour juge de paix³. »

Le titre III de la loi du 16-24 août 1790 sera entièrement consacré au juge de paix. .

Incarnation de cette nouvelle justice, accessible, compréhensible, égalitaire et gratuite, ce sera un citoyen honnête, de bon sens, au service de la justice et du justiciable. Ce ne sera pas un professionnel, un technicien du droit. Il sera élu par les citoyens actifs réunis en assemblée primaire. En vertu de l'article 3 de la loi, n'importe quel citoyen éligible aux administrations du département et de district et âgé de trente ans (l'âge sera abaissé à 25 par une loi du 16 septembre 1792 et reviendra à trente avec la constitution du 5 fructidor an III), peut être élu juge de paix, pour deux ans sans autre condition d'éligibilité (article 8), rééligible au scrutin individuel et à la pluralité absolue des suffrages.

³ Discours de M. THOURET en ouvrant la discussion sur la nouvelle organisation du pouvoir judiciaire (24 mars 1790), *Archives parlementaires*, t. 12, p. 344 à 348 ; site internet www.justice.gc.ca/fr/ps/inter/rev004-tho:revolution-4-thouret-fr, p.8.

Le découpage administratif du territoire réalisé le 15 janvier 1790 va faciliter la mise en place de ce nouveau juge. En effet, 83 départements ont été créés et divisés en districts le 26 février, eux-mêmes subdivisés en cantons (qui deviendront des divisions à partir de l'an III). Selon l'article 1 du titre III de la loi du 16-24 août 1790 : « Il y aura dans chaque canton un juge de paix et des prud'hommes assesseurs du juge de paix » qui remplaceront les anciennes justices tenues par des « gens de peu, sans honneur, sans conscience¹. »

B – Des attributions diverses et variées

Le juge de paix révolutionnaire est omniprésent dans le paysage judiciaire français. Ces compétences n'en finissent pas :

En matière civile :

- Il juge aussi bien les litiges portant sur les droits réels que sur les droits personnels. Le taux de compétence en dernier ressort est de 50 livres et jusqu'à 100 livres en cause d'appel devant les tribunaux de district.
- En conciliation : il forme, avec ses deux assesseurs, « le bureau de paix et de conciliation », sans aucune limitation de compétence quant au

¹ A. FOLLAIN, *De la justice seigneuriale à la justice de paix*, in *Une justice de proximité, la justice de paix (1790-1958)*, sous la direction de J.G. PETIT, PUF 2003 (recherche réalisée en novembre 2002), p.19. L'auteur explique que les historiens ne sont pas d'accord sur le point de savoir si la justice de paix est la succession de la justice seigneuriale ou si au contraire, elle marque une rupture.

montant du litige. Dans ce cadre, il peut intervenir pour des problèmes qui ne relèvent pas de sa compétence « rationae materiae ».

- Il préside les tribunaux de la famille (création révolutionnaire également).
- En matière de droit du travail, il est le juge : « du paiement des salaires des gens de travail, des gages des domestiques, et de l'exécution des engagements respectifs des maîtres et de leurs domestiques ou de leurs gens de travail ».

En matière pénale :

- Il préside et compose le tribunal de police correctionnelle.
- Il est officier de police de sûreté.

Fidèles à leur philosophie de régénération totale du système judiciaire, les constituants ont, en effet, rapidement pensé à élargir les pouvoirs du juge de paix aux matières répressives ; il sera avec la création du jury populaire le plus grand bouleversement par rapport au droit pénal de l'Ancien Régime. Ces compétences pénales vont lui être attribuées par trois lois successives : la loi des 19-22 juillet 1791² relative à « l'organisation de la police municipale et correctionnelle », la loi des 16-29 septembre 1791³ relative à « la police de sûreté, la justice criminelle et l'établissement des jurés » et celle des 28 septembre-6 octobre concernant

² J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du conseil d'Etat*, A. Guyot et Scribe éd., Paris, 1834, t. 3, p. 114 et s.

³ *Ibid.*, t. 3, p.289 et s.

« les biens et usages ruraux et la police rurale » qui désigne le juge de paix pour traiter les infractions relatives à la police rurale.

