

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit privé
soutenue le 3 juillet 2014

La subsidiarité en droit privé



Université Panthéon-Assas

Carla HABRE

Sous la direction de Monsieur le professeur Hervé LECUYER.

Membres du jury :

Jacques MESTRE, Professeur à l'Université Aix-Marseille.

Rémy CABRILLAC, Professeur à l'Université Montpellier 1.

Séverine CABRILLAC, Professeur à l'Université Montpellier 1, rapporteur.

Bruno DONDERO, Professeur à l'Université Paris 1, rapporteur.



Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je remercie Monsieur le Professeur Hervé Lécuyer pour avoir accepté de diriger mon travail de thèse, pour m'avoir accompagnée tout au long de ce parcours, m'avoir toujours assistée et encouragée dans les moments de doute et de difficultés.

Je remercie Madame le Professeur Séverine Cabrillac, qui m'a beaucoup aidée à mes débuts, m'a prodigué de précieux conseils et directives, m'a toujours encouragée et incitée à perfectionner mon travail.

Je remercie aussi le Conseil de la Recherche de l'Université Saint-Joseph de Beyrouth, dont je suis une ancienne, qui m'a alloué une bourse de recherche sans laquelle la poursuite et la réalisation de cette thèse n'auraient pas été possibles.

Mes remerciements vont aussi à l'Association des Anciens de la faculté de Droit et de Sciences Politiques et de la faculté de Sciences Economiques de l'Université Saint-Joseph, qui m'a alloué une bourse pour mes études de DEA, et m'a ainsi énormément aidée à débiter mon parcours dans le domaine de la recherche.

A ma famille

A mes amis

Résumé : La subsidiarité qui constitue un principe directeur du droit européen a aussi sa place en droit privé. C'est une notion fonctionnelle qui ne peut être appréhendée que d'après ses applications ; la recherche de la place qu'elle occupe en droit privé passe par l'analyse des différentes fonctions qu'elle remplit. C'est une notion autonome qui doit être distinguée de situations voisines où il existe un concept qui s'élabore par rapport à un autre dit principal ou premier. Il faut donc la distinguer notamment des rapports qui régissent le principal et l'accessoire, de la supplétivité et de l'équivalence. Révélée et connue comme étant une caractéristique de l'action de l'enrichissement sans cause, elle s'étend à diverses matières du droit privé. La subsidiarité y remplit deux fonctions : la première, c'est celle de préserver la primauté du principal, la deuxième, c'est celle d'assurer la suppléance du principal. Sa première fonction est illustrée par l'obligation de la caution, l'obligation des associés au passif social dans les sociétés civiles et les groupements assimilés, ainsi que la subsidiarité des voies d'exécution, plus précisément, celle de la saisie-vente. A côté de ces illustrations relatives au droit substantiel, la subsidiarité est également illustrée dans le droit processuel ; c'est celle qui se concrétise dans la marche du procès. Sa deuxième fonction est illustrée par l'action en enrichissement sans cause, en tant que voie de droit subsidiaire, par les recours-nullité, en tant que voies de recours subsidiaires, ainsi que par la vocation subsidiaire du droit commun, illustrée par le droit commun de la responsabilité civile. La subsidiarité est employée pour éviter toute subversion de l'ordre juridique. Elle contribue à combler les lacunes du Droit et à garantir l'efficacité du système juridique.

Descripteurs : subsidiarité, droit privé, équité, fraude à la loi, personnalité morale, hiérarchie, notion fonctionnelle, procès, procédure civile, demande subsidiaire, enrichissement sans cause, action subsidiaire, obligation subsidiaire, obligation au passif social, sociétés civiles, vaines poursuites, article 1858 C.C., mise en demeure, sociétés en nom collectif, sociétés civiles professionnelles, groupements d'intérêt économique, excès de pouvoir, voies de recours subsidiaires, recours-nullité, appel-nullité, droit commun, subsidiarité du droit commun, responsabilité civile de droit commun, article 1382 C.C., droit comparé.

Title and Abstract: Subsidiarity in private law.

Subsidiarity which constitutes a leading principle of European Union law has also its place in private law. It is a functional notion that can only be comprehended through its applications, the search of the place that it occupies in private law passes through analyzing the various functions which it has. It is an autonomous notion which has to be distinguished from close situations where there's a concept that is elaborated according to another one said to be principal or primary. It has to be for instance distinguished from the links existing between the principal and the accessory, from suppletivity and from equivalence. Revealed and known as a characteristic of the legal action of enrichment without just cause, it has spread to various topics of private law. In private law subsidiarity performs two functions: the first one aims to preserve the primacy of the principal, and the second one, aims to assure the substitute of the principal. Its first function is illustrated by the obligation of the guarantor, by the obligation of the partners for the liability of debts in civil companies and other assimilated societies, and also by the subsidiarity of the enforcement proceedings, more precisely, the one related to the seizure of goods. In addition to these illustrations related to substantive law, subsidiarity is also illustrated in civil procedure; it is the one which is revealed to the course of the process. Its second function is illustrated by the legal action of enrichment without just cause, as of a subsidiary legal action, and by the nullity recourses, as of subsidiary remedies at law, and also by the subsidiary vocation of the common law, illustrated by the common rules of civil liability. Subsidiarity is employed to avoid any subversion of the legal order. It contributes to fill the gaps of Law and to make the legal system more efficient.

Keywords: subsidiarity, private law, equity, fraud, legal personality, hierarchy, functional notion, trial, civil procedure, subsidiary request, enrichment without just cause, subsidiary legal action, subsidiary obligation, obligation for the liability of debts, civil societies, vain pursuits, article 1858 F.C.C., formal notice, general partnership society, professional civil societies, economic interest grouping, abuse of power, subsidiary recourses, nullity recourses, nullity appeal, common law, subsidiarity of common law, civil liability of common law, article 1382 F.C.C., comparative law.



Principales abréviations

Administrer : Revue Administrer.

AJ : actualité juridique.

AJDA : Actualité juridique du droit administratif.

AJDI : Actualité juridique droit immobilier.

AJ Famille : Actualité Juridique Famille.

Al. : alinéa.

Art. : article.

Act. : actualité.

Approb. : approbative.

Banque : Revue Banque.

Banque et droit : revue Banque et droit.

Bull. civ. 1, 2, 3, 4 : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, 1^{ère}, 2^{ème}, 3^{ème}, 4^{ème} Chambres civiles.

Bulletin Joly Sociétés : Bull. Joly soc.

Cah. dr. entr. : Cahiers de droit de l'entreprise.

Cah. soc. Barreau Paris : Cahiers sociaux du Barreau de Paris.

Cassandra : la Revue Cassandra.

C.C. : Code civil français.

C. const. et habit. : Code de la construction et de l'habitation.

CE : Conseil d'état français.

Chron. : chronique.

Civ. 1^{ère}, 2^{ème}, 3^{ème}, 4^{ème} : Chambre civile 1^{ère}, 2^{ème}, 3^{ème}, 4^{ème} (Cour de cassation).

CGI : Code général des impôts.

C.O.C. : Code des Obligations et des Contrats libanais.

Comm. com. électr. : Communication Commerce électronique.

CPC : (nouveau) Code de procédure civile.

CSS : Code de la sécurité sociale.

ACPC : ancien Code de procédure civile (français).

C. Proc. Pén. : Code de procédure pénale.

C. séc. soc. : Code de la sécurité sociale.

Comm. : commentaire.

Comp. : comparer.

Concl. : conclusions.

Cour rév. : Cour de révision.

Cons. constit. : Conseil constitutionnel.

Cons. Ét. : Conseil d'État.

Construction - Urbanisme : Constr.-Urb.

Contrats, concurrence, consommation : Contrats, conc. consom.

Crit. : critique.

C. pr. civ. ex. : Code des procédures civiles d'exécution.

D. : Recueil Dalloz.

D. aff. : Dalloz affaires.

D.A. : Recueil Dalloz analytique.

D.C. : Recueil Dalloz critique.

D.H. : Recueil Dalloz hebdomadaire.

Dir. : direction (ouvrage réalisé sous la direction de...).

Doct. : doctrine.
 D.P. : Dalloz périodique.
 Dr. famille : Revue Droit de la famille.
 Dr. et Pat. : Revue Droit et Patrimoine.
 Dr. et Proc. : Revue Droit et Procédure.
 Dr. social : Revue Droit social.
 Dr. sociétés : Revue Droit des sociétés.
 D.S. : Dalloz Sirey.
 EDCO : L'Essentiel Droit des contrats.
 Ex. : exemple.
 Gaz. Pal. : La Gazette du palais.
 IR : informations rapides.
 JCP : La Semaine Juridique - Edition générale.
 JCP (E) : La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires
 JCP (N) : La Semaine Juridique - Edition notariale.
 JCP (S) : La Semaine Juridique - Social.
 J. Tut. : le juge des tutelles.
 Jur. : Jurisprudence.
 Lexbase hebdo édition Affaires : Lexbase heb. éd. Aff.
 Lexbase hebdo édition Générale : Lexbase heb. éd. Gén.
 n° : numéro.
 Journ. sociétés : Journal des sociétés (civiles et commerciales).
 NCPC lib. : nouveau Code de procédure civile libanais.
 Not. : notamment.
 Nouv. : nouveau.
 Ord. : ordonnance.
 Par. : paragraphe.
 Pet. Aff. : Les Petites Affiches.
 Précit. : précité(e).
 Rappr. : rapprocher.
 RD banc. et fin. : Revue de droit bancaire et financier.
 RDP : Revue du droit public et de la science politique.
 RDC : Revue des contrats.
 RD sanit. soc. : Revue trimestrielle de droit sanitaire et social.
 Rec. : Recueil des décisions du Conseil constitutionnel français.
 Rec. Baz : Recueil Baz des arrêts de la Cour de cassation libanaise.
 RFDA : Revue française de droit administratif.
 RGDP : Revue générale des procédures.
 Resp. civ. et assur. : Responsabilité civile et assurances.
 Rev. arb. : Revue de l'arbitrage.
 RD bancaire et fin. : Revue de droit bancaire et financier.
 Rev. dr. imm. : Revue de droit immobilier.
 Rev. dr. trav. : Revue de droit du travail.
 RDT : Revue de droit du travail (Dalloz).
 Rev. crit. DIP : Revue critique de droit international privé.
 R.C.J.B. : Revue critique de jurisprudence belge.
 Rev. crit. lég. jurisp. : Revue critique de législation et de jurisprudence.
 Rev. huissiers : Revues des huissiers de justice.
 RJ com. : Revue de jurisprudence commerciale.
 RJPF : Revue Juridique Personnes et Famille.

RJS : Revue de jurisprudence sociale.
RLDC : Revue Lamy Droit civil.
Rev. proc. coll. : Revue des procédures collectives.
Rev. sociétés : Revue des sociétés.
RJ com : Revue de jurisprudence commerciale.
Rép. Def. : Répertoire du notariat Defrenois.
Req. : Chambre des requêtes (Cour de cassation).
RJL : Revue judiciaire libanaise.
Rev. Jur. Ouest : Revue juridique de l'Ouest.
RJPF : Revue Juridique Personnes et Famille.
RLDC : Revue Lamy droit civil.
RLDI : Revue Lamy droit de l'immatériel.
RRJ : Revue de la recherche juridique, droit prospectif.
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil.
SSL : la Semaine sociale Lamy.
Soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation.
Somm. : sommaire.
Spéc. : spécialement.
S. : suivant.
T. : tome.
T. civ. : tribunal civil.
TGI : tribunal de grande instance.
TPI : tribunal de première instance.
TPS : Revue Travail et Protection sociale.
V^o : *verbo* (mot).
V. : voir.

Sommaire

<i>Introduction</i>	19
<u>Section 1^{ère}</u> : Les origines de la notion	20
<u>Section 2</u> : La subsidiarité en droit public	21
<u>Section 3</u> : La subsidiarité et les notions voisines	23
<u>Par. 1^{er}</u> : La subsidiarité et l'équivalence.	23
<u>Par. 2</u> : La subsidiarité et l'accessoire.	25
<u>Par. 3</u> : La subsidiarité et le supplétif.	26
<u>Par. 4</u> : La subsidiarité et le conflit de normes.	27
<u>Par. 5</u> : La subsidiarité et le concours d'actions.	28
<u>Par. 6</u> : La subsidiarité et les principes généraux du droit.	30
<u>Section 4</u> : La subsidiarité et les lacunes dans le droit	33
<u>Section 5</u> : Une problématique pour le droit privé	34
<i>Chapitre préliminaire</i> :.....	37
<i>La notion de subsidiarité</i>	37
<u>Section 1^{ère}</u> : Les acceptations de la subsidiarité	37
<u>Sous-section 1^{ère}</u> : L'acceptation classique de la subsidiarité : la nécessaire distinction entre <i>les obstacles de fait et les obstacles de droit</i>	39
<u>Par. 1^{er}</u> : La première acceptation de la subsidiarité : la prohibition d'utiliser l'action subsidiaire lorsque le demandeur dispose d'une action de droit commun efficace.	43
<u>Par. 2</u> : La deuxième acceptation de la subsidiarité : la prohibition d'utiliser l'action subsidiaire pour pallier l'absence d'une voie de droit perdue par la faute du demandeur.	49
<u>Par. 3</u> : La troisième acceptation de la subsidiarité : la prohibition d'utiliser l'action subsidiaire pour éviter l'application des dispositions impératives de la loi.	58

<u>Par. 4</u> : La quatrième acception de la subsidiarité : la prohibition d'utiliser l'action subsidiaire lorsque le demandeur aurait pu disposer d'une autre action, mais que celle-ci lui est refusée par la loi.....	71
<u>Par. 5</u> : La cinquième acception de la subsidiarité : la possibilité d'utiliser l'action subsidiaire lorsqu'un obstacle de fait provenant du chef du défendeur, empêche le succès de l'action de droit commun.	77
<u>Sous-section 2</u> : L'acception nouvelle de la subsidiarité.....	82
<u>Section 2</u> : Les fondements de la subsidiarité.....	87
<u>Sous-section 1^{ère}</u> : La prohibition de la fraude à la loi : fondement de la subsidiarité illustré par l'action en enrichissement sans cause.	87
<u>Sous-section 2</u> : L'équité. Fondement de la subsidiarité illustré également par l'action en enrichissement sans cause.	89
<u>Sous-section 3</u> : La personnalité morale. Fondement de la subsidiarité illustré par le régime juridique de l'obligation au passif social des associés de sociétés civiles de droit commun et de groupements assimilés.....	94
<u>Sous-section 4</u> : La liberté laissée aux plaideurs d'employer dans le procès tout ce que la loi n'interdit pas formellement : fondement de la <i>subsidiarité processuelle</i>	95
Conclusion du chapitre préliminaire	97
<u>Première partie</u> : <i>La primauté du principal préservée par la subsidiarité</i>	102
<u>Titre 1^{er}</u> : La subsidiarité dans le droit substantiel.....	103
<u>Chapitre 1^{er}</u> : L'obligation de la caution simple : illustration d'obligation subsidiaire.	104
<u>Section 1^{ère}</u> : La mise en œuvre du bénéfice de discussion : illustration d'une gradation des poursuites.	106
<u>Section 2</u> : Les effets du bénéfice de discussion : la subsidiarité de l'obligation de la caution.	111
<u>Section 3</u> : Les limites de la subsidiarité de l'obligation de la caution.	115
<u>Section 4</u> : La coexistence, dans le cautionnement, des deux notions d'accessoirité et de subsidiarité.....	120
Conclusion du chapitre	123

<u>Chapitre 2</u> : L'obligation aux dettes sociales des associés de sociétés civiles de droit commun et de groupements assimilés : illustration d'obligations subsidiaires susceptibles de degrés.	124
<u>Sous-chapitre 1^{er}</u> : Les groupements soumis à l'exigence de la préalable et vaine poursuite : illustration d'une subsidiarité forte.	133
<u>Section 1^{ère}</u> : Les conditions de la responsabilité des associés aux dettes sociales.	134
<u>Sous-section 1^{ère}</u> : Les exigences relatives aux poursuites contre la société.	135
<u>Par. 1^{er}</u> : L'exigence de poursuites préalables.	135
<u>Par. 2</u> : L'exigence de poursuites vaines.	139
<u>Sous-par. 1^{er}</u> : Les actes jugés comme non constitutifs de vaines poursuites.	142
<u>Sous-par. 2</u> : Les actes jugés comme constitutifs de vaines poursuites.	144
<u>Sous-par. 3</u> : La conception retenue en droit positif de la notion de vaines poursuites.	146
<u>Sous-section 2</u> : La nécessité du caractère social de la dette.	162
<u>Par. 1^{er}</u> : La notion de dettes sociales.	163
<u>Par. 2</u> : La généralité des sources des engagements sociaux.	166
<u>Par. 3</u> : Le caractère non autonome de l'engagement des associés. ...	169
<u>Sous-section 3</u> : Appréciation critique des rapports qu'entretiennent l'exigence de la vanité des poursuites et la subsidiarité de l'obligation des associés au passif social.	175
<u>Section 2</u> : Les exigences relatives à l'exécution de la dette à l'encontre des associés.	180
<u>Par. 1^{er}</u> : La nécessité de la qualité d'associé.	180
<u>Par. 2</u> : La nécessité d'un titre contre les associés.	188
<u>Section 3</u> : Explication du fondement de la subsidiarité de l'obligation des associés : la personnalité morale des sociétés civiles.	195
<u>Par. 1^{er}</u> : La comparaison avec le droit antérieur.	195
<u>Par. 2</u> : L'apport de la jurisprudence ancienne.	198
<u>Par. 3</u> : Les innovations de la loi réformant les sociétés civiles.	202
<u>Section 4</u> : L'obligation subsidiaire des associés et le cautionnement.	206

<u>Sous-chapitre 2</u> : Les groupements soumis à l'exigence de la mise en demeure préalable : illustration d'une subsidiarité atténuée.	213
<u>Section 1^{ère}</u> : Les questions soulevées pour tous les groupements.	214
<u>Sous-section 1^{ère}</u> : La mise en demeure préalable.	215
<u>Par. 1^{er}</u> : La notion de mise en demeure.	218
<u>Par. 2</u> : Le régime juridique de la mise en demeure.	221
<u>Sous-section 2</u> : La nécessité du caractère social de la dette.	225
<u>Sous-section 3</u> : La nécessité de la qualité d'associé.	228
<u>Par. 1^{er}</u> : Les sociétés en nom collectif.	228
<u>Par. 2</u> : Les sociétés civiles de construction-vente.	239
<u>Par. 3</u> : Les sociétés civiles professionnelles.	243
<u>Section 2</u> : Les questions spécifiques à chaque type de groupement.	245
<u>Sous-section 1^{ère}</u> : Les sociétés civiles autres que de droit commun. ...	245
<u>Par. 1^{er}</u> : La société civile de construction-vente.	245
<u>Par. 2</u> : La société civile professionnelle.	252
<u>Sous-section 2</u> : Les sociétés en nom collectif.	252
<u>Par. 1^{er}</u> : La comparaison avec le droit antérieur.	253
<u>Par. 2</u> : L'apport du droit actuel.	261
<u>Sous-section 3</u> : Les groupements d'intérêt économique.	263
<u>Par. 1^{er}</u> : Essai de définition de l'entité.	263
<u>Par. 2</u> : Le régime de l'obligation aux dettes sociales applicable aux membres du groupement.	266
<u>Sous-chapitre 3</u> : Les correctifs admis en droit positif aux exigences mises en place pour la poursuite des associés pour le passif social. Illustration d'une subsidiarité rejetée.	270
<u>Section 1^{ère}</u> : La dispense accordée aux créanciers de devoir se plier aux exigences édictées par le droit des affaires.	271
<u>Section 2</u> : La persistance d'exigences s'imposant aux créanciers par le droit des entreprises en difficulté.	279
Conclusion du chapitre	283
<u>Chapitre 3</u> : la subsidiarité des voies d'exécution : le cas de la saisie-vente. .	285
<u>Section 1^{ère}</u> : La mise en œuvre de la saisie-vente et l'effet de subsidiarité. .	286
<u>Section 2</u> : Les applications jurisprudentielles de la subsidiarité de la saisie-vente.	292

<u>Section 3</u> : Appréciation critique de la subsidiarité de la saisie-vente.	299
Conclusion du chapitre	301
Conclusion du titre premier	302
<u>Titre 2</u> : La subsidiarité processuelle.	304
<u>Chapitre 1^{er}</u> : La pratique de la demande subsidiaire dans le procès.	305
<u>Section 1^{ère}</u> : L'intérêt qui s'attache au recours à la demande subsidiaire dans le procès.....	307
<u>Par. 1^{er}</u> : L'intérêt d'ordre général à recourir à la demande subsidiaire. ...	307
<u>Par. 2</u> : L'intérêt d'ordre particulier à recourir à la demande subsidiaire.	311
A. – Les règles interdisant le cumul de systèmes juridiques différents.	311
B. – Le « principe de concentration des demandes ».....	318
<u>Section 2</u> : Les violations infligées à la demande subsidiaire dans le procès.	320
<u>Section 3</u> : La demande subsidiaire et l'objet du litige.	327
<u>Section 4</u> : La demande subsidiaire et le deuxième degré de juridiction.	330
<u>Par. 1^{er}</u> : La demande subsidiaire et l'intérêt à interjeter appel.	331
<u>Par. 2</u> : La demande subsidiaire et la demande nouvelle en appel.	333
<u>Section 5</u> : Les conclusions subsidiaires sur le fond et l'effet dévolutif de l'appel dans le cas de nullité de l'acte introductif d'instance.	336
<u>Section 6</u> : La demande subsidiaire et la loyauté de la demande en justice..	341
<u>Chapitre 2</u> : La réglementation de la demande subsidiaire par le législateur.	345
<u>Section 1^{ère}</u> : La prohibition de la subsidiarité de la demande.....	345
<u>Section 2</u> : L'exigence de la subsidiarité de la demande.....	350
<u>Section 3</u> : La définition impérative du fondement de la demande subsidiaire.	351
<u>Chapitre 3</u> : La nature juridique de la subsidiarité comme défense dans le procès.....	356
Conclusion du titre deuxième	358
<i>Conclusion de la première partie</i>	359
<u>Deuxième partie</u> : La suppléance du principal assurée par la subsidiarité.	362
<u>Titre 1^{er}</u> : Les voies subsidiaires du Droit.	363
<u>Chapitre 1^{er}</u> : La voie de droit subsidiaire : l'action subsidiaire.....	365