« Les comités de Constitution et de Jurisprudence criminelle réunis » ont justifié ce choix par la rapidité d'intervention d'un individu seul, par le fait qu'un collègue peut servir d'abri pour couvrir les passions, et parce que la responsabilité collective est impossible. C'est aussi sûrement l'illustration flagrante de la méfiance des constituants à l'égard des magistrats professionnels et la détermination de substituer au système de l'Ancien Régime une justice populaire (sans doute dans les deux sens du terme, c'est à dire pour le peuple et appréciée du peuple), rassurante pour le citoyen vertueux.

Si la méfiance envers les magistrats va s'estomper au fil des régimes et des gouvernements, le juge de paix survivra et fera partie intégrante de la justice.

Au début du XIX^{ème} siècle, les attributions du juge de paix sont tellement variées que l'on parle de « fourre tout » judiciaire. Il exerce des attributions judiciaires, des attributions extrajudiciaires relatives notamment à la famille, à la filiation, à l'entreprise (réunion de conseils de familles, acte de notoriété, d'émancipation), des attributions de simple police et, enfin, un rôle social ou collectif (participation aux comités locaux ou d'arrondissement pour l'instruction de la monarchie de Juillet ; participation aux

conseils d'administration des hôpitaux, etc¹...).

La loi de 1790 le rendait compétent en matière de droit du travail. Il le restera en concurrence avec les conseils de Prud'hommes et la loi du 3 juillet 1919 le nomme même juge départiteur en cas d'égalité de voix en bureau de jugement.

Cependant, si l'activité de ce juge est qualitativement très importante, elle ne va cesser de décroître au fil du temps, si bien que lors de la réforme de la justice de 1958, le législateur va le supprimer purement et simplement.

Cette même réforme crée l'École nationale de la magistrature, uniformise et valorise de manière importante le statut de magistrat, réduit le nombre de tribunaux ; le juge de paix n'a plus sa place dans le paysage judiciaire français. Simultanément à sa disparition sont créées les juridictions de première instance (tribunaux d'instance et tribunaux de grande instance). Pourtant, le législateur ne veut surtout pas assimiler le nouveau tribunal d'instance à l'ancienne justice de paix. Il faut créer un vocabulaire nouveau pour une institution nouvelle, aussi le terme « tribunal de paix » un instant pressenti pour ce qui deviendra le tribunal d'instance sera abandonné.

Moins de cinquante ans après sa disparition, le juge de paix renaît de ses cendres sous une nouvelle appellation, « juge de proximité ».

¹ G. ROUET, *La justice de paix en France entre 1834 et 1950*, in *Une justice de proximité, la justice de paix (1790-1958)*, sous la direction de J.G. PETIT, PUF, 2003, p. 69.

II – La justice de proximité

Les justifications de la création de cette institution sont-elles les mêmes qu'en 1790 ? Cela paraît improbable de prime abord : contextes socio-politiques sans aucun rapport entre eux, institution judiciaire en devenir d'un côté, parfaitement rôdée aujourd'hui ; pourtant le législateur du XXI^{ème} siècle s'est sans doute fortement inspiré de ses prédécesseurs révolutionnaires.

Il ne fait aucun doute que si le but des constituants de 1790 était de faire du juge de paix un juge de proximité, celui du législateur de 2002 était certainement d'instituer un juge proche du justiciable, « un faiseur de paix » devant notamment, préalablement à tout jugement, proposer une conciliation. Le guide du candidat aux fonctions de juge de proximité précise que ce dernier est : « Un citoyen au service de la justice, répondant à une très forte attente des usagers du service public de la justice. Placés au côté des juges d'instance, ils permettront ainsi d'apporter une réponse judiciaire rapide efficace aux litiges civils d'un montant peu élevé et aux petites infractions aux règles de la vie en société. » C'est dire en d'autres termes : « le désir le plus général pour le fond de la chose en elle-même est de procurer...une justice prompte, facile et pour ainsi dire domestique, qui n'exige pas l'appareil d'une procédure ruineuse et qui ne demande pas d'autres lois que les indications de bon sens. On ne verra plus les chemins conduisant des villages aux villes couverts de plaideurs allant consulter des juges faits plutôt pour embrouiller

que pour décider les différends¹... », comme le justifiait Thouret le 7 juillet 1790.