<u>Section 1^{ère}</u> : La consécration de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause.	367
<u>Section 2</u> : Le rôle de la subsidiarité dans l'action en enrichissement sans cause.....	370
<u>Sous-section 1^{ère}</u> : Les opinions doctrinales sur la notion.	370
Par. 1^{er} : La notion dans la doctrine classique.	370
Par. 2 : La notion dans la doctrine moderne.....	374
Par. 3 : La notion dans la doctrine contemporaine.	378
<u>Sous-section 2</u> : L'apport du droit positif sur la question de la qualification de la subsidiarité dans l'enrichissement sans cause.	381
<u>Section 3</u> : Les applications données à la subsidiarité dans l'enrichissement sans cause.	385
<u>Sous-section 1^{ère}</u> : Le domaine général de l'enrichissement sans cause... ..	386
<u>Sous-section 2</u> : Le domaine particulier de l'enrichissement sans cause.. ..	400
Par. 1^{er} : Dans les relations de travail.....	402
Par. 2 : Dans les relations de famille.	408
<u>Sous-par. 1^{er}</u> : L'enrichissement sans cause au sein du couple.	409
A. – Dans le cadre du mariage.	410
B. – Dans le cadre d'un concubinage.	432
C. – Dans le cadre du PACS.	440
<u>Sous-par. 2</u> : L'enrichissement sans cause dans les relations entre ascendants, descendants et collatéraux.	443
A. – L'application de la théorie de l'enrichissement sans cause dans le cadre de la collaboration familiale agricole.	443
B. – L'application de la théorie de l'enrichissement sans cause pour le secours et l'assistance exercés par un membre de la famille au profit de l'autre.	451
<u>Section 4</u> : Les tempéraments admis actuellement de la fonction classique de subsidiarité dans l'enrichissement sans cause.	456
<u>Sous-section 1^{ère}</u> : La problématique de la faute de l'appauvri, son incidence sur un éventuel rejet de l'action en enrichissement sans cause.	457
Par. 1^{er} : L'état du droit positif sur la question : une jurisprudence des plus hésitantes.	458
Par. 2 : Appréciation critique de la jurisprudence.	474

Par. 3 : Une jurisprudence progressiste suivie à l'égard de l'appauvri fautif : le cas de la jurisprudence sociale.....	476
Par. 4 : Appréciation du lien entre la faute de l'appauvri et la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause.....	478
<u>Sous-section 2 :</u> La problématique du lien entre la cause de l'enrichissement et le principe de subsidiarité de l'action.....	483
Conclusion du chapitre	486
<u>Chapitre 2 :</u> La voie de recours subsidiaire : le cas des recours-nullité.	488
<u>Sous-chapitre 1^{er} :</u> L'appel-nullité : voie de recours subsidiaire typique. ...	491
<u>Section 1^{ère} :</u> Les fondements de l'appel-nullité.....	498
Par. 1^{er} : L'excès de pouvoir.....	499
<u>Sous-par. 1^{er} :</u> La notion d'excès de pouvoir.	499
<u>A. – La notion traditionnelle d'excès de pouvoir.</u>	500
<u>B. – La notion actuelle d'excès de pouvoir.</u>	503
<u>Sous-par. 2 :</u> Les illustrations jurisprudentielles de la notion.	510
<u>A. – Les griefs jugés comme constitutifs d'excès de pouvoir.</u>	511
<u>B. – Les griefs jugés comme non constitutifs d'excès de pouvoir.</u> 535	
<u>C. – Appréciation critique.</u>	543
<u>Sous-par. 3 :</u> L'effet attaché à l'excès de pouvoir en matière de recours différé.	545
<u>Sous-par. 4 :</u> Appréciation du lien entre subsidiarité et excès de pouvoir.....	564
Par. 2 : La violation d'un principe fondamental de procédure civile... 566	
<u>Sous-par. 1^{er} :</u> La richesse de la notion de principes fondamentaux de procédure.	566
<u>A. – Le principe du respect des droits de la défense.</u>	567
<u>B. – Les principes fondamentaux de procédure civile autres que le respect des droits de la défense.</u>	573
<u>Sous-par. 2 :</u> La remise en cause partielle de la violation des principes fondamentaux de procédure civile, comme fondement de l'appel-nullité.....	577
<u>Section 2 :</u> La subsidiarité dans l'appel-nullité.	582
Par. 1^{er} : Les conditions de mise en œuvre de l'appel-nullité : une affirmation de sa subsidiarité.....	582

<u>Sous-par. 1^{er}</u> : Une décision rendue dans des conditions exclusives de l'appel.	582
<u>A.</u> – La renonciation conventionnelle à l'appel.	582
<u>B.</u> – L'interdiction légale de l'appel.	586
<u>Sous-par. 2</u> : L'inexistence de toute autre voie de recours pour sanctionner le vice.	604
Par. 2 : La consécration jurisprudentielle de l'appel-nullité.	604
<u>Sous-par. 1^{er}</u> : L'affirmation de principe d'existence de l'appel-nullité.	605
<u>Sous-par. 2</u> : L'affirmation, sans ambiguïté, de la subsidiarité de l'appel-nullité.	609
Par. 3 : Les manifestations jurisprudentielles de la subsidiarité de l'appel-nullité.	612
<u>Sous-par. 1^{er}</u> : En droit des procédures collectives.	613
<u>Sous-par. 2</u> : En droit de l'arbitrage.	636
<u>Sous-par. 3</u> : En droit de la famille.	650
<u>Section 3</u> : Les effets de l'appel-nullité.	651
Par. 1^{er} : La solution du droit positif sur la question de l'effet dévolutif de l'appel-nullité.	653
Par. 2 : L'existence de l'effet dévolutif dans le cas d'irrégularité procédurale grave.	655
Par. 3 : Les enjeux qui s'attachent à la reconnaissance d'un effet dévolutif à l'appel-nullité.	658
<u>Section 4</u> : L'office du juge dans l'appel-nullité.	659
<u>Sous-chapitre 2</u> : Les autres recours-nullité existants.	661
<u>Section 1^{ère}</u> : Le pourvoi-nullité.	663
<u>Par. 1^{er}</u> : La consécration de la recevabilité du pourvoi-nullité : l'application du droit commun des voies de recours.	668
<u>Par. 2</u> : La subsidiarité du pourvoi-nullité.	673
<u>Section 2</u> : La tierce opposition-nullité.	675
Par. 1^{er} : Le domaine d'application de la tierce opposition-nullité.	676
Par. 2 : L'affirmation de la recevabilité de principe de la tierce opposition-nullité.	678
<u>Section 3</u> : Le recours en révision-nullité.	684

Conclusion du chapitre	691
Conclusion du titre premier	693
Titre 2 : La vocation subsidiaire du droit commun à s'appliquer pour combler les lacunes des droits spéciaux	694
Chapitre 1^{er} : La subsidiarité et les notions directrices des droits spéciaux. ...	697
Section 1^{ère} : Principe de faveur et subsidiarité.	697
Section 2 : Hiérarchie des normes et subsidiarité.	701
Section 3 : La subsidiarité et l'emprunt par les droits spéciaux des concepts du droit civil, droit commun.	705
Chapitre 2 : La vocation subsidiaire du droit commun de la responsabilité civile, l'article 1382 C.C.....	713
Section 1^{ère} : Son application au droit du travail.	719
Sous-section 1^{ère} : Dans la conclusion du contrat de travail.....	721
Sous-section 2 : Dans l'exécution du contrat de travail.	722
Par. 1^{er} : Dans l'exercice du droit de grève.	723
Sous-par. 1^{er} : L'exercice fautif du droit de grève.....	726
A. – Par les grévistes, personnes physiques	728
B. – Par les grévistes, personnes morales	732
Sous-par. 2 : La sanction de l'exercice fautif du droit de grève.	736
Par. 2 : Dans l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur.	740
Par. 3 : Dans le cas d'existence d'agissements constitutifs de concurrence déloyale.	744
Sous-section 3 : Dans les effets du contrat de travail à l'égard des tiers. .	749
Section 2 : Son application au droit du divorce.	756
Conclusion du titre deuxième	776
Conclusion de la deuxième partie	777
Conclusion générale	779
Bibliographie	782
Index alphabétique	812

Introduction

1. – Le terme subsidiaire vient du latin *subsidium*, signifiant « *ligne de réserve dans l'ordre de bataille* », « *réserve* », « *troupe de réserve* », ou « *moyen de remédier* », « *moyens pour parer à toute éventualité* », « *ressources pour toute éventualité* », ou encore, « *aide* », « *appui* », « *soutien* », « *assistance* »¹.

Dans le Petit Robert de 2011², la subsidiarité est définie comme « *la qualité de ce qui est subsidiaire* ». Le « *subsidiaire* » est, quant à lui, défini par ce dictionnaire comme « *celui qui constitue un recours, qui doit venir à l'appui d'une chose plus importante si c'est nécessaire* ». La première proposition dans cette définition, n'ajoute pas grand-chose à la définition première et latine de cet adjectif ; nous voyons, au contraire, que la définition séculaire est plus *exhaustive*, et montre que le terme est très riche et que, surtout, il est *versatile*. La deuxième proposition de cette définition, apporte au contraire quelque chose de *nouveau* par rapport à la définition latine, c'est celle de démontrer la *différence d'importance* qui sépare le subsidiaire de celui qu'il ne l'est pas. On a alors l'impression qu'il y a une différence dans le *rang occupé respectivement par ces deux éléments*, le subsidiaire et le non-subsidiaire, ce qui évoque inévitablement l'idée de *hiérarchie*.

La deuxième partie de cette définition, est quant à elle, *purement juridique*, elle se rapporte aux « *conclusions subsidiaires* » ; celles-ci sont définies comme étant « *celles qu'on prend avec les conclusions principales pour le cas où celles-ci ne seraient pas adjugées* ». Cette définition possède en premier, le mérite de mettre en relief l'*opposition* du principal au subsidiaire, que nous avons d'ailleurs adoptée pour mener cette étude. Elle possède, en deuxième lieu, la caractéristique d'être *exactement juridique*, puisqu'elle décrit avec justesse le *fonctionnement* de la demande subsidiaire dans le procès, que nous envisagerons longuement dans le corps de notre étude³.

2. – Parmi les auteurs qui se sont intéressés au « *vocabulaire juridique* », certains ont négligé la notion *dans son aspect relevant du droit privé*⁴, se contentant

¹ F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français*, Hachette 1934, pp. 1499 et 1500.

² *Le Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, T. 1, 2011, Dictionnaires Le Robert, p. 2448.

³ Sur la question de la demande subsidiaire dans le procès, v. *infra* n^{os} 479 et s.

⁴ R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Litec 2004, spéc. p. 366.

de définir la notion dans son aspect relevant exclusivement du droit *public*, plus précisément, celui relatif au droit européen, d'autres, sans pour autant négliger la notion dans son appartenance au droit privé, se contentèrent de définir la subsidiarité par, « *le caractère de ce qui est subsidiaire* »⁵, alors qu'en évoquant cette notion en droit public, ils en expliquèrent plus nettement le fonctionnement⁶, d'autres encore, *ne l'ont aucunement évoquée*⁷.

3. – Ceci démontre que, tel qu'elle se présente en droit privé, la subsidiarité est souvent *peu connue*, ou, qu'elle ne suscite pas suffisamment l'intérêt des auteurs. Et, lorsqu'elle est évoquée, c'est le plus souvent comme étant *une notion de droit public*. En droit privé, elle est plus souvent pressentie que véritablement analysée. C'est pour cette raison que nous avons été incitée à faire ce choix comme sujet de notre étude.

4. – Après cette brève entrée en matière, il nous faut envisager dans l'introduction et successivement dans les cinq sections suivantes, les origines de la notion de subsidiarité, cette notion telle qu'elle se présente en droit public, le rapprochement entre celle-ci et les notions qui lui sont voisines, puis, la subsidiarité et l'existence de lacunes dans le droit, pour enfin définir notre problématique.

Section 1^{ère} : Les origines de la notion.

5. – Les origines de la subsidiarité se trouvent dans la pensée *politique*. Elles remontent loin dans le temps, puisqu'on estime qu'elle a été préconisée pour la première fois, par un philosophe et théologien réformé allemand du 17^{ème} siècle⁸. Sa pensée *pionnière*, a fait de lui le père du *fédéralisme moderne* et de la *souveraineté populaire*.

Quelques siècles plus tard, et sans doute sous l'influence des penseurs, saints et théologiens de l'Eglise, la notion de subsidiarité fut endossée *en tant que principe* et reprise dans la doctrine de l'Eglise catholique. En effet, dans la doctrine des théologiens, ce principe se fondait sur l'idée selon laquelle, c'est une erreur – morale

⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., PUF, 2011, spéc. p. 984.

⁶ G. CORNU, *ibid.*, p. 984.

⁷ D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF 2003.

⁸ C'est de Johannes ALTHUSIUS que nous parlons. Ce philosophe est connu pour son ouvrage de 1603, intitulé *Politica methodice digesta et exemplis sacris et profanis illustrata, cui in fine adjuncta est Oratio panegyrica de utilitate, necessitate et antiquitate scholarum*, ou, « *La Politique, exposée de façon méthodique, et illustrée par des exemples sacrés et profanes...* ».

et de charité – que de laisser faire *par un niveau social trop élevé ce qui peut être fait par le niveau social le plus bas*, car on le priverait *de tout ce qu'il peut faire*.

6. – Ce fut en effet, *en écho de ces idées*, que, en 1931, le pape Pie XI dans sa fameuse encyclique *Quadragesimo Anno*, signifiant « dans la quarantième année »⁹, préconisa *l'établissement d'un ordre social* basé sur le principe de subsidiarité.

L'encyclique *Quadragesimo Anno* fut l'aboutissement de plusieurs siècles de pensée philosophique et religieuse, axée sur la notion de subsidiarité. Cette encyclique va, d'ailleurs, comme nous allons le voir, *fortement influencer le droit actuel*.

Cet aperçu sur l'origine de la notion, nous aidera à mieux comprendre celle-ci telle qu'elle se présente en *droit public*.

Section 2 : La subsidiarité en droit public.

7. – Telle qu'elle s'applique en droit public, la subsidiarité est le plus connue en *droit de l'Union européenne*. Elle en constitue l'un *des principes directeurs*. La subsidiarité fut instituée par l'article 5 du traité de Maastricht, traité constitutif de l'Union européenne¹⁰.

Il résulte de cet article que le principe de subsidiarité œuvre à *repartir* les compétences respectives entre la Communauté et les Etats membres, de manière à ce que ces compétences soient exercées de *manière efficace*¹¹. A l'égard de la

⁹ C'est par référence à l'encyclique du Pape Léon XIII de 1891, intitulée *Rerum novarum*, signifiant « *De la révolution* », et parce qu'elle a été adoptée *quarante ans après celle-ci*, que l'encyclique sur le principe de subsidiarité de 1931 a reçu cet intitulé. L'encyclique *Rerum novarum*, constitue par ailleurs, le *texte inaugural* de la doctrine sociale de l'Eglise catholique. L'encyclique de 1931 se situe *dans son prolongement*.

¹⁰ Le fameux article 5 du traité de Maastricht, dispose que :

« La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité. Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité ».

Cet article qui d'ailleurs est d'une rédaction exemplaire, appelle plusieurs observations. La première et la plus importante, c'est d'avoir *nommément désigné* le principe de subsidiarité. La deuxième se rapporte aux *objectifs* – louables – poursuivis par ce principe ; il tend, autant que possible, à permettre que les actions réalisées par l'un ou l'autre, de la Communauté et des Etats membres, se réalisent de *la meilleure manière qui soit*. Ce faisant, il poursuit un objectif d'*efficacité dans l'action*. La troisième observation qui se rapporte quant à elle, à la dernière phrase de cet article, évoque la *limitation infligée par la subsidiarité* à l'action de la Communauté. Son action *ne se justifie qu'autant elle est nécessaire* à la réalisation des objectifs poursuivis par ledit traité.

Rappr. sur ce dernier point : P. DAILLIER, NGUYEN QUOC DINH et M. FORTEAU, *Droit international public*, L.G.D.J. Lextenso 2008, spéc. n° 389 *in fine*.

¹¹ Rappr. : Ph. ARDANT et B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, L.G.D.J. 2013, spéc. n° 704.

Communauté, le principe de subsidiarité constitue une *limitation* infligée à sa compétence *au profit des Etats membres*¹².

8. – Ayant connu un succès dans le droit de l'Union européenne, la subsidiarité a inspiré le législateur national.

C'est alors, en *droit administratif* que celui-ci y a eu aussi recours, et ceci dans le dessein *de mettre de l'ordre* entre les compétences – concurrentes – des différentes personnes de droit public. C'est pour servir cet objectif, qu'est entrée en vigueur la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, relative à « l'organisation décentralisée de la République ». Comme l'intitulé de cette loi l'indique, le principe de subsidiarité est le plus souvent employé en droit public dans le but d'opérer une *décentralisation* de compétences entre les différentes entités ou personnes morales. Clairement, on rejoint ici la doctrine allemande susmentionnée préconisée au 17^{ème} siècle.

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 est venue ajouter, par son article 5, un deuxième alinéa à l'article 72 de la Constitution, *introduisant ainsi à ce texte le principe de subsidiarité* mais sans aucunement employer le mot¹³. Cet article dispose désormais que :

« Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ».

Il est intéressant de souligner, que, à l'instar de l'article 5 précité du traité de Maastricht, on peut lire ici, que le critère de compétence des collectivités territoriales est celui de pouvoir réaliser les objectifs recherchés *de manière meilleure que le pouvoir central*.

9. – Un éminent spécialiste de la matière a émis des doutes sur les chances de succès de cette loi¹⁴. Il n'est pas – bien entendu – de notre propos de discuter son opinion. Cet aperçu de la notion de subsidiarité telle qu'elle se présente en droit public, et l'emploi qui en est fait par le législateur, avait, plus simplement, pour but de démontrer que le fonctionnement ainsi que la finalité poursuivie par la subsidiarité, promue au rang de *principe*, diffèrent fondamentalement de ses fonctions en droit privé. En droit public, celle-ci est fondée sur l'idée de « répartition de compétences » ou de « décentralisation », idées toutes deux *étrangères au droit privé*.

¹² D. RUZIÉ et G. TEBOUL, *Droit international public*, Dalloz 2013, spéc. p. 45.

¹³ V. par ex. qui le relève : Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, L.G.D.J. Lextenso 2012, spéc. n° 512.

¹⁴ J. WALINÉ, *Droit administratif*, Dalloz 2010, spéc. n° 130 et les réf. citées.

Après avoir examiné le contenu de la notion en droit public, nous envisageons dans ce qui suit le rapprochement entre la subsidiarité et les notions qui pourraient lui être voisines.

Section 3 : La subsidiarité et les notions voisines.

10. – Une première approche de la subsidiarité pourrait valablement se faire à travers une tentative de rapprocher cette notion d'autres notions qu'on pourrait considérer comme lui étant *voisines* ou *comparables*. C'est un procédé connu dans le droit, que celui de confronter des notions entre lesquelles pourraient exister des *liens*, ou au contraire, de profondes *différences*. Un tel procédé aiderait à mieux comprendre la notion considérée ; ceci doit être surtout vrai pour la subsidiarité, notion encore – relativement – peu connue, ni profondément étudiée. Seront ainsi, dans les paragraphes suivants, successivement rapprochés avec la subsidiarité, les notions d'équivalence, d'accessoire, de supplétif...

Par. 1^{er} : La subsidiarité et l'équivalence.

11. – Les deux notions de subsidiarité et d'équivalence peuvent *a priori* paraître antinomiques. En effet, par définition, le subsidiaire est ce qui vient en second rang, qui a pour fonction d'assister, de seconder, de venir en aide au principal. Le subsidiaire n'est pas supposé égaler le principal ou venir à sa concurrence, mais, bien au contraire, remédier à l'insuffisance du principal ou à sa défaillance. Il est souvent vu comme un dernier remède, une voie de secours ultime. Et c'est pour ceci que le plus souvent, le subsidiaire tend à apporter des résultats *moindres* que le principal ; un exemple en est fourni par l'action en enrichissement sans cause, *action subsidiaire typique*¹⁵.

Mais aussi, l'on pourrait dire d'un autre côté, que l'équivalence entre les biens et les droits est empreinte de *relativité*. Rechercher une équivalence absolue entre les droits est sans doute illusoire. Les règles de droit et les institutions juridiques tendent *le plus possible*, vers l'obtention d'un résultat équivalent pour l'individu, sujet de droit. Certains textes ont écarté l'alternative de l'équivalence dans l'exécution des obligations, et ont posé comme principe le droit pour le créancier à l'obtention de *la*

¹⁵ Sur l'indemnité que peut apporter l'action en enrichissement sans cause ainsi que l'application de la règle du « double plafond » qui s'en suit, v. *infra* n^{os} 35 et 488.

chose même objet de l'obligation. Il en est ainsi, en droit libanais, de l'article 249 C.O.C. Ce texte dispose :

« Autant que possible, l'exécution des obligations doit avoir lieu en nature, le créancier ayant un droit acquis à la prestation même qui forme l'objet du rapport obligatoire ».

Ce texte procédant par voie d'énonciation générale, et étant par ailleurs de facture doctrinale accusée, ne couvre en réalité qu'un domaine restreint qui est celui de *l'exécution des obligations*¹⁶. Il écarte l'équivalence de ce domaine précis, et *privilégie* l'exécution en nature. Au surplus, il pose que le droit à l'exécution en nature de l'obligation devait se réaliser *dans la mesure du possible*. On pourrait avancer que l'exécution en nature constitue la solution idéale, mais *assurément pas la seule*. Par conséquent, l'équivalence *lato sensu* reprend son empire en cas d'impossibilité d'exécution en nature. Mais aussi, et en dehors du cadre de l'exécution des obligations, l'équivalence sous-tend différentes techniques et institutions du droit privé, tel est notamment le cas de la subrogation réelle¹⁷.

12. – Nous pensons surtout que subsidiarité et équivalence procèdent de deux techniques *différentes*. La subsidiarité constitue une voie de secours, elle a pour fonction de pallier les carences du système juridique ; c'est une notion *fonctionnelle*. Alors que l'équivalence procède de l'idée de justice commutative, elle constitue l'idée de base de certaines techniques juridiques, mais ne s'exteriorise pas d'elle-même sur la scène juridique, elle ne se concrétise pas sans le support d'une institution ou d'une technique juridique¹⁸, et à la différence de la subsidiarité, elle n'intervient pas directement dans l'application du droit.

Cette différence fondamentale se révèle surtout au niveau du procès, alors que la subsidiarité – fût-elle relative à une obligation ou à une action – peut être opposée par le plaideur dans le procès, l'équivalence n'a pas cette consistance qui lui permette d'être employée par le plaideur dans le procès pour obtenir le rejet de la prétention de son adversaire. L'équivalence est, à la différence de la subsidiarité, une notion *conceptuelle*.

¹⁶ L'article 249 COC se situe effectivement dans le Livre troisième du Code des obligations et des contrats libanais se rapportant aux « effets des obligations », et plus précisément sous le Titre premier dudit livre relatif à « l'exécution en nature ».

¹⁷ V. : J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse 1919, Paris, Jouve, spéc. pp. 66 à 69.

¹⁸ V. pour une confirmation de cette idée : J. MAURY, *ibid.* L'auteur procède à une analyse des différentes institutions – et elles sont assez nombreuses – qui sont fondées, selon lui, sur la notion d'équivalence. Il distingue ainsi entre d'une part, celles qui sont de nature contractuelle, et, d'autre part, celles qui sont de nature extracontractuelle.

Il est intéressant à cet égard de souligner qu'un éminent auteur a considéré que, le « principe d'équivalence » constituerait « une des grandes sources d'obligations du droit français »¹⁹. Il a ainsi expliqué que c'est ce principe qui sous-tend l'obligation d'indemniser celui aux dépens de qui on s'est enrichi sans cause, autrement dit, qui fonde l'action en enrichissement sans cause. Ainsi si on part de ce postulat, on serait tenté, dans cette perspective particulière d'équivalence, de faire le lien entre subsidiarité et équivalence. La première *caractérise* l'action en enrichissement sans cause, alors que la seconde constituerait un *fondement* de celle-ci. Or, nous ne pensons pas qu'il soit possible de faire le rapprochement de cette manière-là non plus entre subsidiarité et équivalence. Il serait plus défendable d'avancer, que c'est l'*équité* qui sous-tend l'obligation d'indemniser celui aux dépens de qui on s'est injustement enrichi²⁰. L'équivalence *n'aurait pas la même envergure que l'équité*, et, ne pourrait valablement fonder les obligations d'indemnisations et de restitution. Subsidiarité et équivalence *ne peuvent donc se recouper*.