Mises côte à côte, si le vocabulaire diffère légèrement, force est de constater que sur le fond, les deux phrases ont exactement le même sens et révèlent la même volonté de rendre une justice plus proche, plus rapide, moins coûteuse et moins technique, en fait plus compréhensible pour le justiciable.

Plus de deux cents ans d'écart et les mêmes préoccupations !

En 2002, comme en 1790, il fallait délimiter clairement le champ de compétence du juge de paix et convenir du profil de l'homme ou de la femme capable de répondre aux exigences fixées par le législateur.

A – Qui est le juge de proximité ?

La juridiction de proximité a été introduite par la loi d'orientation et de programmation du 9 septembre 2002, complétée par la loi du 26 février 2003 qui a fixé les conditions de nomination de ces nouveaux juges², celle du 26 janvier 2005 qui a modifié ses compétences et enfin la loi du 5 mars 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats qui a apporté quelques modifications, notamment concernant sa formation.

¹ *La gazette nationale ou le moniteur universel*, jeudi 8 juill. 1790 (séance du 7 juill. 1790).

² Voir les conditions de recrutement sur le site www.justice.gouv.fr/

1 – Les compétences du juge de proximité

Elles ont été fixées par la loi organique du 26 février 2003, et modifiées de manière substantielle par la loi du 26 janvier 2005.

En matière civile, le taux du ressort du juge de proximité est passé en deux ans de 1000 à 4000 euros ; cette loi a par ailleurs modifié sa compétence d'attribution qui n'est plus limitée aux litiges entre personnes physiques comme dans la loi le prévoyait initialement. La juridiction de proximité statue en premier et dernier ressort en matière civile, pour les litiges personnels et mobiliers n'excédant pas 4000 euros, pour tout litige relatif à l'action en restitution d'un dépôt de garantie (dans le cadre d'un bail d'habitation) d'un montant maximum de 4000 euros.

Elle statue à charge d'appel sur toutes demandes indéterminées, qui ont pour objet l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 4000 euros.

Cette juridiction est également chargée de l'exécution des procédures d'injonction de payer et d'injonction de faire.

Parallèlement, ses compétences pénales ont été réduites, puisque dès le 1^{er} avril 2005, les contraventions de 5^{ème} classe relèvent à nouveau du tribunal de police, le juge de proximité restant compétent pour les contraventions jusqu'à la 4^{ème} classe incluse, excepté les infractions relatives

à la loi du 29 juillet 1881 concernant la liberté de la presse.

Le juge de proximité est également compétent pour valider les compositions pénales et peut être désigné pour siéger en qualité d'assesseur aux audiences correctionnelles.

2 – Le recrutement des juges de proximité

Le but du législateur était de recruter 3300 juges sur cinq ans, or en juillet 2008, seulement 572 juges de paix étaient en place et la chancellerie a reconnu que le nombre de 3300 avait été abandonné depuis longtemps.

Plutôt qu'un problème de recrutement et de compétence des candidats, il semble que cette désaffection soit due au manque d'attraits des conditions d'exercice de cette fonction. Les juges de paix qui exercent, la plupart du temps en dehors du ressort de leur domicile personnel ou professionnel (notamment pour les professions judiciaires qui ne peuvent pas exercer dans le ressort du tribunal de grande instance où elles professent), sans être défrayés, supportent une charge de travail de plus en plus importante pour une rémunération de 5 vacations pour une audience civile (elle était de trois auparavant) et de trois pour une audience pénale. Le taux d'une vacation étant fixée à vingt-cinq dix millièmes du traitement brut annuel moyen d'un magistrat du second grade, soit 72.91 euros brut, la vacation. Le plafond annuel du nombre de vacations s'élevait à 200 à l'origine (plafond qui a été supprimé). Six ans après son

entrée en fonction, aucune étude réelle n'a été faite sur l'activité de ces juges.

Aucun « bilan de compétence » n'a été réalisé, pourtant les critiques sont vives, et viennent essentiellement des praticiens du droit judiciaire, magistrats et avocats.

Ces reproches sont-ils justifiés ? Quelles en sont les causes ?