Après la notion d'équivalence, il nous faut à présent tenter de faire le rapprochement entre la subsidiarité et la notion d'accessoire.

Par. 2 : La subsidiarité et l'accessoire.

13. – Ce qui rapproche de prime abord, la subsidiarité de l'accessoire, c'est le fait que les deux notions entretiennent des rapports étroits avec l'élément dit « principal »²¹. Mais il est tout à fait possible d'avancer ici que, l'élément principal pour la subsidiarité *ne revêt pas les mêmes caractéristiques* que l'élément principal par rapport à l'accessoire. Il demeure que les deux notions ne peuvent exister sans le rapport avec un élément considéré comme *principal*.

C'est le fonctionnement de ces deux entités qui marque la différence – fondamentale – qui les sépare. Alors que l'accessoire ne peut exister et perdurer que par l'existence du principal, et qu'il *s'ajoute* à celui-ci²², en ce sens que la disparition du principal *entraîne par contrecoup la disparition de l'accessoire*, il en est tout à

¹⁹ R. SAVATIER, *Cours de droit civil*, T. 2, L.G.D.J., 1944, spéc. n^{os} 200 à 205.

²⁰ Cet auteur a lui-même reconnu que l'équivalence aurait un *fondement d'équité*, c'est le chapitre premier de son Titre II consacré au « principe d'équivalence » que l'auteur intitule « fondement d'équité et histoire », v. : R. SAVATIER, *Cours de droit civil*, *op. cit.*, n^{os} 200 et 205.

²¹ V. : G. GOUBEUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, L.G.D.J., 1969, préf. D. Tallon, spéc. n^{os} 8 et s.

²² G. GOUBEUX, *op. cit.*, n^o 18, p. 35.

fait *autrement* en ce qui concerne le subsidiaire, de sorte que, c'est – au contraire – la disparition du principal qui permet au subsidiaire de *se révéler*.

14. – Il est quand même intéressant de souligner que, bien qu'elles fonctionnent de manière *essentiellement différente*, les deux notions de subsidiaire et d'accessoire ne *s'excluent pas nécessairement l'une l'autre*. Autrement dit, ces deux notions peuvent *coexister* dans une même institution, un même acte juridique ; dans un tel cas de figure, chacune d'elle *remplira la fonction qui lui est propre*. Un exemple est fourni par le *cautionnement simple*²³.

Après la comparaison des notions de subsidiaire et d'accessoire, nous passons dans ce qui suit à la comparaison de la subsidiarité et du supplétif.

Par. 3 : La subsidiarité et le supplétif.

15. – Très souvent, le législateur introduit dans les textes des dispositions supplétives dans l'objectif de laisser aux justiciables le *choix* quant à la disposition législative qu'ils comptent appliquer à leur situation juridique. Ce choix donné par le législateur suppose que la matière sur laquelle devait porter ce choix n'intéresse pas l'ordre public ou un impératif supérieur de justice, auquel cas toute possibilité de choix est *nécessairement retirée aux sujets de droit*. Ainsi, une règle supplétive se définirait *par opposition* à une règle impérative.

Dans le cas où le législateur introduit dans une matière déterminée des dispositions supplétives de la volonté des parties, ceci implique nécessairement qu'il n'existe *aucune hiérarchie* entre les différents textes pouvant faire l'objet d'un choix de la part de celles-ci. Autrement dit, le caractère supplétif d'une disposition est *exclusif* de l'idée de hiérarchie.

La subsidiarité se basant de manière essentielle sur l'idée de hiérarchie, *s'opposerait ainsi à ce qui est supplétif*. C'est l'idée de hiérarchie qui sépare de manière très tranchée la subsidiarité et le caractère de ce qui est supplétif.

16. – Ceux qui n'ont pas pu approfondir leur analyse de la notion de subsidiarité, ont malheureusement fait la confusion entre ces deux notions, énonçant notamment, que la solution supplétive « revêt un caractère subsidiaire »²⁴, et, que les

²³ Sur la question de coexistence dans le cautionnement simple des deux notions d'accessoire et de subsidiaire, v. *infra* n^{os} 162 et s.

²⁴ C. PERÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, L.G.D.J. 2004, tome 421, préf. G. Viney, spéc. n^o 400 et les réf. citées.

deux notions « ne sont pas toujours synonymes »²⁵. Alors qu'il aurait été beaucoup plus exact de dire, que la solution supplétive *suppose un choix offert aux parties*, et que les deux notions, ne sont *jamais synonymes*.

Un auteur a considéré que la subsidiarité est une notion plus riche que la supplétivité, ce qui est vrai²⁶. Il estime que les deux notions ont des effets juridiques similaires, ce qui est également vrai mais seulement dans la mesure où la subsidiarité remplit une fonction de *suppléance, suppléance du principal*. Ceci n'est pas vrai, lorsque la subsidiarité remplit son autre fonction qui est celle *d'assurer la primauté du principal*. Dans une telle hypothèse, *aucun rapprochement* n'est possible entre les deux notions.

De plus et surtout, les modalités de mise en œuvre des deux notions sont *fondamentalement différentes*. Alors que la supplétivité suppose un *choix* exercé par les sujets de droit, choix le plus souvent fait entre deux règles de droit qui ont *une compétence concurrente à s'appliquer*, la subsidiarité suppose, au contraire, l'absence de tout choix, ce n'est pas une alternative parmi d'autres ouverte au justiciable, mais c'est un recours ultime qui s'offre à lui et qui lui ouvrirait la voie à une *équitable compensation*.

La comparaison entre le subsidiaire et le supplétif ayant été faite, nous passons dans ce qui suit, à une notion nouvelle qui est celle de *conflit de normes*.

Par. 4 : La subsidiarité et le conflit de normes.

17. – On serait tenté de rapprocher la notion de subsidiarité de celle de conflit de normes, étant donné que dans le cas de subsidiarité se pose la question de l'applicabilité de l'action en enrichissement sans cause à une situation de droit déterminée, alors que le conflit de normes évoque – comme son nom l'indique – une idée de conflit, de confrontation entre une ou plusieurs normes. C'est cette idée de conflit qui apparemment pourrait unifier les deux notions.

Or, cette impression est tout simplement *trompeuse*, car à les examiner de plus près, ces deux notions se distinguent *nettement*.

²⁵ C. PERÈS-DOURDOU, *ibid.*

²⁶ P. MORVAN, *L'articulation des conventions et accords collectifs. Essai d'«ostéopathie» juridique* in *L'articulation des normes en droit du travail*, B. TEYSSIÉ (Dir.), Economica 2011, p. 7, spéc. n° 47.

18. – En effet, la question des oppositions de normes se rattache au contenu des normes en présence et qui font l'objet d'une comparaison avec les autres normes. Elle ne se rattache pas au domaine d'application des normes en question, à la différence de ce qui en est de la subsidiarité. Celle-ci se rattache au domaine d'application d'une règle de droit comme c'est le cas pour l'action en enrichissement sans cause.

Résoudre les oppositions de normes consiste à interpréter chaque règle de droit applicable aux situations et rapports de droit, cette règle ne se trouvant pas *a priori* en compétition avec une autre règle ayant vocation à régir les mêmes situations.

La résolution de ces conflits consisterait à déterminer le type de rapport que cette règle entretient avec la règle qui lui est comparable ; ces rapports peuvent être soit de contradiction, de contrariété ou de compatibilité²⁷.

La subsidiarité pourrait servir utilement à résoudre les conflits de normes, si elle réussissait à instaurer une *hiérarchie intangible* entre les différentes règles de droit véhiculant ces normes. Dans le cas contraire, et en l'absence d'une telle hiérarchie, les conflits de normes demeureraient totalement *étrangers* à la notion de subsidiarité.

La comparaison de la subsidiarité ayant été faite, nous passons dans ce qui suit à celle relative au *concours d'actions*.

Par. 5 : La subsidiarité et le concours d'actions.

19. – Il n'est pas rare que l'on qualifie à tort certaines actions de *subsidiaries*, alors qu'il ne s'agirait le plus souvent que d'un cas de *concours d'actions*. Les termes employés malheureusement parfois de façon maladroite par le législateur provoquent la confusion dans l'esprit de l'interprète. Il en est notamment ainsi de l'action à fins de subsides régie par l'article 342-8 C.C., modifié par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005. Ce texte dispose que :

« La chose jugée sur l'action à fins de subsides n'élève aucune fin de non-recevoir contre une action ultérieure en recherche de paternité.

L'allocation des subsides cessera d'avoir effet si la filiation paternelle de l'enfant vient à être établie par la suite à l'endroit d'un autre que le débiteur ».

²⁷ Sur ces notions et la question des conflits de normes en général, v. : A. JEAMMAUD, *Les oppositions de normes en droit privé*, thèse Lyon, 1975.

Même s'il est acquis que l'établissement de la filiation adultérine est prohibé là où règne la présomption de légitimité²⁸, ceci n'implique nullement qu'il doive exister entre les deux actions un *rapport de hiérarchie*. Certains auteurs ont fait une mauvaise interprétation du texte précité, considérant qu'une certaine hiérarchie devait exister entre les deux actions en recherche de paternité et à fins de subsides, ils ont estimé que la Cour de cassation subordonnera l'accueil de l'action alimentaire de l'article 342-8 précité à l'échec de l'action en recherche de paternité²⁹, d'autres encore l'ont bel et bien qualifiée d'action subsidiaire par rapport à l'action en recherche de paternité³⁰.

Les décisions qui furent rendues ultérieurement démentirent cette opinion, et la jurisprudence accueillit les actions alimentaires intentées par les enfants adultérins ou naturels simples, sans que ceux-ci eussent emprunté préalablement la voie de l'action d'état.

20. – L'action à fins de subsides est une *action autonome* qui peut par conséquent être intentée de *manière principale* par l'enfant qui demande à obtenir des subsides contre son géniteur. Celui-là peut se contenter d'une action à effets alimentaires alors même qu'un lien de sang dont l'existence n'est pas douteuse le lierait au défendeur à l'action.

Les deux actions à fins de subsides et en recherche de paternité sont une parfaite illustration d'un cas de concours d'actions.

Vu de cette manière, le concours d'actions *s'opposerait* fondamentalement à la notion de subsidiarité. Celle-ci étant fondée sur l'idée de *hiérarchie*, tendrait plus exactement à *empêcher tout concours entre deux ou plusieurs actions*. S'il était possible qu'un quelconque concours existât entre ces deux actions, ceci indiquerait nécessairement qu'aucune de ces actions n'est *subsidiaire par rapport à l'autre*. La subsidiarité *exclurait nécessairement tout concours d'action*.

Ayant ainsi fait la comparaison entre la subsidiarité et le concours d'actions, nous passons dans ce qui va suivre au rapprochement pouvant être fait entre celle-là et les *principes généraux du droit*.

²⁸ F. BOULANGER, *L'action alimentaire des enfants illégitimes après l'arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 1969*, JCP 1970. 1. 2301, n° 12.

²⁹ V. par ex. : F. BOULANGER, *ibid.*, n° 16.

³⁰ B. HAUTEVILLE (d'), *L'action à fins de subsides*, thèse Paris II, 1976, spéc. pp. 385 à 387.

Par. 6 : La subsidiarité et les principes généraux du droit.

21. – On serait de prime abord enclin à faire le rapprochement entre la subsidiarité et les principes généraux du droit. Les principes généraux du droit donneraient au juge les directives et l'orientation à suivre pour donner la solution aux litiges dans le cas où existerait une imprécision ou une lacune dans les règles du droit. Il suffit pour s'en convaincre de se référer à l'article 4 C.C. qui dispose :

« Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

Le juge devait donc puiser dans les principes généraux du droit une solution au litige sur lequel la loi ne donne pas de solution.

A l'opposé, et, en faveur de la place de *premier rang* qu'occuperaient les principes généraux dans le droit, on peut citer l'article 1135 C.C. Ce texte dispose que :

« Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

En droit libanais, il existe, naturellement, un texte comparable à l'article 1135 précité, il s'agit du second alinéa de l'article 221 C.O.C. Selon ce texte, les conventions « doivent être comprises, interprétées et exécutées conformément à la bonne foi, à l'équité et aux usages ». Nous voyons que l'article 221 est d'une rédaction plus claire et d'une portée sensiblement plus importante³¹, que l'article 1135 applicable en droit français.

La référence qui est faite à l'équité dans ces deux articles fondamentaux du droit des obligations et des contrats français et libanais, ne semble pas nous permettre de décider *dans le sens de la subsidiarité de ce principe*. Selon l'article 1135 C.C., l'équité a un domaine d'application très large et général, puisqu'elle étend ses effets à *toutes les obligations sans distinction aucune* ; l'article employant le terme d'« obligation » dans un sens *générique*. A côté de son domaine d'application très large, il nous faut également apprécier l'envergure qui se rapporte à l'application de l'équité, principe général du droit. L'équité possède également une *plénitude d'effet* ; puisque celle-ci s'étend à *l'intégralité des conséquences* qui se rapportent à l'obligation. Ce texte constituant le siège de la matière des obligations et contrats, ceci nous invite alors à apprécier l'importance qui s'attache au recours à l'équité dans

une matière qui occupe *une majeure partie du droit civil*. Il est au surplus un des – rares – textes qui n’ont subi aucune modification depuis la promulgation du Code Napoléon en 1804. L’article 221, al. 2 C.O.C. confère, quant à lui, un *domaine encore plus large à l’équité*.

22. – Une question s’impose alors à nous : les principes généraux du droit seraient-ils subsidiaires ?

Sur ce point, la doctrine est divisée. D’un côté, on a estimé que les grands principes généraux n’ont *qu’un caractère subsidiaire*, que celui-ci est fondé sur une « présomption de volonté du législateur », et que si celui-ci maintient les grands principes généraux, ils ne peuvent jouer *qu’en l’absence d’une réglementation précise*³². On a aussi estimé que l’expansion des principes généraux du droit *doit être conjurée*³³. D’un autre côté, on a estimé que la consécration de l’action en enrichissement sans cause a déterminé plusieurs conclusions importantes, telles que celle qui consiste à attribuer une *nature subsidiaire* aux principes généraux du droit, mais que ces conclusions, si elles se vérifient pour la théorie de l’enrichissement sans cause³⁴, sont, en revanche, *erronées à l’échelle de tous les principes du droit privé*³⁵.

Malgré la grande confusion qui règne autour de la question, nous ne pensons pas que les principes généraux du droit aient un caractère subsidiaire. Pour s’en convaincre il suffit de songer à l’adage *fraus omnia corrumpit*³⁶, ou alors à la maxime

³¹ A la différence de l’article 1135 C.C., qui semble seulement viser les effets et l’exécution des obligations, en employant les termes « obligent » et « suites », le texte libanais étend l’emprise de l’équité à l’approche, l’interprétation et, l’exécution des conventions.

³² H. et L. MAZEAUD, H. CAPITANT (Préf.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. 1. Montchrestien 1965, n^{os} 152 et s. – H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 3^{ème} éd., 1999, Litec, spéc. n^o 148, p. 289, 2^{ème} col. *in fine*. Avant d’émettre leur opinion selon laquelle l’adage “*fraus omnia corrumpit*” ne serait que d’une application subsidiaire, ces auteurs citent pourtant un très ancien arrêt de principe de 1858, qui affirme que : « *la fraude fait exception à toutes les règles* ». On voit donc que, *curieusement*, ces auteurs ne tirent pas les conséquences qui s’attachent à une affirmation séculaire très claire d’une règle émise par la Cour de cassation.

³³ J. MAZEAUD, *L’adage “fraus omnia corrumpit” et son application dans le domaine de la publicité foncière*, Rép. Def. 1962, art. 28265, p. 481, spéc., n^o 4, p. 484. – V. aussi : M. VASSEUR, *Délai préfix, délai de prescription, délai de procédure*, RTD civ. 1950. 439, spéc. p. 467.

³⁴ Sur la subsidiarité de l’action en enrichissement sans cause, v. *infra* n^{os} 594 et s.

³⁵ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999, préf. J.-L. Sourieux, spéc. n^o 170, p. 154 *in fine* et n^{os} 577 à 579. Soulignons que l’auteur prend ses distances à l’égard de la subsidiarité de principe de l’action en enrichissement sans cause. Ce que nous n’avons pas voulu reproduire, car d’une part, ce n’est pas le plus important dans la présente perspective de principes généraux du droit, et d’autre part, pour nous, il n’y a pas de réserve possible pour le caractère subsidiaire de cette théorie.

Sur la subsidiarité de l’action en enrichissement sans cause, v. *infra* n^{os} 594 et s.

³⁶ J. MAZEAUD, art. précit., spéc., n^{os} 4 et 5, p. 484. Cet auteur a admis que la jurisprudence, *n’a pas suffisamment souligné le caractère subsidiaire* de l’adage *fraus omnia corrumpit*.

Nous verrons plus loin que la fraude *fait exception aux règles sur l’arbitrage*. Sur cette question, v. *infra* n^{os} 1141 et s. Il est difficile au vu d’une telle solution de se convaincre d’un prétendu caractère subsidiaire qu’on tente en vain de lui imprimer.

*quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt at excipiendum*³⁷, qui ne sont formulés par aucun texte de loi et qui continuent à être appliqués avec constance et exactitude par la jurisprudence. Ces principes étendent leur emprise à tout le Droit, et loin d'être subsidiaires aux règles de droit écrit, elles *concourent* au contraire avec celles-ci pour que plus de cohérence et d'efficacité soient atteintes dans l'application du Droit.

23. – En droit libanais, il semble cependant qu'une solution *différente* doive s'appliquer. En effet, l'article 4 N.C.P.C. lib. dispose en son dernier alinéa : « En l'absence de texte, le juge aura recours aux principes généraux, à l'usage et à l'équité ». Selon ce texte, les principes généraux, l'usage et l'équité n'ont vocation à s'appliquer que de *manière subsidiaire*, c'est-à-dire seulement *en l'absence d'un texte*.

Nous voyons qu'il s'agit ici d'une solution tout à fait *contraire* à celle qui est suivie en droit français ; il semble que le législateur libanais ait été influencé par une autorité doctrinale française qui cherchait à imprimer aux principes généraux du droit un caractère subsidiaire³⁸. Et en l'existence d'un texte aussi clair que l'article 4 N.C.P.C. lib., il n'est point possible que de donner aux principes généraux du droit en droit libanais, *qu'un caractère subsidiaire*.

Ayant examiné les liens pouvant exister entre la subsidiarité et les notions voisines, il nous faut à présent envisager quels liens pourraient exister entre la subsidiarité et l'existence de lacunes dans le droit.

Citons sur ce point une jurisprudence *séculaire*, il s'agit de l'arrêt de la Chambre des requêtes du 3 juillet 1817, v. : Cass. req., 3 juill. 1817 : S. 1818. I. 338. Dans cet arrêt, la Cour énonce que : « *Attendu...*, que l'art. 1184 n'a pas été violé, puisque les actes dont il s'agit au procès étaient principalement attaqués, et on été annulés comme infectés de dol et de fraude, ce qui fait exception à toutes les règles pour les cas ordinaires ». Soulignons que l'attendu relève que l'article 1184 C.C., n'a pas été violé. Les actes litigieux ont été annulés car ils sont entachés de fraude. La valeur de cet arrêt innovateur, est d'autant plus *significative* qu'il a été rendu en 1817, soit treize années exactement après la promulgation du Code civil. Celui-ci était à cette époque encore, un *Code jeune*. Ceci veut dire que par le principe qu'elle y a énoncé, la Cour de cassation n'a pas voulu ni ajouter ni retrancher à l'autorité attachée à l'application de la loi. Elle a simplement voulu instaurer un principe de *valeur supérieure*, que les juges devront suivre dans le contrôle qu'ils font de la *légitimité* que les parties recherchent à travers les conventions qu'ils concluent. Cet arrêt de principe démontre également que la construction d'une théorie de la fraude à la loi remonte assez loin dans le temps ; elle est *contemporaine à la promulgation du Code Napoléon*.

³⁷ Sur la maxime *quae temporalia...*, v. *infra* n° 48.

³⁸ Un auteur a montré quelles sont les méthodes suivies par une certaine doctrine pour imprimer un caractère subsidiaire aux principes généraux du droit, dans le but de limiter leur portée, v. : P. MORVAN, *op. cit.*, n°s 577, 578, 581 et 582 et les réf. citées.

Section 4 : La subsidiarité et les lacunes dans le droit.

24. – Depuis toujours, les auteurs se sont intéressés à la question de l'existence de lacunes dans le droit³⁹.

L'existence de celles-ci est d'ailleurs *indéniable*. Ces lacunes peuvent avoir plusieurs causes et se présenter de manières différentes. Il est possible que le législateur n'ait pas dès le début pu prévoir des règles et solutions à *toutes* les situations juridiques qui pourraient se présenter⁴⁰. Il est possible aussi que ces lacunes résultent d'un retard dans l'activité législative, ou d'une absence prolongée de celle-ci, comme lorsque les autorités compétentes négligent, pour une raison ou une autre, de promulguer certains textes réglementaires, ou des décrets d'application d'une loi, ou, de modifier une loi pour la mettre en harmonie avec de nouvelles données réglementaires⁴¹.

³⁹ G. KALINOWSKI, *La logique des lacunes dans le droit*, Archives de la philosophie du droit, n° 14, Sirey, 1969, p. 353. Cet auteur a eu le mérite d'analyser les types de lacunes ; il précise qu'il existe *plusieurs notions* de lacunes dans le Droit (v. spéc. p. 354 et les réf. citées). Il définit ainsi ces lacunes selon trois types : la lacune logique, la lacune axiologique et la lacune de construction (v. spéc. p. 356 *in fine* et s.). Il n'est pas – bien-entendu – de notre propos de procéder à un examen de ces différents types de lacunes, mais nous avons jugé *nécessaire de le relever*. Il faut par ailleurs préciser que les exemples donnés par l'auteur pour les trois types de lacunes précitées, se rapportaient au droit privé et au droit public. – P. LESCOT, *Les tribunaux face à la carence du législateur*, JCP 1966. I. 2007. – J. MESTRE, *Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat* in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, 2004, Dalloz, LexisNexis, p. 233, spéc. n°s 17 à 21.

⁴⁰ On pourrait dans cette perspective souligner que le Code civil est *largement lacunaire* sur les points de la *formation du contrat*, sur ceux de son contenu, ainsi que sur ceux de son exécution. V. sur cette question : J. MESTRE, *Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat* in *Le Code civil 1804-2004*, art. précit., n°s 17 à 21. Cet auteur relève très pertinemment que le Code civil a omis de réglementer la *formation du contrat*, comme, par exemple, la négociation du contrat et la période essentielle des pourparlers, l'offre et l'acceptation, le moment de la formation du contrat dans les contrats entre absents, le régime des avant-contrats. Il a aussi souligné que cette lacune concerne de même le *contenu du contrat*, comme par exemple, l'hypothèse de la contrariété de conditions générales, le sort des clauses allégeant les obligations et celui des clauses limitatives de responsabilité, le droit des clauses abusives, la prohibition des engagements perpétuels, la prohibition de clauses attentatoires à des droit fondamentaux de la personne des contractants. Il a encore souligné que de telles lacunes concernent aussi le terrain de *l'exécution du contrat*, il en est notamment ainsi de l'affirmation d'un droit à l'exécution, de l'exception d'inexécution et la suspension du contrat, de la résiliation unilatérale, de la cession du contrat, de la reconduction du contrat ou sa prorogation, de l'exécution anticipée, du coût de l'exécution, de la notification pour exécution, la computation des délais.