B – Les critiques à l'encontre des juges de proximité

Les principales critiques sont l'accentuation d'une « justice à deux vitesses », certains parlent même de « justice au rabais ». Font-ils allusion au coût d'un juge de proximité nettement moins cher que celui d'un magistrat de souche, ou au taux de compétence de ce magistrat ? Les juges professionnels leur reprochent de n'être pas ou très peu formés (le stage probatoire est pourtant passé de 25 à 35 jours), de rendre des décisions non fondées en droit mais également de trop souvent « faire doublon » avec le juge d'instance et de juger plus en équité qu'en légalité¹.

Certes, le juge de proximité exerce dans un cadre qui était dévolu auparavant au juge d'instance, mais ce dernier reste compétent en cas de difficulté, lorsque le juge de proximité estime l'affaire trop complexe ou lorsqu'une des parties soulève une exception d'incompétence. Le juge d'instance est également juge de proximité lorsque dans la juridiction il

n'y a pas de juge de proximité ; enfin, il reste compétent pour traiter le même contentieux, seul le taux de compétence les différencie. Le mode de saisine du juge de proximité est le même que celui du juge d'instance, déclaration au greffe pour les litiges de moins de 4000 euros, tentative de conciliation préalable obligatoire en théorie, pas d'appel pour les petits litiges dont le montant est inférieur à cette somme. D'où le reproche de doublon.

Pour être tout à fait objectif, rappelons également que les juges de proximité n'ont aucun moyen à leur disposition ; ils doivent notamment, la plupart du temps, taper eux-mêmes leurs jugements, et n'ont pas toujours un bureau à leur disposition. Rappelons également que dès les premières discussions, les magistrats étaient hostiles à cette création et ont notamment exigé que ces juges ne portent pas la robe. Pourtant nombre de ces juges sont des magistrats à la retraite, des avocats ou des huissiers qui maîtrisent la pratique judiciaire et la procédure. Les autres sont des juristes qui sont censés par leur formation connaître le Droit mais qui certainement ont des connaissances anciennes et plus vagues sur la procédure judiciaire, sur les règles en matière de comparution. La spécialité de chacun (cadres bancaires, notaires, syndic de copropriété...) permettait sans doute d'après les promoteurs du projet d'avoir une expertise dans leur domaine de compétence d'origine.

Enfin, selon les statistiques même de la Cour de cassation, le pourcentage des décisions de juges de proximité frappées d'un pourvoi en cassation et

¹ A.-C. de LANGHE, *La Chancellerie veut sauver les juges de proximité*, *Le figaro.fr*, 15 oct. 2007.

le nombre de décisions « cassées » sont équivalents à ceux des juges de carrière.

Ainsi, les reproches adressés ne sont pas toujours justifiés ou le sont pour des raisons extrinsèques aux juges de proximité, et celui de juger en équité plus qu'en légalité n'est pas démontré. Mais au fond, n'était-ce pas en réalité le souhait secret du législateur moderne comme du révolutionnaire de concilier les deux ? N'oublions pas que l'institution révolutionnaire du juge de paix est née de la volonté de concilier plutôt que de juger, de conseiller plutôt que « d'embrouiller ». Autrement dit, n'est-ce pas la promotion qui a été faite du juge de proximité ?

En effet, la mission première du juge de proximité est de concilier. C'est un préalable obligatoire à tout jugement. Il doit donc trouver **avec l'accord des parties** une solution à un litige sans nécessairement faire référence à la loi (bien que cela ne soit pas forcément exclusif l'un de l'autre). Il ne fait alors qu'entériner un accord.

Le but recherché est, comme en 1790, un but d'équité et de lisibilité. Or tout praticien judiciaire connaît la difficulté d'expliquer au justiciable la notion de légalité, d'expliquer que le juge ne donnera pas forcément raison à celui qui estime avoir raison mais à celui qui a respecté la loi. Le but recherché est de rendre la décision moins opaque, moins « embrouillée ». Le juge doit rendre « une réponse simple et rapide », « parce que », comme le disait Thouret, « la principale utilité de cette institution ne sera pas remplie, si elle ne procure pas

une justice très simple, très expéditive, exempte de frais, et dont l'équité naturelle dirige la marche plutôt que les règlements pointilleux de l'art de juger¹. »