Il est intéressant de souligner ici, que le Code libanais des obligations et des contrats qui a eu l'avantage de profiter de l'héritage français en matière de jurisprudence et de la doctrine française de grand rayonnement, réglemente, quant à lui, plusieurs des questions relevées par l'auteur comme n'ayant pas été prévues ni régies par le Code civil. Le Code libanais des obligations et des contrats a ainsi réglementé la « période précontractuelle » et la « formation des contrats », l'offre et l'acceptation, la formation des contrats entre absents ou personnes éloignées, et ceci, respectivement, en ses articles 178, 179, 180 à 182, 183 à 185. Ce Code a aussi réglementé la résolution et la résiliation des contrats, et ceci aux articles 239 à 248. Il a de même réglementé, aux articles 249 à 251, la question de « l'exécution en nature », et, aux articles 252 à 267, « l'exécution indirecte, sous forme de dommages-intérêts ».

⁴¹ V. par ex. sur ce point : P. LESCOT, art. précit., n° 6. Cet auteur donne l'exemple de l'article 27 de l'ancien décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires. Cet auteur relève que ledit article 27, modifié par la loi du 6 mars 1958, déclarait que les demandes en révision du loyer des baux commerciaux ne seraient recevables que si, depuis la dernière fixation amiable ou judiciaire du loyer, l'indice des prix dit des 250 articles (choisis comme base de calcul) avait varié de plus de 15 %. Or, explique-t-il, qu'il advint qu'à partir de 1964, cet indice cessa d'être publié et fut remplacé par l'indice national des 259 articles sans que cependant, les pouvoirs publics prissent le soin de modifier l'article 27 précité pour tenir compte du nouvel article modifié.

Le juge joue assurément un rôle principal dans la fonction de combler ces lacunes⁴². Mais à côté de lui, il faut aussi reconnaître le rôle que joue la subsidiarité. Celle-ci se concrétise notamment, à travers *la règle de droit subsidiaire*⁴³, ou *l'action subsidiaire*, ou encore, *la voie de recours subsidiaire*.

Les rapports existant entre la subsidiarité et les lacunes dans le Droit sont étroits car, comme nous avons pu le démontrer, la subsidiarité contribue dans une grande part, à *combler ces lacunes*.

Ayant été ainsi examinée la question des rapports entre la subsidiarité et les lacunes dans le droit, il nous faut à présent expliquer quelle sera notre problématique pour la présente étude.

Section 5 : Une problématique pour le droit privé.

25. – Pour définir la problématique de cette étude, nous procéderons, dans un premier temps, à déterminer ce qui en sera exclu, pour par la suite, et de cette manière, pouvoir déterminer de quoi elle sera constituée.

Sera exclue de cette étude la subsidiarité telle qu'elle est appliquée en droit social⁴⁴. Eu égard à la spécificité de cette matière, la subsidiarité y revêt une physionomie *particulière*. Le droit social met en jeu les relations de l'Etat, plus précisément les appareils administratifs étatiques et les établissements publics, avec les individus bénéficiaires de prestations sociales. Vu de cette manière, le droit social est empreint d'une certaine *mixité*, en ce sens que les personnes engagées dans cette relation *ne relèvent pas exclusivement du droit privé*, car, d'un côté de la relation

⁴² G. KALINOWSKI, art. précit., spéc. p. 355. – V. aussi pour des exemples d'improvisations et de créations prétoriennes, dans le but de *remédier* aux insuffisances et carences de la loi : P. LESCOT, art. précit., n^{os} 3, 4, 5, 6, 7 à 12.

⁴³ G. KALINOWSKI, art. précit., p. 355. Cet auteur reconnaît effectivement le recours à une loi pour combler les éventuelles lacunes dans le Droit. C'est, cependant, à la loi *supplétive*, qu'il fait référence. Il est regrettable de voir que l'auteur fait la confusion sur ce point entre règle supplétive et règle subsidiaire, et emploie celle-là à la place de celle-ci. Il aurait été assurément plus convenable de se référer à la *règle subsidiaire*.

Pour un autre exemple de confusion entre règle supplétive et règle subsidiaire, v. *supra* n° 16.

⁴⁴ Il convient de donner ici une brève définition du droit social. Précisons qu'il est *plus large* que le droit du travail. Il comprend l'ensemble des règles régissant les relations individuelles et collectives de travail. En plus du droit du travail, le droit social comprend le droit de la sécurité sociale et de la mutualité et droit de l'action sociale de l'Etat. Ainsi, ce droit présente la particularité d'être régi à la fois par le droit public et le droit privé. Ce droit traite, à travers une *diversité de prestations* et en menant *diverses actions*, notamment, de la lutte contre l'exclusion sociale et la pauvreté, de la protection des mineurs, de la dépendance des personnes âgées, etc.

Selon la définition du Vocabulaire juridique Capitant (v. : G. CORNU, *op. cit.*, p. 961), le droit social est « la branche du Droit constituée par l'ensemble des règles régissant les relations du travail et englobant, dans l'opinion commune, la protection contre les risques (sécurité sociale) ».

établie, sont en cause des personnes de *droit public*, les services publics et les établissements publics à objet social.

Il n'est pas de notre propos d'étudier la subsidiarité dans la perspective du droit social, surtout lorsque celui-ci met en jeu les relations des individus bénéficiaires des prestations sociales et l'Etat en tant que prestataire de services sociaux.

De plus, et surtout, en droit social, la subsidiarité est guidée par l'impératif *d'ordre public*⁴⁵. Et, ce n'est – précisément – pas l'ordre public qui fonde la subsidiarité telle qu'elle sera envisagée dans l'optique de cette étude⁴⁶. Cette différence de fondement *suffirait à elle seule*, à justifier l'exclusion de la subsidiarité telle qu'elle est appliquée en droit social, de la présente étude.

26. – Ce que nous envisageons d'étudier ce sont les fonctions de la subsidiarité dans les relations interindividuelles. C'est celle qui se rapporterait par exemple, à la théorie générale des obligations et des contrats, au droit des affaires, celui des sociétés, à la procédure civile, etc.

Il n'est pas non plus de notre propos de faire une comparaison entre la subsidiarité en droit privé et cette notion telle qu'elle se présente et se concrétise dans les autres branches du droit. Le bref aperçu fait au début de cette introduction sur la notion de subsidiarité dans différentes branches du droit n'a aucunement ce but, il vise à mieux mettre en relief la *spécificité* de la notion en droit privé et sa richesse, tel que ceci sera démontré.

Sera donc seule envisagée la subsidiarité en *droit interne*, non seulement dans la perspective du droit civil mais de *manière plus générale*, celle qui se rapporte au *droit privé*. Elle déborde donc le droit civil pour atteindre, autant que ceci est possible, le *droit privé dans son intégralité*. En revanche, elle ne concernera pas les relations où l'une des parties a la qualité de *personne de droit public*, comme il en est en droit social tel que nous l'avons expliqué plus haut.

Une approche intelligible et utile de la notion de subsidiarité, nécessitera qu'on envisage cette notion et qu'on l'analyse à partir de *ses applications consacrées en droit positif*, autrement dit, à partir d'*illustrations concrètes* puisées dans celui-ci.

⁴⁵ Sur ce concept de subsidiarité, v. : S. SÉROT, *Vers un principe de subsidiarité sociale en droit européen et en droit interne*, mémoire de DEA de droit social, Université Panthéon-Assas - Paris II, 2002, v. spéc. n^{os} 107 à 126 et n^{os} 227 à 230.

⁴⁶ Sur les fondements de la subsidiarité, v. *infra* n^{os} 107 et s.

Une telle approche vise à démontrer l'*utilité de la notion*, si utilité il y a, ou, du moins, pouvoir *expliquer son fonctionnement*.

En toute éventualité, si nous ne parvenons pas à en prouver l'*utilité*, nous pourrions au moins, en expliquer le fonctionnement pour en démontrer la *spécificité qu'elle revêt en droit privé*.

Après cette introduction, nous allons envisager, dans un chapitre préliminaire, la *notion de subsidiarité*.

Chapitre préliminaire : La notion de subsidiarité.

27. – Bien qu'elle soit une notion essentiellement fonctionnelle, la notion de subsidiarité ne pourra pas être valablement étudiée par la seule analyse de ses applications. Mais il faudra au préalable pouvoir définir *ce que signifie cette notion*.

Cette définition suppose que soient envisagées en premier, les diverses acceptions de la subsidiarité (section 1^{ère}). Cette analyse sera complétée par celle qui est relative aux fondements de celle-ci (section 2).

Section 1^{ère} : Les acceptions de la subsidiarité.

28. – Bien qu'elle soit une notion essentiellement fonctionnelle, la subsidiarité ne peut être étudiée de manière exhaustive que si l'on consacre des développements à l'examen des significations qu'elle peut revêtir.

En effet, comme notre intitulé l'indique, et contrairement à ce qui pourrait découler de la célèbre formule d'Aubry et Rau selon laquelle, « l'action (en enrichissement sans cause) ne doit être admise que dans les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant, sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit »⁴⁷, il existe une *pluralité* d'acceptions pour la subsidiarité. Et les éminents auteurs n'ont pu préconiser que la signification *la plus évidente*. Ceci se comprend parfaitement dans un temps où le régime juridique de l'action en enrichissement sans cause n'était pas encore défini d'une manière assez globale et précise. Le régime juridique de cette action ne fut précisé et construit que progressivement et au fur et à mesure du prononcé des décisions de la Cour de cassation⁴⁸.

⁴⁷ V. par ex. qui reproduisent littéralement cette formule : Cass. civ., 12 mai 1914 : S. 1918-1919. 1. 41, note E. Naquet. – Cass. civ., 2 mars 1915 : D.P. 1920. 1. 102.

⁴⁸ P. MORVAN, *op. cit.*, n° 504. Cet auteur souligne que par exception aux principes proclamés par la Cour de cassation, principes qu'elle ne proclame jamais avant d'en avoir composé le régime juridique dans son entier, celle-ci emprunta la démarche inverse pour l'action en enrichissement sans cause de sorte qu'elle proclama le principe de l'enrichissement sans cause avant d'en avoir fixé et défini le régime juridique. C'est quelques décennies plus tard que le monument prétorien de la théorie de l'enrichissement sans cause fut édifié par la Cour de cassation.

29. – Aujourd’hui, les auteurs admettent la pluralité des acceptions de la subsidiarité ; certains estiment qu’elle peut en avoir trois *au moins*⁴⁹, d’autres, qui ont été parmi les premiers à avoir étudié la question, lui en trouvent beaucoup plus que trois⁵⁰. Il n’y a donc pas d’unanimité sur cette question.

Il est important de souligner que – contrairement aux auteurs contemporains – les auteurs classiques avaient une vision beaucoup plus étroite de la subsidiarité. Ceci s’explique sans doute par le fait que l’étude de la subsidiarité de l’action à travers celle de l’action en enrichissement sans cause était encore relativement récente à l’époque où ils se sont intéressés à l’étude de la question⁵¹. Nous montrerons à notre tour, qu’il existe plus de trois acceptions possibles de la subsidiarité et nous développerons successivement dans ce qui va suivre, les divers contenus.

30. – Mais en plus de l’incontournable pluralité des acceptions de la subsidiarité, il existe une nécessité fondamentale pour l’étude de la subsidiarité en général et de ses acceptions en particulier, c’est celle de ne pouvoir entreprendre l’étude qu’à travers ses illustrations. Ceci est une conséquence du *caractère fonctionnel* de la notion, qui, comme un auteur l’a bien souligné⁵², ne peut être appréhendée que par ses illustrations.

C’est pour cette raison, et tel que le démontre la formule plus haut reproduite d’Aubry et Rau, que l’examen des acceptions de la subsidiarité se fera à travers

⁴⁹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique*, vol. 2, 11^{ème} éd., 2005, Armand Colin, spéc. n^{os} 52 et s. – V. aussi : Ph. DUBOIS, note sous Cass. 3^{ème} civ., 11 juin 1985 : D. 1986, jur. 456, spéc. p. 459, 2^{ème} col. – M. RIBEYROL-SUBRENAT, note sous Cass. com., 19 mai 1998 in D. 1999, jur. 407.

⁵⁰ V. par ex. : N. ALMOSNINO, *Le caractère subsidiaire de l’action “de in rem verso”*, thèse Paris, 1931, spéc. p. 85. Cet auteur trouve en effet, cinq acceptions de la subsidiarité de l’action en enrichissement sans cause. – V. déjà : A. ROUAST, *L’enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, RTD civ. 1922. 35, spéc. n^{os} 28 à 30. Cet auteur semble, quant à lui, avoir trouvé six acceptions de la subsidiarité gouvernant cette action. Pour résumer son opinion sur les acceptions de la subsidiarité de l’action en enrichissement sans cause, l’auteur énonce qu’elle : « ne peut être exercée qu’à défaut de toute autre action de droit commun ouverte au demandeur, ou devenue inopérante à la suite d’un obstacle de droit, ou d’un obstacle de fait provenant de sa faute ou de sa négligence. Elle est ouverte si l’action de droit commun est inopérante, à la suite d’un obstacle de fait étranger au demandeur ». Cette dernière tranche de la formule composée par l’auteur appelle une remarque importante : celui-ci évoque *uniquement* l’« obstacle de fait » comme ouvrant le bénéfice de l’action en enrichissement sans cause, aucune allusion n’est faite à l’existence *éventuelle* d’un obstacle de droit. Cette conception est tout à fait conforme à l’acception qu’a forgée le droit positif de la subsidiarité de l’action en enrichissement sans cause, au moment de l’avènement de celle-ci et, tout au long de son développement et de sa progression. Nous verrons plus loin que cette acception s’est mutée aujourd’hui ; elle pourrait inclure les obstacles de *droit*. Sur cette acception nouvelle de la subsidiarité, v. *infra* n^{os} 94 et s.

⁵¹ V. par ex. : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français, d’après la méthode de Zacharie*, T. 9. Marchal et Billard, 5^{ème} éd. 1917, spéc. n^o 361. – J. BONNÉCASE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Supplément au Traité théorique et pratique de Baudry-Lacantinerie*, T. 3, Paris, 1926, spéc. n^o 153. – A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 7^{ème} éd., T. 2, 1935, spéc. n^o 240, et n^o 240, p. 232. – JOSSERAND, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^{ème} éd., T. 2, 1933, spéc. n^o 574. – PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français, Les obligations*, T. 7, par Esmein, 2^{ème} partie. LGDJ-Pichon 1954, spéc. n^{os} 763 et 764.

l'étude de l'action en enrichissement sans cause, plus exactement, à travers l'étude des acceptions de la subsidiarité *telles qu'elles découlent de l'analyse du régime juridique de cette action*.

31. – Celle-ci, qui constitue une *parfaite illustration* de la subsidiarité, est à même de renseigner de la manière la plus exhaustive sur ces acceptions, et leurs variantes. C'est alors que l'étude se fera à partir d'un raisonnement fait à partir du particulier vers le général : l'analyse des acceptions de la subsidiarité du point de vue général, se fera à travers l'analyse des acceptions de la subsidiarité qui résultent de l'action en enrichissement sans cause *en particulier*.

Cette illustration qu'est l'action en enrichissement sans cause ne nous servira pas uniquement dans l'examen des acceptions de la subsidiarité, mais aussi, elle déterminera l'emploi d'un certain plan de travail basé sur une distinction qui a pu être déduite de l'évolution de la jurisprudence sur cette action. Et c'est celle de la distinction entre l'acception *classique* de la subsidiarité (sous-section 1^{ère}), et l'acception *nouvelle* de la subsidiarité (sous-section 2).

Sous-section 1^{ère} : L'acception classique de la subsidiarité : la nécessaire distinction entre *les obstacles de fait et les obstacles de droit*.

32. – On examinera ici le caractère subsidiaire « objectif » de l'action en enrichissement sans cause⁵³, par opposition au caractère subsidiaire « subjectif »⁵⁴. C'est celui-ci qui a prévalu pendant tout le temps où l'on ne reconnaissait pas encore à cette action un caractère autonome. Avant que cette autonomie ne lui soit reconnue par l'arrêt de la Chambre des requêtes du 15 juin 1892⁵⁵, l'action en enrichissement sans cause était considérée comme une action *subsidiaire* par rapport à la gestion

⁵² J. RAYNARD, *À propos de la subsidiarité en droit privé*, in Mélanges Christian Mouly, T. 1, Litec 1998, p. 131.

⁵³ Le caractère subsidiaire objectif, c'est celui qui s'apprécie par rapport à un système juridique pris dans son intégralité, et non par rapport à une action ou une institution juridique particulière. Le caractère subsidiaire objectif revêt une généralité telle que son étude permet de mesurer la résistance – si l'on peut dire – d'un système juridique par rapport aux institutions subsidiaires qui auraient vocation à le suppléer dans certaines situations qui justifieraient – bien entendu – cette suppléance ou intervention.

⁵⁴ V. qui relève clairement la différence entre ces deux types de subsidiarité : N. ALMOSNINO, thèse précit., pp. 80 et 81.

⁵⁵ Cass. req., 15 juin 1892 : D.P. 1892. 1. 596. C'est en effet, par ce fameux arrêt, que fut reconnue *pour la première fois*, l'autonomie de l'action en enrichissement sans cause. Sur cet arrêt, v. *infra* n° 615. V. : J. TARTANSON, *L'action "de in rem verso" en droit civil français*, thèse Grenoble, Chaspoul, Digne, 1909, spéc. p. 142. Sur ce point, cet auteur relevait que, « depuis qu'elle s'est affranchie des limites où la restreignait la théorie de la gestion d'affaires », l'action en enrichissement sans cause trouvait des cas imprévus d'application.

d'affaires⁵⁶, un diminutif de celle-ci, connue aussi sous le nom de « gestion d'affaires anormale »⁵⁷. L'émancipation de l'action en enrichissement sans cause de la gestion d'affaires⁵⁸, a été approuvée par bon nombre d'auteurs⁵⁹.

C'est le caractère *objectif* de la subsidiarité que nous envisageons dans la présente étude, celle qui fut préconisée par Aubry et Rau. Mais telle que formulée par ces éminents auteurs, cette définition ne recouvre qu'un seul aspect de la subsidiarité, alors que celle-ci revêt, en effet, une *pluralité* de significations. Comme déjà dit, il n'existe pas d'unanimité en doctrine sur les différentes significations que peut revêtir la subsidiarité et leur nombre.

⁵⁶ La jurisprudence confondait souvent entre l'action en enrichissement sans cause et la gestion d'affaires. Plus exactement, elle appliquait celle-ci là où les éléments de fait de l'espèce appelaient l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause.

Pour une hypothèse illustrant la confusion entre les théories d'enrichissement sans cause et de gestion d'affaires, v. : Cass. req., 16 juill. 1890 : D.P. 1891. 1. 49, note crit. M. Planiol. En l'espèce, une société qui avait édifié des constructions sur un terrain qu'elle avait pris à bail en vertu d'une convention qui lui donnait le droit d'acquiescer ledit terrain et les constructions qui y seraient élevées moyennant le paiement d'un prix déterminé, s'est vue reconnaître un droit au remboursement des dépenses utiles qu'elle avait faites sur le terrain lorsque l'exécution de la convention à son profit est devenue impossible par le fait du propriétaire. La cour d'appel approuvée sur ce point par la Cour de cassation, s'est fondée sur la gestion d'affaires pour allouer à la société bailleuse des dommages-intérêts pour les dépenses utiles qu'elle a faites sur le terrain et qui ont profité au propriétaire, alors qu'il était plus convenable et plus justifié, de se fonder sur la théorie de l'enrichissement sans cause pour indemniser la société bailleuse jusqu'à concurrence de l'enrichissement du propriétaire.

Et pour des arrêts opérant une application cumulative de la gestion d'affaires et de l'action en enrichissement sans cause, v. : CA Grenoble, 12 août 1836 : S. 1837. 2. 330. – Cass. civ., 22 fév. 1888 : S. 1890. 1. 535. Sur les faits de cet arrêt ainsi que la décision et les attendus de la Cour de cassation, v. *infra* n° 637 et note 1162.

V. aussi pour un arrêt faisant un insolite mélange entre les principes de l'enrichissement sans cause et ceux de la gestion d'affaires : Cass. req., 15 juill. 1873 : D.P. 1873. 1. 457, concl. Reverchon, note anon.

⁵⁷ V. par ex. sur cette question : C. STOÏCESCO, *De l'enrichissement sans cause*, thèse Paris, Marescq, Paris, 1904, pp. 44 et s. Après avoir évoqué Aubry et Rau, comme ayant considéré l'action en enrichissement sans cause une sanction de la règle d'équité qu'il n'est pas permis de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, l'auteur passe à l'examen des doctrines adoptées par les auteurs qui considéraient cette action comme un *diminutif* de la gestion d'affaires. Il cite de ces auteurs Demolombe car il a le plus approfondi la question. Sera ainsi évoquée la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, subsidiarité existant non pas par rapport aux règles et institutions du droit dans leur universalité, mais plus *spécialement* par rapport à la gestion d'affaires. Ce qui signifie que l'action en enrichissement sans cause s'applique lorsque l'une des conditions de la gestion d'affaires fait défaut. Selon Demolombe, la *condictio sine causa*, expression latine qui désigne l'action en enrichissement sans cause par préférence à celle plus usitée mais contestable de *in rem verso*, a toujours eu ce caractère subsidiaire depuis le droit romain et elle l'a conservé et il est entré tel quel avec les règles du droit romain dans le droit français. L'auteur prend quand même ses distances par rapport à la doctrine de Demolombe, il estime que la tradition ne suffit pas à expliquer le caractère subsidiaire de la *condictio sine causa*. Il considère, au contraire, que la gestion d'affaires est une conséquence, une application particulière du principe que nul ne doit, sans juste cause, s'enrichir aux dépens d'autrui. – Rapp. : G. MONNERVILLE, *Labbé et la théorie enrichissement sans cause*, thèse Toulouse, Falandry, 1921, spéc. pp. 109 et 110. Cet auteur souligne que désormais, les rôles ont changé ; l'action de gestion d'affaires est l'*accessoire* de l'action en enrichissement sans cause. Celle-là lui est devenue *subalterne*. – V. aussi : R. BEUDANT, P. LERBOURS-PIGEONNIÈRE et R. RODIÈRE, *Cours de droit civil français. Tome 10 bis, les contrats et les obligations. Vol. 3*, Rousseau 1952, spéc. n° 1741.

⁵⁸ Signalons ici un arrêt qui soulève la question de l'applicabilité de la théorie de la gestion d'affaires, pour en arriver à accueillir l'action en enrichissement sans cause, v. : CA Lyon, 27 juin 1934 : S. 1934. 2. 219, note anon. Sur cet arrêt, v. *infra* n°s 53 et 69 et notes 111 et 142.

⁵⁹ V. par ex. : G. MONNERVILLE, thèse précit., pp. 109 et 110. – P. SANZ de ALBA, *Sur quelques aspects de l'équité*, thèse Aix-Marseille, 1980, spéc. n° 147 bis, p. 130. Cet auteur souligne que depuis que l'action en enrichissement sans cause a été reconnue par le droit positif, le recours à la gestion d'affaires devenait inutile puisqu'une construction de l'équité objective s'imposait ainsi. – R. SAVATIER, *Cours de droit civil, op. cit.*, n° 200.

L'acception classique de la subsidiarité est basée sur *la nécessaire distinction entre les obstacles de fait et les obstacles de droit*. Seuls ceux-là sont pris en compte pour que soit admise la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause.

33. – Cette distinction des obstacles de fait et les obstacles de droit est *fondamentale*. La jurisprudence a eu depuis assez longtemps l'occasion de clairement affirmer cette distinction ; ce fut dans un arrêt de la cour d'Orléans du 4 janvier 1949⁶⁰, arrêt de grande portée et de haute valeur doctrinale, dans lequel il est énoncé que l'action en enrichissement sans cause : « *est notamment irrecevable quand elle est destinée à suppléer une voie de droit devenue inopérante par suite d'un obstacle juridique comme la prescription ou la déchéance ; que, par contre, elle est susceptible d'être accueillie lorsque la voie de droit ne peut plus être exercée par suite d'un simple obstacle de fait (...)* »⁶¹.

De nombreuses années après, la jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer encore une fois cette fondamentale distinction. Elle le fit en effet par un arrêt de principe du 29 avril 1971, duquel il résulte que, c'est *seul l'obstacle de fait* qui est pris en compte pour décider de la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause⁶². La Cour énonce dans son attendu, que : « *l'action fondée sur l'enrichissement sans cause ne peut être admise qu'à défaut de toute autre action ouverte au demandeur ;*

Qu'elle ne peut l'être, notamment, pour suppléer à une autre action que le demandeur ne peut intenter par suite d'une prescription (...), ou parce qu'il ne peut apporter les preuves qu'elle exige ou par suite de tout autre obstacle de droit ».

Comme nous pouvons le voir, c'est par un raisonnement *a contrario* que nous arrivons à la solution en vertu de laquelle, *seuls les obstacles de fait* sont pris en

⁶⁰ CA Orléans, 5 janv. 1949 : S. 1949. 2. 64, note anon ; Gaz. Pal. 1949. 1. 147, note anon.

⁶¹ C'est après avoir rappelé la formule préconisée par Aubry et Rau sur la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, que la cour énonce ce qui a été plus haut reproduit. Soulignons ici l'importance qui s'attache à l'emploi de l'adjectif « susceptible », et qui indique qu'il s'agit ici d'une simple *possibilité* d'accueil de cette action et *non d'un droit acquis* à ce qu'elle soit recevable. La suite de l'attendu, reproduit plus haut, étaye le raisonnement de la cour d'Orléans. Elle poursuit en effet, en y énonçant, que : « *s'il est démontré que ce n'est point par sa faute ou sa négligence que le demandeur n'a pu faire usage de l'action principale mise à sa disposition soit qu'il ait eu une raison légitime d'empêchement, soit que l'obstacle ait été complètement étranger à sa volonté* ». Notons dans la suite de cet attendu l'importance relative à l'emploi de l'adjectif « légitime » qui connote la condition de l'*absence de toute faute qui puisse être imputable au demandeur*, ainsi que celle qui s'attache à l'expression « complètement étranger à sa volonté », qui connote également cette – même – condition d'*absence de toute faute*.

V. aussi qui évoque l'« obstacle de fait indépendant de la volonté du demandeur » : Trib. civ. Mauriac, 20 mars 1952 : D. 1952, somm. 50.

Sur la formule préconisée par Aubry et Rau sur la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, v. *infra* n° 58.

⁶² Cass. 3^{ème} civ., 29 avr. 1971 : Bull. civ. 3, n° 277, p. 197 ; RTD civ. 1971. 842, obs. Y. Loussouarn ; Gaz. Pal. 1971. 2. 554.

compte pour que soit admise la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause. Soulignons l'importance qui s'attache à l'emploi de l'adverbe « notamment », et qui indique que l'énumération de l'attendu est simplement *énonciative*. Au surplus, l'adjectif « tout » qui précède l'expression « obstacle de droit » est non moins significatif ; il vient renforcer le sens que porte l'adverbe « notamment ». Autrement dit, des obstacles de droit de nature *très diverse et, non mentionnés par ledit attendu*, pourront se présenter, ceux-ci *interdiront* que puisse être recevable l'action en enrichissement sans cause. Au surplus, la portée de cet attendu et sa richesse doctrinale sont telles qu'il renferme *plus d'une acception à donner de la subsidiarité*⁶³, et, il a posé les règles de base à appliquer en matière de subsidiarité gouvernant l'action en enrichissement sans cause.

La solution inaugurée par l'arrêt de principe du 29 avril 1971, et définissant l'acception classique de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, est aujourd'hui toujours fidèlement suivie⁶⁴. Nous pouvons affirmer que cette solution *est ancrée dans le droit positif français*⁶⁵.

34. – Notons qu'avant que la jurisprudence ait eu l'occasion d'éclairer cette question, un auteur moderne avait évoqué la question de *l'existence d'un obstacle de droit* à l'exercice de l'action de droit commun et, a estimé – à juste titre – qu'il y a interdiction dans ce cas que soit exercée l'action en enrichissement sans cause⁶⁶.

Nous envisagerons dans ce qui suit, les cinq acceptions de la subsidiarité, telles que nous avons pu les dégager de l'étude de la jurisprudence, et en les étayant, le cas échéant, par les opinions doctrinales.

⁶³ L'attendu comprend, bien entendu, la première acception de la subsidiarité, ainsi que les deuxième et quatrième acceptions de celles-ci qui seront étudiées ci-dessous, v. *infra* n^{os} 41 et s., et 71 et s.

⁶⁴ Tous les arrêts confirmant ce courant de jurisprudence visent expressément « l'obstacle de droit », v. : Cass. soc., 12 déc. 1973 (deux arrêts du même jour) : Bull. civ. 5, n^o 657, p. 605 ; D. 1974, IR. 17 (1^{er} arrêt et 4^{ème} arrêt). – Cass. com., 16 mai 1995 : Bull. civ. 4, n^o 149, p. 140 ; Bull. Joly 1995. 747, § 260, note P. Le Cannu ; Rev. sociétés 1996. 95, note Ch. Gerschel ; RTD civ. 1996. 160, obs. J. Mestre. – CA Agen, 6 mai 2003, n^o de RG : 01/1042. – Cass. com., 2 nov. 2005 : Bull. civ. 4, n^o 216, p. 232. – CA Douai, 11 sept. 2006, n^o de RG : 05/02307. – CA Agen, 27 mai 2008, n^o de RG : 07/00682. – Cass. soc., 5 nov. 2009, n^o de pourvoi : 08-43.177.

V. aussi qui vise « l'obstacle à l'exécution de la condamnation prononcée contre le débiteur », faisant ainsi allusion à *l'obstacle de fait* : Cass. 1^{ère} civ., 11 mai 1999, n^o de pourvoi : 97-16.314.

⁶⁵ Il faut d'un autre côté reconnaître qu'est apparue en jurisprudence une acception nouvelle de la subsidiarité, qui elle, s'est formée à partir de *l'effacement* de la distinction entre les obstacles de fait et les obstacles de droit. Sur cette acception nouvelle de la subsidiarité, v. *infra* n^{os} 94 et s.

⁶⁶ J. SAIGET, *Le contrat immoral*, Dalloz, 1939, spéc. p. 367.

Par. 1^{er} : La première acception de la subsidiarité : la prohibition d'utiliser l'action subsidiaire lorsque le demandeur dispose d'une action de droit commun efficace.

35. – C'est l'acception la plus communément admise de la subsidiarité, et la plus *évidente*, et celle correspondant à la formule qu'avaient préconisé et défendu Aubry et Rau.

Puisque – comme nous l'avons dit – c'est à partir de l'action en enrichissement sans cause que les acceptions de la subsidiarité seront étudiées, cette action sera le plus souvent citée à l'appui de nos propos. C'est alors que, dans cette situation, l'appauvri dispose à l'égard de la personne enrichie d'un autre moyen effectif et efficace pour obtenir satisfaction.

Dans cette façon d'appréhender la subsidiarité, l'absence de toute autre action ouverte au demandeur pour obtenir satisfaction doit être appréciée par rapport au défendeur même de l'appauvri qui a été enrichi sans cause au détriment du demandeur.

Vue de cette façon, la subsidiarité ne revêt pas un grand intérêt, sa portée pratique est faible⁶⁷. En effet, si le demandeur disposait vraiment d'une action contre le défendeur qui lui donnerait satisfaction, on ne voit pas l'intérêt qu'il aurait à intenter l'action en enrichissement sans cause, qui par hypothèse, ne lui procurerait qu'un résultat *moindre* que l'action qui lui est normalement ouverte par la loi. L'action en enrichissement sans cause ne lui procurerait en effet qu'une indemnité égale à la plus faible des deux sommes d'enrichissement et d'appauvrissement⁶⁸, c'est la règle appelée du « double plafond ».

⁶⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 53.

⁶⁸ Cette solution est fermement établie et constante en jurisprudence, et elle est acceptée par une doctrine unanime, v. par ex. : J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les effets de l'action "de in rem verso"*, Rép. Def. 1983, art. 33019, p. 286, n° 1. Pour cette jurisprudence constante, v. par ex. les arrêts de principe : Cass. 1^{ère} civ., 19 janv. 1953 : D. 1953, jur. 234, la Cour énonce : « *L'action de in rem verso, admise dans le cas où le patrimoine d'une personne se trouve sans cause légitime enrichi du fait de l'appauvrissement de celui d'une autre personne, ne tend à procurer à cette dernière qu'une indemnité égale à la moins élevée des deux sommes représentatives, l'une de l'enrichissement, l'autre de l'appauvrissement* ». – Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 1976 : Bull. civ. 1, n° 408, p. 319. Cet arrêt reprend presque textuellement l'attendu de principe reproduit au début de cette note. – V. aussi dans le même sens mais de façon moins claire : Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 1967 : Bull. civ. 1, n° 102, p. 74. L'arrêt énonce dans un attendu de principe, que : « *l'enrichi n'est tenu que dans la limite de son enrichissement et de l'appauvrissement du créancier* ». – V. pour un cas de liquidation de communauté : Cass. 1^{ère} civ., 15 fév. 1973 : D. 1975, jur. 509, note R. Savatier. – V. aussi pour une réaffirmation récente de cette solution : Cass. 1^{ère} civ., 4 avr. 1991, n° de pourvoi : 89-16.321. – Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2009 : Constr.-urb. n° 7, juill. 2009, comm. 102, note Ch. Sizaire.

Cette solution qui est prétorienne en droit français, résulte en droit libanais d'une disposition législative expresse, il s'agit de l'article 142, al. 1 C.O.C. qui dispose que : « La restitution n'est due par l'enrichi que jusqu'à concurrence du montant de l'enrichissement qui subsiste à son profit au jour de la demande sauf disposition contraire dans la loi ».

36. – Cette assertion ne doit pourtant pas être aussi absolue, on peut légitimement se demander s'il n'existe pas des hypothèses où l'action en enrichissement sans cause – action subsidiaire – pourrait aboutir à donner au demandeur une indemnisation *supérieure* à celle que pourrait lui procurer l'action que le droit lui ouvre normalement, action dite *principale*.

C'est surtout dans le cadre de l'application de législations spéciales qu'un tel problème pourrait se poser, il en est notamment ainsi à propos de l'institution de la *créance de salaire différé*⁶⁹. Et un auteur a pu, à l'occasion d'un arrêt qui a eu un grand retentissement, se demander si l'octroi de l'action en enrichissement sans cause ne pouvait favoriser le demandeur par rapport au résultat qu'il aurait pu ou espéré obtenir par l'action qui lui était normalement ouverte par la loi⁷⁰.

37. – En droit français, cette première acception de la subsidiarité qui a été préconisée par une doctrine autorisée est reprise plus ou moins fidèlement par la jurisprudence⁷¹.

Cette première acception de la subsidiarité a été, notamment, adoptée et défendue par un arrêt – précité – de la cour d'appel d'Orléans du 5 janvier 1949⁷², et, par un jugement du tribunal civil de Florac du 17 juin 1952⁷³. Saisi d'une action en

⁶⁹ V. pour une hypothèse où un demandeur qui *pourtant* disposait d'une action basée sur la créance de salaire différé, a quand même intenté l'action en enrichissement sans cause : Cass. 1^{ère} civ., 26 sept. 2007 : Bull. civ. 1, n° 307. Son action fut bien entendu, *rejetée*.

⁷⁰ V. BARABÉ-BOUCHARD, note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 1995 in D. 1996, jur. 137, spéc. n^{os} 20 et s.

⁷¹ V. par ex. : Trib. civ. Caen, 9 juin 1936 : Gaz. Pal. 1936. 2. 394, note anon. – Cass. req., 11 sept. 1940 : D.H. 1940. 150 ; S. 1941. 1. 121, note P. Esmein. – Cass. civ., 29 janv. 1951 : Bull. civ. 1, n° 34, p. 26. – Cass. com., 24 juin 1953 : Bull. civ. 3, n° 240, p. 167.

⁷² CA Orléans, 5 janv. 1949 précit. : S. 1949. 2. 64, note anon ; Gaz. Pal. 1949. 1. 147, note anon. La cour énonce que, l'action en enrichissement sans cause « (...) *n'est pas admissible lorsque le demandeur a, à sa disposition, une autre voie de droit pour obtenir satisfaction* ».

A dire vrai, il faut au surplus souligner que l'attendu susmentionné renferme *plus d'une acception de la subsidiarité*. En sus de la première acception de la subsidiarité, est également affirmée la deuxième acception de cette notion selon laquelle, il est prohibé d'utiliser l'action subsidiaire pour pallier l'absence d'une voie de droit perdue par la faute du demandeur. Sur la deuxième acception de la subsidiarité, *infra* n^{os} 41 et s.

Sur cet arrêt, et son attendu de principe duquel fait partie la motivation reproduite ci-dessus, v. aussi *supra* note 60 sous n° 33. – V. aussi sur cet arrêt, *infra* n° 597 et note 1102.

V. aussi qui consacrent cette première acception de la subsidiarité : Trib. civ. Pau, 22 mars 1940 : Gaz. Pal. 1940. 1. 475. – Trib. civ. Mauriac, 20 mars 1952 précit. : D. 1952, somm. 50. – CA Amiens, 19 mai 1958 : Gaz. Pal. 1958. 2. 76, note anon.

⁷³ Trib. civ. Florac, 17 juin 1952 : D. 1953, jur. 261. En l'espèce, une mineure était propriétaire d'une propriété rurale se situant sur la rive gauche de la rivière du Tarn. Diverses autres parcelles sur la rive droite du Tarn étaient la propriété d'une autre personne. Ces deux personnes étaient en vertu des dispositions du Code rural en vigueur à l'époque, propriétaires chacune de la moitié du lit de la rivière, qu'elles pouvaient donc interdire la circulation des bateaux sur cette portion de celle-ci. Ces propriétaires étaient empêchées de jouir de leurs divers droits par la circulation incessante des barques. Elles ont intenté devant le tribunal civil de Florac une action en enrichissement sans cause contre les entrepreneurs de descente en barque qui, selon elles, réalisaient de substantiels bénéfices et se refusaient à leur payer la moindre indemnité. Elles demandaient alors que leur soit allouée une indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Les défendeurs prétendaient notamment, que l'action est irrecevable car le propriétaire d'un terrain traversé par une rivière ni navigable ni flottable ne peut s'opposer à la circulation

enrichissement sans cause intentée par des propriétaires riverains contre les usagers des cours d'eau, le tribunal pose en premier qu'il existe quatre conditions à l'exercice de cette action. Selon lui, les trois premières se rapportent à l'existence d'un enrichissement, à l'existence d'un appauvrissement corrélatif et au caractère injuste de l'enrichissement. C'est la quatrième condition qui – selon le tribunal – se rapporte au caractère subsidiaire de l'action en enrichissement sans cause⁷⁴. C'est alors qu'après avoir constaté qu'en l'espèce, l'enrichissement et l'appauvrissement n'étaient qu'éventuels, que le tribunal passe à l'examen de cette quatrième condition, et énonce : *« qu'il faut que le demandeur n'ait pas d'autre moyen d'obtenir satisfaction, l'action de in rem verso n'ayant qu'un caractère subsidiaire ; qu'il est encore admis que l'action serait refusée à celui qui, par sa faute ou son fait, aurait perdu tout autre moyen de droit »*. Cet attendu contient l'énoncé de deux acceptions de la subsidiarité, et non seulement d'une seule. La première étant – bien entendu – la plus évidente, et c'est celle qui consiste à considérer que celui qui dispose d'un autre moyen pour obtenir satisfaction se verra refuser le bénéfice de l'action en enrichissement sans cause, et la seconde définie dans la deuxième tranche de l'attendu – qui sera examinée plus loin –, qui consiste à étendre l'interdiction du bénéfice de cette action à celui qui disposait normalement d'un moyen de droit pour obtenir satisfaction mais l'a *perdu par sa faute ou son fait*. A dire vrai, le seul examen de cette quatrième condition *aurait suffi* à déterminer le tribunal à juger *dans le sens du refus de l'action*. C'est en effet qu'il poursuit cet attendu et énonce que :

des bateaux. Pour statuer sur la recevabilité de l'action, le tribunal commence par constater que le Tarn est une rivière ni navigable ni flottable. Puis il relève que, selon une jurisprudence constante, le lit et l'eau des rivières ni navigables ni flottables étaient considérés comme des *res nullius*, dont l'usage était commun à tous. Était en cause l'ancien article 3 § 2 de la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux, abrogé en 1955. Cet article prévoyait que : « Sont et demeurent réservés les droits acquis par les riverains ou autres intéressés sur les parties des cours d'eau qui servent de voie d'exploitation pour la desserte de leur fonds ». Sur ce point, le tribunal énonce que : *« les défendeurs n'alléguant même pas la desserte d'un fonds rural, ils ne sauraient sérieusement prétendre que l'existence antérieure à la loi d'un service de barques accessoire de leur fonds d'hôtellerie entre dans les droits acquis protégés par l'article 3 § 2 »*. Était également en cause l'article 682 C.C. dans sa rédaction antérieure, qui était invoqué par les défendeurs. Cet article se situe dans la section cinquième se rapportant au « droit de passage », du chapitre deuxième relatif aux « servitudes établies par la loi ». Celui-ci se situe dans le Titre quatrième du Code civil qui se rapporte aux « servitudes ou services fonciers ».

Le tribunal constate que les défendeurs ne peuvent triompher sous l'angle de cet article, faute pour eux d'avoir pu établir qu'ils sont propriétaires d'un fonds, que ce fonds est enclavé, et qu'ils l'ont desservi pendant plus de trente ans par la circulation en bateau sur le Tarn. Le tribunal ajoute qu'ils n'allèguent même pas posséder un fonds quelconque. Il en déduit que : *« les défendeurs ne peuvent invoquer aucun droit de libre circulation sur la portion de rivière des demandeurs »*.

Puis, après avoir examiné les conditions du droit de libre circulation, le tribunal passe à l'analyse des conditions de l'action en enrichissement sans cause. Il déduit que, ne remplissant pas la condition de subsidiarité, l'action ne pourra être accueillie. Et ceci est expliqué et analysé ci-dessus.

« le simple énoncé de cette condition suffirait à faire rejeter la demande en ce qu'elle concerne la demande de redevance périodique pour l'avenir, qu'il apparaît, en effet, que pour l'avenir, les demandeurs disposent d'autres moyens de droit d'obtenir satisfaction »⁷⁵. C'est cette dernière tranche de l'attendu qui, à dire vrai, apparaît la plus décisive quant à l'adoption de la solution susmentionnée par le tribunal. Si les demandeurs disposent effectivement d'autres actions qui pourraient dans l'avenir leur permettre d'obtenir satisfaction, ceci signifie – justement – que l'action en enrichissement sans cause ne pourra aucunement être employée, *car elle est subsidiaire*.

38. – La jurisprudence contemporaine a, à son tour, eu aussi l'occasion d'affirmer et de mettre en œuvre cette acception de la subsidiarité. Les arrêts ont alors relevé que l'action en enrichissement sans cause ne peut être accueillie car, « le demandeur disposait d'une autre action » fondée sur l'acte juridique litigieux⁷⁶.

La haute juridiction administrative, a également eu l'occasion de mettre en œuvre et d'affirmer la présente acception de la subsidiarité. Le Conseil d'Etat a ainsi décidé, qu'un contractant ne peut intenter l'action en enrichissement sans cause à l'égard de son cocontractant après qu'a été annulé le contrat qui les liait et la mise en liquidation judiciaire de ce dernier, et qu'il lui incombait de poursuivre *d'abord*, le recouvrement de ses créances sur l'actif du débiteur jusqu'à la clôture de la procédure de liquidation de ses biens⁷⁷.

⁷⁴ Nous verrons en effet plus loin, que la jurisprudence qualifie la subsidiarité de « condition » à l'action en enrichissement sans cause, v. *infra* n^{os} 620 et s.

⁷⁵ Le tribunal décide alors que : « tant pour le passé que pour l'avenir, la demande ne saurait être accueillie ».

⁷⁶ Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 1973 : Bull. civ. 1, n^o 280, p. 250. – V. aussi dans le même sens : CA Versailles, 29 sept. 1989 (2^{ème} esp.) : D. 1992, jur. 67, note Th. Garé. – Cass. com., 26 janv. 1960 : Bull. civ. 3, n^o 35, p. 30. – Cass. com., 2 nov. 1993, n^o de pourvoi : 91-18.681. – V. aussi plus récemment : Cass. 1^{ère} civ., 26 sept. 2007 précit. : Bull. civ. 1, n^o 307. Cet arrêt est rendu sous le visa de l'article 1371 C.C. et de l'attendu de principe, énonçant que : « l'action fondée sur l'enrichissement sans cause ne peut être admise qu'à défaut de toute autre action ouverte au demandeur ». – CA Paris, 19 nov. 2008, n^o de RG : 06/19737. – CA Aix-en-Provence, 18 déc. 2009, n^o de RG : 08/06084. – V. aussi qui vise en plus de l'article 1371 C.C., les « principes qui régissent l'enrichissement sans cause » et reprend textuellement le même attendu : Cass. com., 10 oct. 2000 : Bull. civ. 4, n^o 150, p. 136 ; D. 2000, AJ. 409, note V. Avena-Robardet ; RTD civ. 2001. 591, obs. J. Mestre et B. Fages. – V. aussi dans le même sens, mais de manière moins claire : Cass. 3^{ème} civ., 20 janv. 2004, n^o de pourvoi : 02-17.373.