Certes, le législateur nouveau n'aurait pu faire une telle référence à l'équité mais l'esprit de la loi instaurant le juge de proximité est bien le même que celui des constituants de 1790, jusqu'au vocabulaire qui est manifestement emprunté aux premiers. Or, si souvent l'équité peut s'accommoder de la légalité, ce n'est pas toujours le cas et il est impossible, par définition, pour un juge de juger en équité (du moins quand celle-ci est en opposition avec la légalité). La seule possibilité de « rendre justice », c'est-à-dire de rendre une décision qui paraisse juste aux deux parties, est la conciliation (ou la médiation) ; or force est de constater que la référence à la légalité est absente de la conciliation. Cependant le recours à la conciliation, dans les faits, est loin d'être la règle et si le juge de proximité juge après avoir tenté la conciliation, **il doit juger en légalité** : quelle est alors son originalité, l'intérêt de son institution ? Comment peut-il apporter « une réponse simple et rapide » alors que notre droit positif et procédural est si complexe pour le justiciable ?

Que dire également de la notion de proximité et de rapidité avec des audiences de plus en plus chargées, donc des délais de plus en plus longs pour rendre les jugements, avec la loi sur la réorganisation de la carte judiciaire qui prévoit la suppression de

¹ THOURET, préc.

178 tribunaux d'instance (sièges des juridictions de proximité) en 2010. et la création de seulement sept juridictions de proximité ?

Dans les faits, le juge de proximité concilie rarement et tranche toujours en légalité, comme il le doit. Il perd donc son originalité, sa raison même d'exister dans un monde judiciaire qui de plus lui est *a priori* hostile. Il est donc voué à disparaître. À cela s'ajoute un problème de recrutement sans doute plus quantitatif que qualitatif ; bien que les deux se rejoignent, la sélection est moins rigoureuse lorsque les candidats sont moins nombreux. Les faits sont là, comme dans les justices de paix au moment de leur disparition : les conciliations devant le juge de proximité sont rares ; les décisions du juge ne sont pas susceptibles d'appel ; la juridiction de proximité ne paraît adaptée ni au mode de fonctionnement de la justice moderne, ni à la société actuelle (même si le recours à un autre mode de résolution des conflits est de plus en plus souhaité par le justiciable) ; mais surtout, telle qu'elle est conçue, elle n'a aucune spécificité, aucune originalité qui puisse justifier son existence.

En conclusion, « l'objectif [...] de répondre au besoin d'une justice plus accessible, plus simple et capable de résoudre effectivement les litiges de la vie quotidienne¹ » n'a semble-t-il pas été atteint. Or, avec les contraintes de fait et de droit évoquées ci-dessus et les difficultés pratiques rencontrées pour la création et le fonctionnement de cette nouvelle institution, on peut se demander si en réalité, le juge de proximité n'était pas condamné à mort à sa naissance, du moins tel qu'il a été imaginé par le législateur de 2002.

Le rapport Guinchard sera donc probablement entériné et le juge de proximité sera vraisemblablement absorbé par les tribunaux de grande instance, sans disparaître totalement du paysage judiciaire.

¹ Guide du candidat aux fonctions de juge de proximité édité par le Ministère de la justice.

INDEX THÉMATIQUE

Administration légale des biens, 307

Adoption, 306

Adresse IP, 341

Annulation (mariage), 312

Assurance, 303

Automobile, 293

Autorité parentale, 307

Bail, 301

Biométrie, 342

Cassation

- arrêts de cassation, 355

- arrêts de rejet, 354

- contrariété de fondement juridique, 351

- défaut de base légale, 350

- défaut de motif, 350

- effets, 353

- excès de pouvoir, 349

- perte de fondement juridique, 351

- pourvoi, 345 s.

- Procureur général près la Cour de cassation, 346, 351, 356

- vice de forme, 348

- violation de la loi, 348

Caution, 330, 332

Chèque, 322

CNIL, 341 s.

Compensation, 284, 322

Concubinage, 289

Confusion de patrimoine, 333

Consentement, 271 s.

Contrat de mariage, 313

Convention de La Haye, 309 s.

Copropriétaire

- majoritaire, 318

- opposant, 316, 317

Copropriété, 316

Délégation de pouvoir, 323

Délivrance (obligation de), 301

Demande en réduction, 314

Démarchage, 297 s.

Désistement de l'appel, 337

Désistement d'instance, 335 s.

- interruption de la prescription, 339 s.