⁷⁷ Cons. d'Et., 23 nov. 1994 : RFDA 1995. 203 ; RTD com. 1996. 89, n^o 13, obs. E. Alfandari et M. Jeantin. En l'espèce, un syndicat intercommunal chargé de la création et de la gestion de maisons de retraite publiques intercommunales, a, par une convention du 10 juillet 1972, confié à une association, Eurolat, la création et la gestion d'un foyer-logement pour personnes âgées valides et handicapées sur un terrain loué par un bail emphytéotique en date du 20 décembre 1973. Le Conseil d'Etat, a, par une décision du 6 mai 1985, déclaré nuls la convention du 10 juillet 1972 et le bail du 20 décembre 1973 et constaté que les immeubles édifiés sur le terrain par l'association Eurolat étaient entrés de plein droit dans le patrimoine du syndicat. Les créancières de l'association, lui ayant consenti des prêts en contrepartie de la réservation de logements pour leurs assurés dans les immeubles construits par celle-ci, ont, à la suite de sa

39. – Il en est différemment en droit libanais. Celui-ci a bénéficié de l'héritage du droit français en cette matière et a consacré par une disposition législative expresse la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, dans son acception la plus communément admise. C'est ainsi que l'article 141 § 4 C.O.C. dispose :
 « L'enrichisseur ne doit avoir à sa disposition, pour obtenir satisfaction, d'autre action que celle qui est fondée sur l'enrichissement sans cause et qui a, par rapport à tous autres moyens de droit, un caractère subsidiaire ».

Ce texte appelle plusieurs observations. En premier, il n'évoque nullement les raisons pour lesquelles le demandeur ne disposerait pas d'une autre voie de droit que l'action en enrichissement sans cause. Le texte a donc adopté l'acception de la subsidiarité la plus évidente, sans évoquer les différentes variantes que celle-ci peut avoir. C'est l'acception de la subsidiarité présentée de manière générale. Cette manière de procéder a l'avantage de se mouler et de s'adapter aux différents cas de figure qui peuvent se présenter.

Ensuite, le texte semble renfermer une redondance, en ce sens que si l'enrichisseur demandeur n'a pas d'autres moyens de droit ou d'actions, pour faire valoir son droit, c'est que de toute évidence, à son égard, l'action en enrichissement sans cause *revêtirait nécessairement un caractère subsidiaire*. Nous pensons que cette redondance est voulue, le législateur entendrait insister sur le caractère subsidiaire qui régit l'action en enrichissement sans cause.

mise en liquidation judiciaire, demandé le remboursement de leurs créances au syndicat en invoquant l'enrichissement sans cause de cette collectivité publique. Ces créancières ont, les 9 août et 9 décembre 1991, présenté devant le Conseil d'Etat une requête tendant à l'annulation de l'arrêt du 6 juin 1991 par lequel la cour administrative d'appel de Paris a rejeté leur requête tendant, d'une part, à l'annulation du jugement du 6 juillet 1988 par lequel le tribunal administratif de Paris a rejeté leurs demandes tendant à la condamnation du syndicat intercommunal pour la création et la gestion provisoire de maisons de retraite publiques intercommunales dans les communes de l'ancien canton de Boissy-Saint-Léger à leur verser des indemnités correspondant au montant des créances qu'elles détiennent sur l'association "Eurolat", et, d'autre part, à la condamnation de ce syndicat à leur verser des indemnités à titre principal s'élevant jusqu'à la somme de 1 292 723 F, et des dommages-intérêts s'élevant jusqu'à la somme de 5 500 000 F. Reprenant la motivation de la cour administrative d'appel de Paris, le Conseil d'Etat énonce : « *Considérant que pour rejeter ces demandes, la cour administrative d'appel de Paris s'est fondée sur ce qu'en raison du caractère subsidiaire de l'action exercée, les caisses devaient poursuivre d'abord le recouvrement de leurs créances sur l'actif de l'association Eurolat jusqu'à la clôture de la procédure de liquidation des biens de cette association ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision (...)* ». La haute juridiction administrative s'est fondée sur le caractère subsidiaire de l'action en enrichissement sans cause, adoptant l'acception la plus commune de la subsidiarité de cette action. Tirant les conséquences de cette motivation, elle énonce : « *Considérant que, dès lors que la procédure de liquidation d'Eurolat n'était pas achevée, la cour n'avait pas à rechercher si l'insolvabilité de cette association était d'ores et déjà certaine ; que la cour qui a jugé que les caisses ne seraient fondées à exciper des créances qu'elles détiennent sur l'association Eurolat à l'encontre du syndicat que si elles n'obtenaient pas entière satisfaction à l'issue de la procédure de liquidation de biens d'Eurolat a suffisamment motivé sa décision (...)* ». Le Conseil d'Etat considéra ainsi que les requérantes *n'étaient pas fondées* à demander l'annulation

40. – La jurisprudence libanaise a eu également l’occasion de préciser cette première acception de la subsidiarité et d’appliquer l’article 141 précité.

C’est ainsi qu’elle a affirmé que l’action en enrichissement sans cause ne peut être exercée que si *aucune autre action n’est praticable pour réclamer son droit*⁷⁸, que ce caractère subsidiaire *assure l’harmonie entre les règles de droit*⁷⁹, que, « *l’enrichissement n’ouvre droit à restitution que s’il s’est réalisé en dehors de tout contrat ou de toute convention, sinon et dans le cas contraire, l’action en enrichissement sans cause serait une raison pour remettre en cause les contrats et conventions chaque fois que l’équilibre contractuel est rompu, ce qui ruinerait la confiance parmi les gens* »⁸⁰, et que c’est une *voie exceptionnelle qui n’est ouverte qu’en l’absence de toute autre voie de droit*⁸¹.

Ce courant, *très constant*, de jurisprudence libanaise a été réaffirmé *avec grande clarté dans des décisions plus récentes*⁸².

Encore plus importante que cette première acception, notamment dans la protection du système juridique contre tout risque de perversion, est la subsidiarité qui se rattache à la perte d’une action par la faute du demandeur.

de l’arrêt de la cour administrative d’appel de Paris en date du 6 juillet 1991. Il conclut au rejet de la requête.

⁷⁸ CA Beyrouth, 20 juin 1958 : RJL 1958. 666. – V. aussi qui reprend un même attendu : Trib. civ. Mont-Liban, 15 janv. 1965 : RJL 1965. 441. Cet arrêt possède également le mérite d’avoir évoqué la *cause*. Il précise que : « *l’une des conditions de recevabilité de l’action en enrichissement sans cause, c’est que le gain réalisé et l’appauvrissement éprouvé soient dépourvus de juste cause et que l’appauvri ne disposât, pour faire valoir son droit, que de l’action fondée sur l’enrichissement* ». Sur cet arrêt, v. aussi *infra* n° 52, note 108. – V. aussi qui adopte cependant un raisonnement *inverse*, affirmant que celui qui dispose d’une action découlant d’un contrat, d’un délit ou d’un quasi-délit ne peut recourir à l’action en enrichissement sans cause : Cass. civ. lib., 16 oct. 1956 : Rec. Baz 1956, p. 203. Sur cet arrêt, v. aussi *infra* n° 52, note 107. – V. aussi mais de manière moins claire : Cass. civ. lib., 30 mai 1962 : RJL 1962. 173.

⁷⁹ CA Beyrouth, 20 juin 1958 précit. : RJL 1958. 666.

⁸⁰ Cass. civ. lib., 4 juin 1968 : Rec. Baz 1968, p. 371. Cet arrêt semble être le *seul* parmi les nombreux arrêts cités dans cette étude, à avoir visé la *confiance* devant exister parmi les gens, par l’effet de la *force obligatoire des contrats*. – Rapp. : CA Beyrouth, 23 juin 1965 : RJL 1965. 223. La cour de Beyrouth énonce, « *qu’il faut appliquer les effets du contrat aux parties contractantes, sinon l’action en enrichissement sans cause serait un moyen de détruire la force obligatoire des contrats* ».

⁸¹ Cass. civ. lib., 21 mai 1998 : Cassandre 1998, n° 5, K. 501.

⁸² V. par ex. : Cass. civ. lib., 28 avr. 2005 : Cassandre, avr. 2005, p. 691. – V. aussi mais de manière moins claire : Cass. civ. lib., 26 avr. 2011 : Cassandre, avr. 2011, p. 748.

Par. 2 : La deuxième acception de la subsidiarité : la prohibition d'utiliser l'action subsidiaire pour pallier l'absence d'une voie de droit perdue par la faute du demandeur.

41. – Il est possible qu'un demandeur ait perdu l'usage d'une voie de droit dont il disposait ; par exemple, en ayant laissé s'écouler le délai imparti par la loi pour agir sans entreprendre une action en justice, et qu'il veuille intenter l'action subsidiaire, en l'occurrence l'action en enrichissement sans cause, pour obtenir par ce moyen ce qu'il ne peut plus obtenir par la voie normalement ouverte par la loi. L'action en enrichissement sans cause sera *catégoriquement* refusée à ce demandeur.

Ainsi celui qui après avoir payé les créanciers de son débiteur, néglige de se faire subroger dans les droits qu'avait celui-ci à l'égard de ceux-là, ne peut utiliser l'action en enrichissement sans cause pour réclamer aux héritiers de celui-ci les avantages pécuniaires qu'ils ont retirés de cette opération.

42. – Cette solution résulte d'une célèbre décision de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation en date du 11 juillet 1889⁸³, qui se rapporte à l'affaire qui a opposé le Crédit foncier de France aux consorts Arrazat, décision qui a été généralement interprétée comme ayant méconnu le principe interdisant de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, et condamné l'action en enrichissement sans cause⁸⁴.

⁸³ Cass. req., 11 juill. 1889 : D.P. 1889. 1. 393, note Petiton ; S. 1890. 1. 97, note Labbé. Les faits étaient les suivants : le Crédit foncier, consentant un prêt à un sieur Arrazat, s'était assuré, pensait-il, le premier rang hypothécaire en désintéressant de ses deniers deux créanciers antérieurs et en obtenant du conseil de famille des mineurs Arrazat du 25 juin 1880, une délibération qui autorisait le subrogé tuteur à donner mainlevée de l'hypothèque légale compétant à ces derniers sur les biens de leur père. Le Crédit foncier négligea, en désintéressant les créanciers hypothécaires, de remplir les formalités prescrites par l'article 1250 C.C. ; il ne put, par suite, bénéficier d'une subrogation aux droits de ces derniers et se trouva primé dans l'ordre par l'hypothèque légale des mineurs, qui avaient obtenu de justice l'annulation de la mainlevée pour eux donnée. Il excipa alors, pour diminuer sa perte, de ce qu'à la suite des paiements par lui faits à des créanciers antérieurs, la situation hypothécaire des mineurs Arrazat s'était améliorée ; que ceux-ci se trouvaient précisément enrichis du montant du dégrèvement par lui obtenu ; qu'ils devaient donc, par application de la règle que *nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui*, lui rembourser le montant de cet enrichissement. Les premiers juges rejetèrent sa demande. La cour d'appel de Montpellier confirma le jugement, elle n'a pas en même temps méconnu que les enfants Arrazat avaient retiré indirectement avantage des agissements du Crédit foncier, mais en estimant qu'aucun lien de droit ne s'était formé entre les parties, ce qui, selon elle, ne permettait pas qu'une réclamation fut poursuivie. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel, confirmant ainsi l'irrecevabilité de l'action en enrichissement sans cause. Elle énonce que : « *Le Crédit foncier a alors fait assigner les enfants Arrazat à l'effet d'obtenir contre eux une condamnation au remboursement des deux sommes (...) payées à la demoiselle Nouguier et au sieur Martin, par Arrazat, avec les fonds que cet établissement lui avait avancés, en alléguant que la situation des enfants Arrazat avait été directement améliorée par la radiation des inscriptions qui primaient la leur et que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui* » ; « *Que de ce qui a été ci-dessus exposé il résulte qu'il n'a jamais existé entre le Crédit foncier et les enfants Arrazat aucun contrat, ni aucun quasi-contrat, ni un fait pouvant produire entre eux un lien de droit quelconque ; que les mineurs Arrazat en faisant annuler la délibération du conseil de famille (...), qui sacrifiait leurs intérêts, n'ont fait qu'user de leur droit, et que la somme qu'ils touchent dans l'ordre ouvert sur les biens de leur père, ils la reçoivent en vertu de leur droit hypothécaire et comme chose leur appartenant* ».

⁸⁴ V. par ex. : G. MONNERVILLE, thèse précit., p. 116 *in fine* et pp. 118 et 119.

Longuement et abondamment commentée⁸⁵, nous pensons que cette décision est une des premières décisions – si ce n'est *la première* –, qui peut être interprétée comme ayant appliqué la notion de subsidiarité dans l'enrichissement sans cause, mais sans pour autant désigner cette notion nommément.

Dans cette affaire, une action en enrichissement sans cause fut intentée par le Crédit foncier contre les héritiers Arrazat – il s'agissait de mineurs ayant succédé à leur père –, car celui-là a soutenu financièrement l'ayant-cause de ceux-ci pour qu'il puisse désintéresser ses créanciers, mais a malheureusement *négligé* de se faire subroger à ses créanciers dans les droits qu'ils tiennent de leurs débiteurs, les mineurs Arrazat.

Certains ont expliqué la solution par la considération que les mineurs ne se sont aucunement enrichis par l'effet de l'avancement de leur rang hypothécaire⁸⁶.

Certes, les mineurs ont, par ce fait, vu leur situation améliorée. On peut soutenir que cette amélioration de leur situation les a – d'une certaine manière –, enrichis, mais cet enrichissement était-il sans cause ? Nous ne le pensons pas, cet enrichissement trouvait sa cause dans le rang hypothécaire qu'ils ont valablement acquis, *conformément à la loi*. Il trouve sa cause dans leur droit hypothécaire, comme l'a relevé l'arrêt dans son attendu plus haut reproduit⁸⁷. Le Crédit foncier ayant négligé de se faire subroger aux créanciers qu'il avait désintéressés, il ne pourrait corriger les conséquences de cette imprudence par l'exercice de l'action en enrichissement sans cause contre les mineurs. La loi lui donnait la possibilité de se faire subroger aux créanciers en question en respectant les prescriptions de l'article 1250 C.C., mais il a négligé de le faire et n'a point stipulé de subrogation. Son comportement était à peine explicable. Il ne peut plus par une *voie détournée*, chercher à obtenir ce qu'il fallait qu'une voie de droit commun lui assure : il ne peut utiliser l'action en enrichissement sans cause pour *contourner* les conséquences de sa négligence et du non respect des dispositions impératives de la loi.

43. – La Chambre des requêtes motiva sa décision par la considération qu'il *n'existait aucun lien de droit entre les parties*, ce qui signifiait dans sa pensée que l'absence du lien de droit empêchait l'action en enrichissement sans cause de

⁸⁵ V. par ex. qui approuve l'arrêt : A. ROUAST, *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, op. cit., n° 28, p. 86.

⁸⁶ J. TARTANSON, thèse précit., pp. 50 à 52.

⁸⁷ V. le texte de l'attendu rapporté *supra* note 83.

prosperer. Cette argumentation est dépassée aujourd'hui⁸⁸. Elle était reconnue par la jurisprudence de l'époque où cette décision fut rendue⁸⁹, et une certaine doctrine⁹⁰. Et elle suscita une controverse parmi les auteurs⁹¹.

Cette condition du lien de droit semble contredire le *principe de subsidiarité* qui gouverne l'action en enrichissement sans cause. Elle est au demeurant contraire à la pensée d'Aubry et Rau, pour qui l'action en enrichissement sans cause naît du simple fait de l'enrichissement, *en dehors de tout contrat ou quasi-contrat*, qu'il soit valable ou non⁹².

L'arrêt ajoute à sa motivation ce qui s'explique par la *cause* de l'enrichissement des défendeurs : la somme qu'ils reçoivent leur provient de leur *droit hypothécaire*.

44. – Soulignons que l'arrêt du 11 juillet 1889 a été rendu à une époque où la notion de subsidiarité n'était pas encore profondément étudiée, ni clairement découverte par la jurisprudence. C'est pour cette raison que la Cour de cassation n'a aucunement évoqué la notion. Elle s'est placée sur le terrain de la cause. De plus, à

⁸⁸ Plus d'un auteur avait critiqué la condition du lien de droit entre enrichi et appauvri, et avait souligné que cette condition, *est dépassée*, v. par ex. : G. RIPERT et M. TEISSEIRE, *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français*, RTD civ. 1904. 727, spéc. pp. 774 à 776. Ces auteurs estiment que l'exigence du lien de droit « tourne dans un cercle vicieux », puisque l'action enrichissement sans cause a justement pour *résultat et pour but d'établir entre les parties ce lien obligatoire*. Exiger le lien de droit, c'est poser en condition ce qui est en réalité *un effet*. – V. POLTZER, *L'enrichissement sans cause*, thèse Paris, Dalloz, 1912, spéc. pp. 98 et 99. Cet auteur adopte sans réserve l'opinion de G. RIPERT et M. TEISSEIRE. – M. POSSA, *Etude de la jurisprudence et développement de la théorie de l'enrichissement sans cause*, thèse Paris, Giard et Brière, Paris, 1916, spéc. p. 196. Cet auteur justifie l'inutilité du lien de droit antérieur par la raison que l'enrichissement sans cause est *par lui-même productif d'obligations*. Plus, il fonde cette inutilité sur l'arrêt précité de la Chambre des requêtes du 15 juin 1892, qu'il considère – à juste titre, d'ailleurs – avoir reconnu le principe selon lequel l'enrichissement sans cause *est productif d'obligations*. Sur cet arrêt, v. *supra* n° 32 et note 55, *infra* n°s 591 et note 1088, et n°s 596, 615 et 747. – D. BUDISHTÉANO, *De l'enrichissement sans cause*, thèse Paris, Sagot, Paris, 1920, spéc. pp. 161 à 163. Cet auteur a d'ailleurs émis des réserves sur les termes employés par l'arrêt de la Chambre des requêtes du 11 juillet 1889 en question. – V. aussi : H. LOUBERS, *L'action "de in rem verso" et les théories de la responsabilité civile*, Rev. crit. lég. jurisp. 1912. 462, spéc. pp. 466 et 467, et pp. 482 et 483.

⁸⁹ CA Douai, 9 avr. 1900 : D.P. 1901. 2. 1, note T. Poncet. La formule de l'arrêt de Douai est positive et catégorique, il énonce que : « *Pour qu'il y ait lieu à l'action de in rem verso, il ne suffit pas qu'une partie ait recueilli un avantage prenant sa source dans l'agissement d'autrui, il faut qu'un lien de droit se soit établi entre les deux personnes dont l'une prétend agir contre l'autre* ». Vivement critiqué par son commentateur, il semble que cet arrêt n'a – heureusement – pas été suivi dans d'autres décisions.

Un auteur a exprimé le souhait que la jurisprudence finisse par ne plus s'attacher à l'exigence du lien de droit entre enrichi et appauvri, v. : C. STOÏCESCO, thèse précit., p. 97 et s.

⁹⁰ V. par ex. : PETITON, note sous Cass. req., 11 juill. 1889 in D.P. 1889. 1. 394. Cet auteur avance l'idée selon laquelle, dans tous les articles du Code civil où est admise l'action *de in rem verso*, « *il s'agit sans exception d'hypothèses où une relation directe de fait a existé, soit entre deux personnes, soit entre l'une d'elles et la chose de l'autre (...)* ».

⁹¹ V. par ex. : G. RAYNAUD, *De l'action "de in rem verso" en droit civil français*, thèse Paris, LNDJ, Paris, 1899, spéc. p. 84 et s. Cet auteur critique le raisonnement de PETITON, et les conclusions auxquelles celui-ci aboutit.

⁹² Aujourd'hui, on ne pose aucunement comme condition qu'un lien de droit existe entre enrichi et appauvri pour que puisse être accueillie l'action en enrichissement sans cause, le seul lien dont l'existence est requise est *le lien de causalité* entre l'enrichissement survenu et l'appauvrissement éprouvé.

cette époque-là, la controverse était axée sur la question de la recevabilité ou du refus de l'action en enrichissement sans cause plus que sur l'analyse de ses caractéristiques et des subtilités intellectuelles que celle-ci contenait.

45. – Cet arrêt fut diversement commenté. Un auteur en approuva la solution, ainsi que la motivation donnée par l'arrêt⁹³. Il estima que l'existence d'un *lien de droit direct* entre l'enrichi et l'appauvri est une condition *indispensable* à l'exercice et la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause. Il étaya son opinion par des solutions jurisprudentielles qui sont aujourd'hui abandonnées⁹⁴, ce qui constitue une raison de plus pour nous pour réfuter cette condition injustifiable du lien de droit direct.

Un autre auteur, commentant l'arrêt, semble au contraire, réprover la solution donnée par la Chambre des requêtes⁹⁵. Cet auteur estime que l'application du principe d'équité que *nul ne peut s'enrichir (injustement) aux dépens d'autrui*, mène à des solutions arbitraires et à une appréciation discrétionnaire des faits. Il désapprouve la solution de l'arrêt, estimant qu'il y a eu *méconnaissance* dudit principe d'équité qui interdit à une personne de s'enrichir injustement au détriment d'une autre.

Nous pensons que cette manière de raisonner est inexacte car, il aurait suffi de se fonder sur la notion de subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, pour trouver une explication logique à la solution de l'arrêt.

Ce même auteur tente en définitive d'expliquer la solution par le recours à l'idée d'*erreur inexcusable* commise en l'espèce par le Crédit foncier, demandeur dans le procès, une erreur d'une telle gravité *l'empêchant* d'invoquer ledit principe d'équité à son profit. Selon lui, seule une telle explication *sauvegarderait* le principe d'équité.

⁹³ PETITON, note précit. sous l'arrêt rapporté in D.P. 1889. 1. 394.

⁹⁴ PETITON, *ibid.*, p. 394. Le commentateur donne l'exemple du cas d'une société commerciale qui voit son actif social augmenté de la valeur de marchandises qui ont été livrées individuellement à un de ses membres par un tiers, puis ont été à elle versées. Dans ce cas, ajoute-t-il, le tiers ne pourrait exercer contre la société, qui a été enrichie de la valeur de ces marchandises, et dont elle connaissait par hypothèse l'origine, l'action en enrichissement sans cause. L'auteur expose l'exemple et en approuve la solution. Il l'explique par la considération qu'il n'existe pas de lien de droit entre la société et le tiers et qu'en l'absence de cette condition, l'action en enrichissement sans cause ne saurait réussir. Il n'est pas de doute que si une telle espèce est soumise de nos jours aux tribunaux, ils se prononceraient dans le sens de la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause intentée par le tiers contre la société.

⁹⁵ LABBÉ, obs. sur l'arrêt précité in S. 1890. 1. 97. Ce commentateur tente de voir une solution qui soit favorable au Crédit foncier en suivant un raisonnement par analogie avec les articles 555 C.C. et 2175 C.C., dans leur ancienne rédaction. Mais il poursuit en admettant que les hypothèses prévues par lesdits textes sont différentes du cas d'espèce soumis et tranché par l'arrêt de la Chambre des requêtes du 11 juillet 1890.

L'arrêt du 11 juillet 1889 a de même suscité la critique d'autres commentateurs ; un auteur l'a désapprouvé au simple motif qu'il n'était pas équitable de faire profiter les mineurs du montant des deux hypothèques légales qui était de 77 000 fr.⁹⁶, oubliant que le Crédit foncier a négligé de se faire subroger aux droits des mineurs lorsqu'il a consenti le prêt qui a servi au paiement des créanciers hypothécaires. C'est alors la faute commise par le Crédit foncier qui justifie l'appauvrissement à lui survenu. L'auteur finit par admettre que le refus de l'action enrichissement sans cause au Crédit foncier s'explique par la considération que la Cour de cassation *a été impressionnée par la faute lourde commise par celui-ci*⁹⁷. Cette opinion contient une part de vérité eu égard à la gravité de la faute commise par le demandeur appauvri, mais ne se défend pas quant au résultat de l'action ; le refus de l'action en enrichissement sans cause s'expliquant *de manière scientifique*, par la perte de la voie de droit survenue à la suite de l'*omission fautive imputable au demandeur*.