Données personnelles, 341 s.

Droit coranique, 307

Enlèvement international d'enfant, 309 s.

Enrichissement sans cause, 289

Erreur, 271 s.

Feuille de présence (copropriété), 319

Filiation adoptive, 306

Fruits, 314

Incidents d'instance, 335 s.

Indemnité d'occupation, 314

Indivision, 314

Information (obligation), 303

Interdépendance (des obligations), 284

Juge de paix, 357 s.

Juge de proximité, 361 s.

Justice de proximité, 357 s.

Kafala, 306

Légataire universel, 314

Libéralités, 314

Liquidation judiciaire, 322 s.

Mandat, 324

Mariage (nullité), 312

Mineur, 306

Obligation essentielle, 302

Œuvre d'art, 271 s.

Opposition, 322

Plan de continuation, 328

Pourvoi en cassation, 345 s.

- effets, 352

Préjudice, 287

Préposé, 323

Preuve, 307

Procès civil, 335 s.

Procureur général près la Cour de cassation (pourvoi), 346, 351, 356

Profession libérale, 325

Qualités substantielles, 271 s.

Renonciation, 315

Résiliation unilatérale, 284

Rétractation (délai de), 297

Séparation de biens, 313

Soutien bancaire abusif, 333

Subdélégation de pouvoir, 323

Successions, 314

Surendettement, 325

Syndic, 316, 319, 320

- carte professionnelle, 320

Téléchargement, 341

Usufruit, 315

Vente, 293 s.

- à domicile, 297 s.

Vétusté, 301

Vices cachés, 293 s.

INDEX PAR DÉCISIONS

JUILLET 2008

- 1 Com.**, 07-17.786, F-P+B p. **315**
2 Civ. 3^{ème}, 06-17.202, FS-P+B+I p. **320**
2 Civ. 3^{ème}, 07-14.619, FS-P+B+I p. **318**
2 Civ. 3^{ème}, 07-16.123, FS-P+B p. **284**
3 Civ. 1^{ère}, 06-21.877, FS-P+B+R p. **297**
3 Civ. 2^{ème}, 07-16.130, FS-P+B p. **335**
8 Com., 06-21.562, F-D p. **327**
8 Com., 07-13.868, FS-P+B p. **323**
8 Com., 07-16.936, FS-P+B p. **322**
9 Civ. 1^{ère}, 06-22.090, FS-P+B+I p. **309**
9 Civ. 1^{ère}, 06-22.091, FS-P+B+I p. **309**
9 Civ. 1^{ère}, 07-15.402, FS-P+B p. **309**
9 Civ. 1^{ère}, 07-16.389, F-P+B p. **307**
9 Civ. 1^{ère}, 07-19.079, F-P+B p. **312**
9 Civ. 1^{ère}, 07-20.279, FS-P+B p. **306**
9 Civ. 3^{ème}, 07-14631, FS-P+B+R+Ip. **301**
9 Soc., 07-60.468, FS-P+B p. **338**
10 Civ. 2^{ème}, 07-12.072, FS-P+B p. **303**
10 Civ. 2^{ème}, 07-17.04, FS-P+B p. **337**

SEPTEMBRE 2008

- 10 Civ. 3^{ème}**, 07-16.448, FS-P+B p. **316**
11 Civ. 2^{ème}, 07-20.857, F-P+B p. **287**
16 Com., 07-13.713, F-P+B p. **328**
16 Com., 07-16.499, Inédit p. **330**
24 Civ. 1^{ère}, 06-11294, FS-P+B+I p. **290**
24 Civ. 1^{ère}, 06-21445, FS-P+B+I p. **314**
24 Civ. 1^{ère}, 07-11928, FS-P+B+I p. **289**
24 Civ. 1^{ère}, 07-19.710, FS-P+B p. **313**
24 Civ. 3^{ème}, 07-16.334, FS-P+B p. **319**
30 Civ. 1^{ère}, 06-20.298, FS-P+B p. **271**
30 Civ. 1^{ère}, 07-16.876, F-P+B p. **293**
30 Com., 07-15.446, FS-P+B p. **325**
30 Com., 07-17.384, F-P+B p. **333**
30 Com., 07-18.479, F-D p. **332**