46. – Dans le même ordre d'idées, l'action en enrichissement sans cause sera aussi refusée à celui qui laisse s'écouler le délai de forclusion imposé par la loi pour intenter une action.

C'est ainsi qu'au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, les tribunaux ont eu à statuer sur des actions en enrichissement sans cause intentées par des ayants droit qui s'étaient laissés surprendre par le délai de forclusion édicté par l'article 18, § 9 de cette loi pour l'exercice de toute action en reprise ou en revendication contre le liquidateur des biens d'une congrégation non autorisée⁹⁸. L'action en enrichissement sans cause a été – bien entendu – refusée à ceux-ci.

⁹⁶ E. NAQUET, note sous Cass. req., 23 nov. 1908 in S. 1910. 1. 425.

⁹⁷ Cette opinion est à rapprocher de celle d'un autre qui, par ailleurs, a consacré une thèse au caractère subsidiaire de l'action en enrichissement sans cause, v. : ALMOSNINO, thèse précit., n^{os} 71, 73 et 76. Cet auteur a également expliqué la solution par *l'énormité de la négligence* commise par le Crédit foncier et, par la volonté de défendre les intérêts des mineurs. Cet auteur a même été jusqu'à estimer que le refus de l'action en enrichissement sans cause au Crédit foncier, *ne semble pas juridique*, car selon lui, la loi répare l'enrichissement injuste non seulement là où il y a négligence mais *même là où il y a mauvaise foi*. Si l'on peut être compréhensif pour l'opinion de l'auteur sur l'arrêt, eu égard à l'état du droit positif de l'époque, en revanche, sa dernière assertion sur l'indifférence de la mauvaise foi du demandeur sur la recevabilité de l'action est *excessive*, et *ne peut aucunement être approuvée*.

⁹⁸ Nous reproduisons ci-dessous les paragraphes qui nous sont utiles pour la présente étude de l'article 18 en question.

« Les biens et valeurs acquis, à titre gratuit et qui n'auraient pas été spécialement affectés par l'acte de libéralité à une œuvre d'assistance pourront être revendiqués par le donateur, ses héritiers ou ayants droit, ou par les héritiers ou ayants droit du testateur, sans qu'il puisse leur être opposé aucune prescription pour le temps écoulé avant le jugement prononçant la liquidation.

Citons notamment un jugement du tribunal civil de Limoges du 14 décembre 1904⁹⁹, dans lequel il a été décidé que : « *les demandeurs sont forclos (...) et ne peuvent rien exiger du liquidateur même par la voie de l'action de in rem verso, cette action, qui n'est accordée qu'à défaut de toute autre, ne pouvant, dans la circonstance, effacer les conséquences de l'extinction de celle beaucoup plus étendue qui eût pu être régulièrement exercée* »¹⁰⁰.

Par cet énoncé, le tribunal a d'une part, affirmé le *caractère subsidiaire* de l'action en enrichissement sans cause ; celle-ci n'étant accordée qu'à *défaut de toute autre action*, et, d'autre part, donné une définition très exacte de l'acception de la subsidiarité, selon laquelle cette action ne peut être employée pour éluder les conséquences dommageables résultant du non-exercice d'un droit dûment accordé par la loi, en l'occurrence, le non-exercice de l'action en reprise ou en revendication accordé par l'article 18 précité de la loi du 1^{er} juillet 1901, *dans le délai de forclusion fixé par celle-ci*¹⁰¹.

47. – La Cour de cassation a, à son tour, confirmé cette orientation par une série d'arrêts datés du 18 et du 19 juillet 1910¹⁰², desquels il résulte, *qu'aucune*

Si les biens et valeurs ont été donnés ou légués en vue de gratifier non les congréganistes, mais de pourvoir à une œuvre d'assistance, ils ne pourront être revendiqués qu'à charge de pourvoir à l'accomplissement du but assigné à la libéralité.

Toute action en reprise ou revendication devra, à peine de forclusion, être formée contre le liquidateur dans le délai de six mois à partir de la publication du jugement. (...) ».

⁹⁹ Cité par : J. TARTANSON, thèse précit., p. 152.

¹⁰⁰ Le tribunal ne se contente pas de cette motivation qui pourtant aurait été suffisante pour fonder sa décision, et poursuit en énonçant que : « *Attendu que, quelque rigoureuse que puisse paraître une semblable décision, elle s'impose au juge, qui ne peut qu'appliquer la loi et ne saurait être autorisé à en éluder la portée, en se basant simplement sur les considérations que peut lui inspirer une conception plus ou moins large de l'équité (...)* ».

¹⁰¹ Bien que la solution donnée par le jugement précité du tribunal de Limoges fût irréprochable, et de plus, tout à fait conforme à la doctrine autrefois construite et toujours suivie aujourd'hui sur la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, l'auteur qui avait rapporté ce jugement à l'appui de ses propositions l'a pourtant critiqué, estimant que, satisfaire l'équité est une des fonctions usuelles de l'action enrichissement sans cause, et ceci, *malgré la défaillance légale de l'action normalement prévue*, v. : J. TARTANSON, thèse précit., p. 152.

Bien qu'elle ne puisse être aucunement approuvée, cette opinion ne devait cependant pas nous étonner. Elle se situe en effet, dans le prolongement de la conception que se fait cet auteur de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause. Celui-ci nie tout caractère subsidiaire à cette action, ou, au meilleur des cas, s'il en admet l'existence, il commet de graves contradictions dans sa manière de l'appréhender. Sur la doctrine de cet auteur, v. *infra* n^{os} 114 et 603.

¹⁰² Cass. civ., 18 (trois espèces) et 19 juill. 1910 : D.P. 1910. 1. 355, note anon. ; S. 1923. 1. 153, note anon. Dans l'affaire qui a opposé l'Administration des domaines à du Buysson (2^{ème} espèce), la Cour de cassation a décidé que : « *Aux termes de ce texte (l'article 18, § 9 de la loi du 1^{er} juillet 1901), toute action en reprise ou en revendication dirigée contre le liquidateur des biens détenus par une congrégation non autorisée doit, à peine de forclusion, être formée dans le délai de six mois, à partir de la publication du jugement qui a nommé le liquidateur ; que la forclusion, édictée par ce texte, en vue de hâter la clôture des opérations de la liquidation est générale et s'applique à toute action qui tend à obtenir la reprise d'une valeur tombée dans la masse à liquider, quelle que soit la cause juridique sur laquelle est fondée la demande* ». Les faits dans les quatre espèces étudiées étaient largement semblables, il s'agissait de personnes ayant été pendant un certain temps membres de congrégations religieuses et qui prétendaient

action qui tend à obtenir la reprise d'une valeur tombée dans la masse à liquider, ne pourra être intentée après l'écoulement du délai de forclusion édicté par l'article 18, § 9 précité de la loi du 1^{er} juillet 1901, et ceci, quelle que soit la cause juridique sur laquelle est fondée la demande.

Malgré la solution inattaquable donnée par la Cour de cassation, nous pouvons voir que celle-ci, et à la différence de la doctrine adoptée et défendue par le jugement du tribunal de Limoges plus haut rapporté, *n'a aucunement eu recours à la notion de subsidiarité* pour justifier le rejet de l'action en enrichissement sans cause intentée par les demandeurs. Ceux-ci réclamaient la restitution de la valeur d'immeubles tombés dans la masse dont ils prétendaient avoir financé l'acquisition par la congrégation.

48. – L'annotateur anonyme¹⁰³ des arrêts rapportés explique la solution adoptée par la considération que, l'action en enrichissement sans cause ne saurait être qualifiée d'*exception*, échappant par cette nature même à la forclusion par application de la maxime « *quae temporalia...* ». Or ce raisonnement est *faux* : car, la maxime en question ne trouve application que dans le cadre d'un *délai de prescription*, et non dans le cadre d'un délai de forclusion, alors qu'en l'espèce il s'agissait d'un délai de forclusion. Il aurait fallu expliquer la solution par la notion de *subsidiarité*, et affirmer que l'action en enrichissement sans cause ne saurait aucunement être utilisée pour *contourner les prescriptions impératives de la loi telles que la forclusion*.

L'acceptation de la subsidiarité rejoint très nettement ici l'impératif *d'éviter la fraude à la loi*.

avoir enrichi le patrimoine de la congrégation par des immeubles qu'ils avaient acquis de leurs deniers personnels. Les congrégations en question ayant été dissoutes, des liquidateurs ont été dûment nommés par des jugements publiés selon les formes requises. Ces personnes, anciens membres de ces congrégations dissoutes, n'ont pas dans le délai de six mois imparti par l'article 18, § 9 de la loi du 1^{er} juill. 1901, agi pour exercer l'action en reprise ou en revendication contre les liquidateurs, des biens détenus par la congrégation et qu'ils estimaient leur revenir car acquis par leurs finances. Ils ont alors intenté contre lesdites congrégations des actions tendant à les dédommager de la valeur des immeubles tombés dans la masse à liquider, ceci sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Dans la deuxième espèce rapportée, le demandeur arguait qu'il était seul propriétaire de l'immeuble litigieux tombé dans la masse à liquider, qu'il en revendiquait la propriété, et au cas où celle-ci ne lui serait pas restituée, il demandait que lui soit reconnu qu'il a payé de ses propres deniers la somme prix de l'immeuble en question et qu'ainsi, l'action en enrichissement sans cause devait lui assurer le remboursement de cette somme, qui au cas où elle ne lui est pas restituée, enrichirait *sans cause* la liquidation de la congrégation. Notons que toutes les décisions rendues par la Cour sont des arrêts de cassation ; les juridictions du fond ont, dans toutes les demandes qui leur ont été soumises, admis la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause, leurs arrêts ont tous été censurés.

¹⁰³ Note au D.P. 1911. I. 355-356.

49. – La solution décidée par la jurisprudence par rapport à celui qui a recours à l'action en enrichissement sans cause pour pallier la perte d'une action perdue par l'écoulement d'un délai de forclusion, a été logiquement étendue au cas du demandeur qui perd son action *en laissant s'écouler un délai de prescription*. C'est ainsi qu'il a été décidé, « *qu'il ne peut suffire à un plaideur de faire abstraction de l'un des éléments essentiels de sa demande et de substituer les raisons de pure équité aux prescriptions du droit pour soutenir sous le couvert de l'action de in rem verso une demande juridiquement irrecevable* »¹⁰⁴. Soulignons l'importance liée à l'emploi de l'expression « les raisons de pure équité », qui décrit parfaitement la *nature* de l'action en enrichissement sans cause.

50. – Puis, de nombreuses années après les fameuses décisions de 1910, la jurisprudence a également eu l'occasion d'affirmer que ne peut recourir à l'action en enrichissement sans cause pour le recouvrement des dépenses faites pour l'entretien d'un immeuble en état redoutable de vétusté, la mairie d'une ville qui a procédé à ces travaux *sans respecter les délais imposés par la loi du 21 juin 1898 pour la notification du propriétaire*¹⁰⁵.

51. – La jurisprudence appliquant l'acception de la subsidiarité selon laquelle le bénéfice de l'action en enrichissement sans cause sera refusé à celui qui perd son

¹⁰⁴ CA Paris, 8 mars 1922 : RTD civ. 1922. 887.

¹⁰⁵ CA Toulouse, 5 oct. 1959 : D. 1960, jur. 387, note F. Goré. La cour énonce que : « *Si les tribunaux civils, gardiens de la propriété privée immobilière, ont compétence pour prévenir ou faire cesser les empiètements ou les emprises de l'Administration et pour en réparer, le cas échéant, les conséquences dommageables, l'Administration ne peut elle-même donner comme fondement juridique à une action de sa part devant la juridiction de droit commun la faute par elle commise dans l'exercice de ses droits de puissance publique ; qu'un acte administratif par essence ne peut, en effet, s'analyser en simple rapport de droit privé ; que la Ville de Montauban n'a donc pour le recouvrement de la créance litigieuse que la voie légale de l'art. 6 de la loi du 21 juin 1898, devenu l'art. 306 du décret du 26 juill. 1954 (...) et, à défaut, que telle action que de droit devant la juridiction administrative compétente ; qu'elle ne dispose d'aucune autre voie de recouvrement si celles-ci lui sont fermées du fait de sa faute* ». En l'espèce, l'état de vétusté d'un immeuble situé à Montauban, aggravé par une insuffisance prolongée de l'entretien, était devenu assez alarmant en décembre 1952. C'est alors que le maire de la ville, après avoir pris un premier arrêté tardivement notifié à l'intéressée, a procédé à la désignation d'un architecte afin de déterminer l'existence d'un péril grave et imminent. Cet expert conclut à l'existence d'un tel péril et décrivit les travaux nécessaires à effectuer sur l'immeuble. Le maire prit un nouvel arrêté le 8 janvier 1953, celui-ci fut de même notifié tardivement à la propriétaire, soit le 14 janvier. Celle-ci n'assista pas à la constatation ni procéda aux travaux nécessaires, c'est alors que la ville procéda aux travaux sans autre notification de la propriétaire. Ce fut fait dans le courant de février 1953. Les deux arrêtés furent transmis au tribunal administratif, mais cette juridiction constata qu'ils avaient été tardivement notifiés à la propriétaire et déclara irrecevable la requête de la Ville de Montauban tendant au recouvrement de la dépense. La ville engagea alors contre la propriétaire une instance devant le tribunal civil de Montauban en paiement de la somme de 3 750 000 F sur le fondement de la gestion d'affaires ou à défaut de l'enrichissement sans cause. Le tribunal se déclara incompétent. La ville frappe d'appel ce jugement, la cour de Toulouse affirme par l'arrêt rapporté l'incompétence *rationae materiae* de la juridiction civile.

action en laissant s'écouler le délai de prescription ou de forclusion, a été fidèlement suivie par des arrêts – relativement – plus récents¹⁰⁶.

52. – La jurisprudence libanaise a eu à son tour, l'occasion d'affirmer cette acception de la subsidiarité. C'est ainsi que l'action en enrichissement sans cause a été refusée à une demanderesse qui n'a pas intenté, dans le délai imparti par la loi, l'action découlant d'un titre de propriété¹⁰⁷. Cette action a été également refusée à celui qui a laissé s'écouler le *délai de forclusion*, fixé – à un an – par l'article 427 C.O.C. pour exercer l'action en supplément de prix¹⁰⁸, et à celui qui a laissé prescrire l'action donnée à chacun des communistes, par les articles 832 et 833 C.O.C., pour contraindre les autres à notamment, contribuer avec lui « aux dépenses nécessaires pour conserver la chose commune »¹⁰⁹. L'action en enrichissement sans cause a été également refusée au porteur d'un chèque avalisé qui n'a pas intenté l'action cambiaire dans les délais de prescription légaux, et qui par ailleurs, *n'a pas pu rapporter les preuves exigées pour le bien-fondé de cette action-là*¹¹⁰.

¹⁰⁶ En ce qui concerne des délais de prescription, v. : CA Nancy, 28 mars 1978 : JCP 1979. 4. 335. En l'espèce, la caisse de sécurité sociale n'a pas dans le délai de deux ans qui lui était imparti, exercé l'action en nullité de l'article 397 CSS. La cour de Nancy a décidé qu'elle était irrecevable à agir par le biais de l'action en enrichissement sans cause. – Cass. 1^{ère} civ., 18 fév. 1981 : Gaz. Pal. 1981. 2. pan. 246.

En ce qui concerne un délai de forclusion, v. : Cass. 3^{ème} civ., 3 janv. 1978 : Bull. civ. 3, n° 3, p 3.

¹⁰⁷ Cass. civ. lib., 16 oct. 1956 précit. : Rec. Baz 1956, p. 203.

¹⁰⁸ Trib. civ. Mont-Liban précit., 15 janv. 1965 : RJL 1965. 441. L'article 427 se rapporte au contrat de vente, plus précisément au *contenu de l'obligation de délivrance*. Cet article dispose que : « L'action en supplément de prix de la part du vendeur, et celle en diminution de prix ou en résiliation du contrat de la part de l'acquéreur doivent être intentées dans l'année à compter du jour du contrat, à peine de déchéance ».

L'article a le mérite de préciser que le délai fixé est un délai de forclusion ; qu'il est donc insusceptible de suspension ni d'interruption. Si le texte ne précisait pas la nature du délai, il incomberait au juge d'interpréter le texte et la volonté du législateur.

¹⁰⁹ Cass. civ. lib., 26 mai 1970 : Al-Adl 1970, p. 683, n° 383.

¹¹⁰ Trib. com. Beyrouth, 20 oct. 1982 : Al-Adl 1985, p. 236. Ce jugement mérite particulièrement d'être signalé car il se rapporte à une hypothèse quelque peu *insolite*. En l'espèce, l'endosseur d'un chèque a été poursuivi en recouvrement du montant de ce chèque environ sept années après son émission. Le chèque en question s'est avéré être sans provision et son porteur n'a donc pas pu l'encaisser. Plus, le compte bancaire du tireur a été clôturé. Le porteur, demandeur à une procédure d'exécution, a intenté, à titre subsidiaire, contre l'avaliseur l'action en enrichissement sans cause. Ce qui est le plus significatif, c'est le fait que le Code de commerce ouvre, en son article 442, al. 3 C. com. lib., l'action en enrichissement sans cause au profit du porteur contre le tireur et les autres obligés.

Soulignons qu'en l'occurrence, l'action du porteur contre les avaliseurs était *prescrite* par application de l'article 442 précité, qui dispose en son alinéa premier, que :

« Les actions en recours du porteur contre les endosseurs, le tireur et les autres obligés au paiement se prescrivent par six mois à partir de l'expiration du délai de présentation ».

Le troisième alinéa de cet article qui mérite aussi particulièrement notre attention, dispose que :

« Toutefois, en cas de déchéance ou de prescription, il subsiste une action contre le tireur qui n'a fait provision et les autres coobligés qui ont réalisé un enrichissement sans cause ».

Pour déclarer l'action recevable, le tribunal énonce que : « l'action en enrichissement sans cause est une voie ouverte par la loi au porteur du chèque dont l'action cambiaire est prescrite et il n'y a donc pas d'obstacle à sa recevabilité dans le présent litige ».

Il poursuit et énonce, « qu'il est admis en doctrine et en jurisprudence que l'action en enrichissement sans cause obéit à la prescription de droit commun qui est de dix années, qu'elle n'est donc pas prescrite car le délai de dix années ne s'est pas écoulé ».

Après ces deux attendus, le tribunal pose la condition au bien-fondé de l'action en enrichissement sans cause, il énonce :

Comme elle ne peut être employée pour corriger les conséquences de la perte de la voie de droit normalement ouverte au justiciable, l'action subsidiaire ne peut pas non plus être utilisée pour contourner les dispositions impératives de la loi.

Par. 3 : La troisième acception de la subsidiarité : la prohibition d'utiliser l'action subsidiaire pour éviter l'application des dispositions impératives de la loi.

53. – Un demandeur qui ne possède pas les moyens de preuve ou les éléments requis pour appuyer sa demande en justice ou sa prétention, pourrait être tenté de recourir à l'*action subsidiaire* – en l'occurrence l'action en enrichissement sans cause –, dans le but d'obtenir son dû. C'est en effet, que le plus souvent l'action en enrichissement sans cause peut être vue par certains demandeurs comme une voie de secours idéale, car elle n'obéit pas à des règles rigoureuses pour le mode de preuve. C'est alors justement, que celle-ci lui sera refusée, car l'emploi de l'action en enrichissement sans cause dans de telles situations, aura pour but *d'é luder les dispositions impératives*, voulues pour la preuve et l'exécution d'un contrat déterminé par le législateur.

Cette acception de la subsidiarité, a été expliquée et présentée de manière exemplaire par un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 27 juin 1934, précédemment cité, celui-ci précise que la subsidiarité de l'action a été imposée pour que sous couvert de l'action en enrichissement sans cause, ne soit opéré « un changement de l'ordre juridique »¹¹¹. Cette formule évoque sans aucune ambiguïté l'impératif qui

« Pour l'admission de l'action en enrichissement sans cause contre l'avaliseur, il ne suffit pas que le porteur invoque l'impossibilité de l'encaissement du chèque, il lui incombe également de rapporter la preuve de la connaissance par l'avaliseur de l'absence de provision du chèque et que celui-ci a commis une faute ou une négligence qui ont empêché le porteur d'encaisser le montant du chèque ».

La demanderesse n'a pas invoqué la commission d'une faute ou d'une négligence de la part de l'endosseur, elle n'a pas pu non plus prouver la connaissance de celui-ci de l'absence de provision au moment où l'endossement a été effectué, elle a, au surplus, « en négligeant d'intenter l'action cambiaire en temps convenable, perdu son droit et l'a laissé prescrire ».

C'est ainsi qu'après avoir déclaré l'action en enrichissement sans cause recevable, le jugement l'a cependant déclarée *mal fondée*.

Soulignons que l'article 426 C. com. lib., précise quant à lui le délai de présentation. Puisque, en l'espèce, le chèque litigieux a été émis aux Etats-Unis, c'est le troisième alinéa de cet article qui est applicable. Il fixe le délai de présentation à soixante-dix jours courant de la date de son émission.

¹¹¹ CA Lyon, 27 juin 1934 précit. : S. 1934. 2. 219, note anon. Bien que rendu par les juges du fond, cet arrêt est d'un grand apport doctrinal, et renferme des attendus que l'on peut qualifier de *principe*. La cour de Lyon y énonce que : « Tout ce qu'a voulu la jurisprudence en imposant à l'action "de in rem verso" un caractère subsidiaire c'est que, sous son couvert, ne pût se réaliser un changement de l'ordre juridique, comme il arriverait si celui qui prétend en user avait laissé éteindre par sa faute ou sa négligence l'action ex contractu dont il disposait, si l'acte servant de base à sa créance était nul, s'il n'était pas à même de rapporter la preuve de celle-ci, qu'en d'autres termes ne pût se commettre la fraude à la loi que serait la dissimulation du caractère véritable de la prétention insoutenable comme telle ». Les termes de l'attendu pourraient laisser croire, que la cour a voulu par cette motivation rejeter l'action en

sous-tend la subsidiarité, rattachée à différentes institutions du Droit, et qui est celui de *prohiber ou de prévenir la fraude à la loi*.

54. – C'est dans ce même contexte, que fût cassé un arrêt d'appel qui a admis l'action en enrichissement sans cause *en refusant de statuer sur la validité de la convention qui liait les parties en litige*¹¹². S'inscrit aussi dans ce même contexte, la censure d'un arrêt qui a accueilli l'action en enrichissement sans cause intentée dans le but de contourner la *nullité absolue* qui frappait un acte dont la cause était *illicite*¹¹³.