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	268
ÉDITORIAL	270
JURISPRUDENCE : OBLIGATIONS	271
§ 1 – Contrats ou obligations conventionnelles en général	271
I – Consentement : erreur sur les qualités substantielles	271
II – Effets des obligations.....	284
A – Résiliation et compensation	284
B – Préjudice : existence et preuve	287
§ 2 – Quasi-contrats	289
JURISPRUDENCE : CONTRATS SPÉCIAUX	293
§ 1 – Contrat de vente	293
I – Garantie des vices cachés.....	293
II – Vente à domicile	297
§ 2 – Contrat de bail	301
§ 3 – Contrat d’assurance	303
JURISPRUDENCE : PERSONNES – FAMILLE	306
§ 1 – L’enfant	306
I – Filiation adoptive	306
II – Autorité parentale et administration légale des biens.....	307
III – Aspects civils de l’enlèvement international d’enfant	309
§ 2 – Le couple	312
I – Demande en nullité du mariage.....	312
II – Contrat de mariage et régimes matrimoniaux	313
§ 3 – Successions et libéralités	314

TABLE DES MATIÈRES

JURISPRUDENCE : DROITS DES BIENS	315
§ 1 – Usufruit.....	315
§ 2 – Copropriété.....	316
JURISPRUDENCE : DROITS DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS	321
§ 1 – Les solutions nouvelles.....	322
§ 2 – Les rappels jurisprudentiels.....	325
I – Ouverture de la procédure : le respect des innovations de la loi du 26 juillet 2005 : la soumission des professions libérales au droit des entreprises en difficultés.....	325
II – Déroulement de la procédure.....	327
1. La caractérisation de la cessation des paiements en cas de conversion en liquidation judiciaire pendant la période d'observation.....	327
2. Les pouvoirs du débiteur après l'adoption du plan de continuation.....	328
3. La situation des cautions et coobligés.....	330
a. Poursuite de la caution et admission de créance.....	330
b. La qualification de la créance de remboursement détenue par la caution.....	332
4. Responsabilité : la détermination du moment de la caractérisation du soutien bancaire abusif.....	333
JURISPRUDENCE : PROCÉDURE CIVILE	
Le déroulement du procès civil : Les incidents d'instance	335
JURISPRUDENCE : PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION	341
§ 1 – Panorama jurisprudentiel : informatique et libertés.....	341
I – Visa de la CNIL et preuve du téléchargement illégal.....	341
II – Société.com doit se conformer à la législation sur les données personnelles.....	342
§ 2 – La biométrie fait une rentrée scolaire encadrée.....	342

ARTICLE : LE POURVOI EN CASSATION	345
I – L’ouverture à cassation	345
A – Les conditions relatives à l’auteur du pourvoi.....	346
B – Les conditions relatives à l’objet du pourvoi.....	346
C – Les causes du pourvoi.....	347
1 – La transgression directe de la règle de droit.....	348
α) la violation de la loi.....	348
β) le vice de forme.....	348
γ) l’excès de pouvoir.....	349
2 – La présentation incomplète des conditions d’application de la règle de droit :.....	350
α) le défaut de base légale.....	350
β) le défaut de motif.....	350
3 – La perte de fondement juridique :.....	351
4 – La contrariété de jugement :.....	351
5 – Les pourvois diligentés par le Ministère public :.....	351
II – Les effets du pourvoi en cassation	352
A – L’effet de l’introduction du pourvoi.....	352
B – L’effet de l’arrêt de la Cour de cassation.....	353
1 – Les arrêts de rejet.....	354
2 – Les arrêts de cassation.....	355
3 – Le particularisme des pourvois diligentés par le Ministère public.....	356
 HISTOIRE DU DROIT : DU JUGE DE PAIX AU JUGE DE PROXIMITÉ	 357
I – La création de la justice de proximité	357
A – Qui était le juge de paix ?.....	358
B – Des attributions diverses et variées.....	359
II – La justice de proximité	360
A – Qui est le juge de proximité ?.....	361
1 – Les compétences du juge de proximité.....	362
2 – Le recrutement des juges de proximité.....	362
B – Les critiques à l’encontre des juges de proximité.....	363
 INDEX THÉMATIQUE	 366
 INDEX PAR DÉCISIONS	 368
 TABLE DES MATIÈRES	 369