C'est toujours dans ce même contexte que fut refusée l'action en enrichissement sans cause intentée pour *suppléer à l'annulation de contrats frappés de nullité d'ordre public*, en vertu du décret du 1^{er} septembre 1939¹¹⁴.

enrichissement sans cause. Or, le bénéfice de cette action fut effectivement reconnu aux héritiers de l'entrepreneur pour être indemnisés de la plus-value apportée au domaine où furent effectués les travaux par celui-ci. Une plus-value fut en effet, apportée au domaine du fait desdits travaux, cette plus-value dont a joui la nue-proprétaire, permit aux héritiers d'être indemnisés sur le fondement de l'action en l'enrichissement sans cause. L'attendu ci-dessus reproduit fut énoncé par la cour, en réponse à la prétention de la nue-proprétaire – appelante – qui tendait à déclarer les héritiers de l'entrepreneur irrecevables en leur action. Cette prétention étant fondée sur une interprétation particulière de la subsidiarité, en vertu de laquelle il était reproché à l'entrepreneur de ne s'être pas ménagé des privilèges pour se prémunir contre l'insolvabilité de son cocontractant direct, en l'occurrence l'époux de la nue-proprétaire. Sur les faits de cette espèce, v. *infra* n° 69 et note 142.

Sur l'acception de la subsidiarité basée sur l'obstacle de fait empêchant le succès de l'action intentée par le créancier, ainsi que la question de l'imputabilité ou non à celui-ci de la survenance de l'insolvabilité de son débiteur direct, v. *infra* n°s 82 à 92.

¹¹² Cass. civ., 31 juill. 1895 : S. 1896. 1. 397. – Et, pour une décision plus récente, v. : Cass. 1^{ère} civ., 12 oct. 1964 : Bull. civ. 1, n° 439. En l'espèce, il a été décidé qu'une demanderesse titulaire d'une simple promesse d'attribution en pleine propriété, n'était pas fondée, à défaut de pouvoir exercer l'action qu'elle tient du contrat parce que les conditions exigées par l'acte de société pour procéder au partage de l'immeuble construit n'étaient pas encore remplies, à *intenter l'action en enrichissement sans cause pour échapper à l'application du pacte social*, auquel elle avait librement consenti.

¹¹³ Cass. civ., 3 nov. 1930 : D.H. 1930. 603. En l'espèce, il s'agissait d'accords conclus sur des offices ministériels soustraits à la connaissance de la Chancellerie et aux termes desquels le cessionnaire apparent de l'office n'en avait effectivement reçu que la gestion intérieure avec charge de les rétrocéder à l'acquéreur réel dont il était rétribué, dès que ce dernier pouvait valablement solliciter son titre. La Cour de cassation énonce dans un attendu de portée générale que : « *de pareilles tractations destinées à éluder la prohibition des cessions à titre intérimaire, et qui devaient demeurer secrètes, sont contraires à l'ordre public comme incompatibles avec les droits et les devoirs du titulaire d'un office ministériel, et susceptibles de porter atteinte à son indépendance* ». Puis elle relève que la cour d'appel a reconnu le caractère illicite desdites conventions et les a déclarées nulles, mais qu'elle a cependant admis la validité de la convention conclue entre le cessionnaire réel et le cessionnaire apparent de l'office ministériel, et, notamment, elle a, se basant sur la règle interdisant de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, décidé que le cessionnaire réel de l'office ministériel *devait sa valeur à son ancien propriétaire*. C'est pour avoir fait application des principes sur l'enrichissement sans cause dans la relation entre propriétaire et cessionnaire réel de l'office ministériel, que l'arrêt d'appel fut censuré et ceci sous le visa de l'article 1131 C.C., la Cour de cassation ayant pris soin de relever qu'un engagement entaché dès son origine, à raison de sa cause, d'une nullité absolue et insusceptible de confirmation, ne saurait acquérir une force obligatoire par la titularisation survenue ultérieurement de son cessionnaire réel. Rappelons par ailleurs que l'article 1131 précité dispose que :

« L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

¹¹⁴ Cass. com., 23 avr. 1958 : Bull. civ. 3, n° 164, p. 134. Le décret du 1^{er} septembre 1939 en question édictait en son article 5, une *nullité de plein droit* frappant les conventions, contrats et marchés conclus avec l'*ennemi*.

En l'espèce, il s'agissait de contrats de vente d'appareils d'enregistrement de films sonores conclus entre des sociétés cinématographiques françaises et une firme allemande. Pour mieux comprendre les faits de

55. – Dans la perspective ainsi définie, c'est le plus souvent dans le contexte de l'exécution de contrats spéciaux *rigoureusement réglementés par la loi*, que l'une des parties au contrat, celle qui le plus souvent s'estime lésée par l'exécution de celui-ci, tentera de recourir à l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause pour *esquiver* l'application de règles impératives relatives aux contrats en cause.

Il serait intéressant d'examiner les situations dans lesquelles ces tentatives de contournement de la loi se concrétisent, premièrement dans le domaine général des obligations et contrats, et deuxièmement dans le domaine particulier des contrats spéciaux.

56. – Dans le domaine du droit commun des obligations et des contrats, c'est, *notamment*, pour éviter l'application des articles 1341 et 1347 C.C. régissant le mode de preuve que les demandeurs recourent à l'action en enrichissement sans cause. Les articles 1341 et 1347 en question se situent dans le Titre troisième du Code civil qui est relatif aux « contrats et obligations conventionnelles en général », et plus précisément dans le chapitre sixième de ce Titre qui se rapporte à « la preuve des obligations et celle du paiement ». Ces deux articles disposent respectivement, que :
« Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre.

Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce ».

« Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.

On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué ».

57. – Un très important enseignement sur ce point nous a été fourni par un arrêt de la cour de Grenoble en date du 15 décembre 1909¹¹⁵, qui est d'un grand apport doctrinal et se présente comme un arrêt de principe, dans lequel cette cour énonce que : « *Si l'action de in rem verso prend sa source dans l'équité naturelle,*

l'arrêt, il faut se placer dans le contexte de la Seconde Guerre mondiale. Celle a été officiellement déclenchée le 1^{er} septembre 1939, date qui coïncide exactement avec celle du décret dont l'application est en cause dans l'arrêt rapporté.

dont le champ est infini, elle n'en est pas moins, sous notre législation, assujettie à certaines règles et circonscrite dans certaines limites ; que c'est ainsi qu'elle est exclusive de l'idée de contrat ; et suppose toujours une obligation étrangère à tout engagement positif, et dérivant d'un fait pur et simple, auquel sont inapplicables par leur nature les prescriptions de l'article 1341 C.C. ». Puis après avoir rappelé les faits de l'espèce dans laquelle la demanderesse poursuivait l'exécution contre une congrégation dissoute d'un contrat de prêt¹¹⁶, la cour énonce que : *« faire droit à la demande dans une mesure quelconque, sous prétexte de l'action de in rem verso, serait autoriser un justiciable à prouver par simples présomptions une créance dont le chiffre est supérieur à (x. somme), et par conséquent mettre en échec les principes les plus certains du Code civil ».* C'est cette dernière tranche de l'attendu qui en constitue la partie la plus importante ; elle résume de manière claire et concise le *fondement* de la subsidiarité dans son acception étudiée présentement et qui est celle de *préserver* l'application des *dispositions impératives d'un système juridique*, en l'occurrence le Code civil, et non seulement de *la loi en tant que telle*. La question de la preuve était centrale dans l'espèce qui a donné lieu à cet arrêt. Faute de pouvoir rapporter la preuve du prêt litigieux, la demanderesse a recouru à l'action en enrichissement sans cause. Or, le système général de preuves institué par le Code civil l'a été dans un but d'intérêt général qui n'est point contraire à l'équité¹¹⁷, et l'équité, qui est à la base de l'action en enrichissement sans cause, *ne commande en aucune façon qu'il y soit dérogé*¹¹⁸.

58. – L'arrêt de la cour de Grenoble fut confirmé par un arrêt de non moindre importance, de la Cour de cassation du 12 mai 1914¹¹⁹, précédemment cité.

¹¹⁵ CA Grenoble, 15 déc. 1909 : S. 1918-1919. 1. 42.

¹¹⁶ La cour relève à cet égard que : *« Il s'impose dans l'espèce de reconnaître que tous les faits sans exception, dont se prévaut la demanderesse, se rattachent et se confondent avec la formation et la consommation d'un contrat de prêt, et que ce qu'elle poursuit contre la liquidation, quels que soient les moyens et les rubriques, c'est uniquement l'exécution dudit contrat, lequel est le seul vinculum juris susceptible de lier les parties en cause ».*

¹¹⁷ E. NAQUET, note sous Cass. civ., 12 mai 1914 in S. 1918-1919. 1. 41.

¹¹⁸ E. NAQUET, *ibid.*

¹¹⁹ Cass. civ., 12 mai 1914 précit. : S. 1918-1919. 1. 41, note E. Naquet. Les faits de l'espèce se résument ainsi : une prétendue créancière, intervenant au procès intenté par un ecclésiastique, qui revendiquait, contre le liquidateur de la congrégation dissoute des Missionnaires de la Salette, divers immeubles et les constructions élevées sur ces immeubles, avait conclu, d'abord au succès de la revendication, et en outre, à la condamnation du liquidateur au paiement, au profit de la créancière, d'une somme de 81000 F. ayant fait l'objet d'un prêt par lui consenti au demandeur en revendication, et qui était destinée d'après le titre même du prêt, à la construction des bâtiments élevés sur la propriété contestée. Pour prouver son droit de créance, l'intervenante produisait vingt billets sous seing privé souscrits à son profit par l'ecclésiastique demandeur en revendication ayant différentes dates aux années 1889 et 1890. Mais ces effets n'avaient acquis date certaine que par l'enregistrement effectué au cours de la liquidation le 14 avril 1904. Il

Reproduisant la célèbre formule d'Aubry et Rau définissant la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, cet arrêt énonce que¹²⁰: « *Attendu que l'action en enrichissement sans cause doit être admise, dans tous les cas où cette personne ne jouirait pour obtenir ce qui lui est dû d'aucune action naissant d'un contrat, quasi-contrat, d'un délit ou quasi-délit ; mais elle ne peut pas être substituée, en cours d'instance, à une action différente, originairement fondée sur une obligation contractuelle dont le demandeur serait dans l'impossibilité légale de rapporter la preuve suivant les formes imposées par les articles 1341 et 1347 C.C.* ». On voit que dans la première tranche de l'attendu est posé le principe, et, dans sa seconde tranche introduite par la préposition « mais », est énoncée la *dérogation* à ce principe. Ainsi, après avoir relevé les faits constatés par l'arrêt attaqué¹²¹, la Cour de cassation énonce, pour rejeter le pourvoi formé contre celui-ci et en adoptant la constatation selon laquelle tous les faits, sans exception, dont se prévaut la demanderesse à l'appui de son action en enrichissement sans cause, « *se confondent avec la formation et la consommation du contrat de prêt, et qu'elle poursuit uniquement, sous cette forme, l'exécution dudit contrat* ».

59. – La jurisprudence affirmant la prohibition de déroger à l'application des articles 1341 et 1347 C.C., régissant le mode preuve des obligations et contrats, par le recours à l'action en enrichissement sans cause, et inaugurée par l'arrêt précité du 12 mai 1914, a vocation à être généralisée à toutes les règles à caractère impératif régissant la matière des obligations et des contrats¹²².

60. – Au-delà des articles 1341 et 1347 C.C. régissant le mode de preuve des actes juridiques, la Cour de cassation a eu aussi l'occasion d'appliquer l'orientation jurisprudentielle tracée par l'arrêt précité du 12 mai 1914 à des hypothèses se

s'agissait donc de savoir si les effets en question pouvaient être opposés au liquidateur. Résoudre ce problème de droit dépendait de la question de savoir si le liquidateur était considéré comme le représentant de la congrégation ou alors, s'il était considéré comme un tiers. Dans le premier cas, les billets lui étaient opposables, car entre les parties, la date des billets fait foi. S'il était considéré comme un tiers, les billets ne lui étaient pas opposables parce qu'ils n'avaient pas acquis date certaine avant la dissolution de la congrégation. Or, selon la jurisprudence de la Cour de cassation de l'époque sur ce point, le liquidateur d'une congrégation dissoute doit être considéré comme un tiers.

¹²⁰ Reproduire la célèbre formule d'Aubry et Rau constitue bien ici une répétition puisque cette formule a déjà été reproduite (v. *supra* n° 28), mais nous le faisons quand même pour que l'attendu de la Cour puisse être lu comme un tout inséparable.

¹²¹ La Cour énonce à cet égard que : « *Attendu que l'arrêt attaqué constate que la dame Clayette (la demanderesse) n'a pu fournir, au regard du liquidateur, considéré comme un tiers, ni preuve écrite ni commencement de preuve par écrit pour établir la sincérité de la date des billets souscrits à son profit par Pinardy (le revendiquant)* ».

¹²² Rapp. : N. ALMOSNINO, thèse précit., n° 58, pp. 106 et 107.

rapportant à la question de la preuve des actes juridiques dans sa généralité. Cette jurisprudence fut en effet appliquée, peu d'années après cet arrêt, à une espèce mettant en cause un *ensemble d'opérations comprenant une transmission de titres*¹²³.

Puis, elle le fut encore lorsque plus tard, la Cour de cassation a décidé que : « *l'enrichissement (sans cause) ne peut être invoqué pour éviter le rejet de l'action intentée (par l'appauvri) en réparation du dommage résultant de l'inexécution d'une prétendue promesse dont il ne rapporte pas la preuve* »¹²⁴.

61. – L'orientation de jurisprudence inaugurée par l'arrêt précité du 12 mai 1914 demeure fidèlement suivie aujourd'hui. Elle a ainsi été successivement réaffirmée, par deux arrêts de la première Chambre civile ; le premier en date du 2 novembre 2005¹²⁵, et le second en date du 2 avril 2009¹²⁶, qui, quant à lui, réitère cette jurisprudence *de manière on ne peut plus claire*. Il résulte de cet arrêt, que le demandeur *ne peut être admis à pallier sa carence dans l'administration de la preuve de son contrat de prêt par l'exercice d'une action fondée sur l'enrichissement sans cause*.

Peu de temps après, cette même orientation de jurisprudence fut encore réitérée par un arrêt du 5 novembre 2009, rendu également par la première Chambre

¹²³ Cass. req., 21 nov. 1917 : S. 1920. 1. 293, note anon. Il est intéressant de souligner que l'arrêt ne mentionne pas de manière expresse la subsidiarité de l'action. C'est seulement de manière implicite mais certaine qu'il en fait application. Nous pouvons quand même relever l'emploi par la Cour d'expressions significatives, c'est ainsi qu'à propos des conventions litigieuses, elle constate que : « *si le caractère de ces opérations demeure indéterminé, il n'en est pas moins établi qu'elles ont eu lieu d'un commun accord* ». Et plus loin, elle constate : « *l'existence d'une convention régie par les règles qu'elle est susceptible de comporter, et pouvant, par conséquent, donner naissance à une action en justice* ». Ces propos évoquent sans nul doute, la *prééminence* des conventions légalement formées sur l'action en enrichissement sans cause intentée par la demanderesse en cassation et par la-même, *la subsidiarité de celle-ci*.

¹²⁴ Cass. 3^{ème} civ., 15 mai 1973 : Bull. civ. 3, n° 342, p. 247 ; D. 1973, IR. 145. L'attendu de principe plus haut reproduit débute par le rappel de la célèbre formule d'Aubry et Rau. C'est ainsi que, la Cour a énoncé dans le début de son attendu principal, que : « *l'action fondée sur l'enrichissement sans cause n'étant ouverte à l'appauvri que s'il ne dispose d'aucune autre action* ». En l'espèce, deux époux qui voulaient acheter un appartement se sont fait substituer une autre personne. Ils réclamaient à celle-ci la somme de 3.000 F. à titre de dommages-intérêts. La cour d'appel énonce que cette substitution d'acquéreur avait eu pour conséquence d'entraîner la perte par les époux des 3.000 F. qu'ils avaient versés au vendeur à titre d'arrhes et, de permettre à la personne qui s'est substituée à eux d'obtenir une diminution de 3.000 F. sur le prix de l'appartement. Sur ce, l'arrêt attaqué décide qu'il convient de se « *référer à la théorie de l'enrichissement sans cause, encore que celle-ci n'ait pas été invoquée explicitement* ». Saisie du pourvoi, la Cour de cassation relève que la cour d'appel a constaté que l'abandon des arrhes au vendeur, qui constituait la cause de l'appauvrissement des époux, *résultait de leur propre décision de ne plus acheter l'appartement*, et que ceux-ci, incapables d'établir que la personne qui s'est substituée à eux, leur aurait fait la promesse de leur payer le montant des arrhes par eux versés, *ne prouvaient donc pas l'existence de cette promesse pour l'inexécution de laquelle ils avaient engagé une action en dommages-intérêts*. La censure était inévitable ; l'arrêt est donc cassé par la Cour de cassation. – CA Paris, 31 mai 1989 : D. 1989, IR. 217. En l'espèce, le demandeur était dans l'impossibilité de prouver un prêt dont il cherchait à être remboursé par le biais de l'action en enrichissement sans cause.

¹²⁵ Cass. 1^{ère} civ., 2 nov. 2005 : Bull. civ. 1, n° 398, p. 331.

¹²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2009 : Bull. civ. 1, n° 74 ; D. 2009. 2058, obs. P. Chauvin, N. Auroy et C. Creton ; JCP G 2009, n° 39, p. 13, note Y. Dagherne-Labbé ; *ibid.* 2009. 4. 1772 ; Rép. Def. 2009, p. 1285, § 38964, n° 5, note E. Savaux ; RDC 2009. 1177, obs. S. Gaudemet ; RTD civ. 2009. 321, obs. B. Fages.

civile de la Cour de cassation¹²⁷, décision qui fut approuvée par une majorité de commentateurs¹²⁸.

62. – Bien que la première Chambre civile de la Cour de cassation ne se soit pas prononcée, dans les arrêts du 2 novembre 2005, et du 2 avril et novembre 2009 de manière aussi solennelle qu'elle l'a fait un siècle plus tôt dans le célèbre arrêt « veuve Clayette » du 12 mai 1914, on peut quand même affirmer que la position adoptée par la Cour dans ces trois arrêts est d'une parfaite orthodoxie et, *correspond parfaitement à la doctrine de l'arrêt du 12 mai 1914*¹²⁹.

Donc, l'arrêt de principe du 12 mai 1914 est toujours de *jurisprudence constante*¹³⁰.

Et, nous pouvons ainsi affirmer que la subsidiarité est sauvegardée et respectée dans le domaine de la preuve des actes juridiques, celui qui se rapporte à la théorie générale des obligations et des contrats. Il convient dans ce qui suit, d'examiner quelles sont les solutions de la jurisprudence quant au respect de la notion de subsidiarité, dans le domaine des contrats spéciaux.

63. – La jurisprudence libanaise a également eu l'occasion d'appliquer la solution de principe inaugurée par l'arrêt précité du 12 mai 1914. Ce fut cependant

¹²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 2009 : Bull. civ. 1, n° 222 ; Gaz. Pal. 31 déc. 2009, n° 365, p. 15 ; *ibid.*, 7 janv. 2010, n° 7, p. 19, note D. Houtcieff ; *ibid.*, 22 mai 2010, n° 142, p. 17, note H. Lécuyer ; JCP G, n° 47, 16 nov. 2009, 450, note C. Charbonneau et F.-J. Pansier ; *ibid.*, n° 51, 14 déc. 2009, 561, note N. Dupont ; *ibid.*, Lexbase heb. n° 373, éd. privée du 26 nov. 2009, n° Lexbase : A7917EM8, note D. Bakouche ; RLDC 2009, n° 66, p. 11, obs. C. Le Gallou ; *ibid.*, n° 69, p. 71, note C. Charbonneau ; RTD civ. 2010. 106, obs. B. Fages. En l'espèce, deux contractants s'étaient liés par un accord verbal, aux termes duquel, en contrepartie d'un droit d'usage et d'habitation, l'un d'eux s'était obligé à financer les travaux d'aménagement du sous-sol d'une maison appartenant à l'autre. Une fois ces travaux réalisés, celui qui avait assuré ledit financement en réclama à son cocontractant, le propriétaire, le remboursement sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Mais ceci fut peine perdue. Compte tenu du contrat qui existait entre les intéressés, la cour d'appel a en effet rejeté sa demande. Elle est approuvée par la Cour de cassation qui estime à son tour que : « *dès lors qu'il s'inscrivait dans le cadre contractuel ainsi défini par les parties, un tel financement ne pouvait ouvrir droit à remboursement sur le fondement des règles qui gouvernent l'enrichissement sans cause* ».

¹²⁸ V. par ex. : D. BAKOUCHE, obs. pour l'arrêt rapporté in Lexbase heb. n° 373, éd. privée du 26 nov. 2009, n° Lexbase : A7917EM8. – C. CHARBONNEAU et F.-J. PANSIER, obs. pour l'arrêt rapporté in JCP G, n° 47, 16 nov. 2009, 450. – N. DUPONT, note sous l'arrêt rapporté in JCP G, n° 51, 14 déc. 2009, 561. – C. Le GALLOU, obs. pour l'arrêt rapporté in RLDC 2009, n° 66, p. 11. – D. HOUTCIEFF, obs. pour l'arrêt rapporté in Gaz. Pal., 7 janv. 2010 n° 7, p. 19. – H. LÉCUYER, obs. pour l'arrêt rapporté in Gaz. Pal. 22 mai 2010, n° 142, p. 17. – V. aussi : B. FAGES, obs. pour l'arrêt rapporté in RTD civ. 2010. 106. Cet auteur a par ailleurs mis en valeur le fait qu'il s'agissait en l'espèce d'un contrat verbal, précision qui – pensons-nous – est superflue et ne change en rien à l'application du principe de subsidiarité gouvernant l'action en enrichissement sans cause.

¹²⁹ C. CHARBONNEAU, obs. pour Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 2009 in RLDC 2009, n° 69, p. 71. – Rapp. : B. FAGES, obs. pour Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2009 in RTD civ. 2009. 321. – E. SAVAUX, obs. pour Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2009 in Rép. Def., 30 juin 2009 n° 12, p. 1285.

dans des domaines divers, où les plaideurs cherchaient à contourner l'application d'une loi spéciale à caractère impératif. C'est ainsi qu'il a été décidé que le représentant commercial ne pourrait intenter l'action en enrichissement sans cause pour obtenir une *indemnisation* pour la résiliation du contrat qui le liait à la société représentée alors, qu'il aurait dû invoquer les dispositions à *caractère impératif* du décret-loi n° 34/68 protégeant en droit libanais, le représentant commercial¹³¹. Il a été aussi décidé que cette action ne pouvait être intentée par un avocat pour obtenir paiement de ses honoraires, car cette question est régie par une loi *spéciale* : la loi du 11 mars 1970 et ses modifications, réglementant la profession d'avocat au Liban¹³².

Les tentatives de contournement de lois impératives ayant été examinées en droit libanais, envisageons, à présent, le domaine des contrats spéciaux. De telles hypothèses de tentatives de *contournement des dispositions impératives de la loi*, s'y présentent, notamment, dans le contentieux des marchés à forfait (1), et dans celui des chèques (2).

1. – En ce qui concerne le contentieux relatif au marché à forfait.

64. – Le marché à forfait est un contrat spécial réglementé par l'article 1793 C.C. qui dispose :

« Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation du prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentation faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire ».

Ce texte se situe dans le Titre huitième du Code civil intitulé « du contrat de louage », plus précisément sous le chapitre troisième relatif à ce titre qui se rapporte au « louage d'ouvrage et d'industrie ».

¹³⁰ La jurisprudence séculaire initiée par l'arrêt précité du 12 mai 1914, a été encore récemment réaffirmée, v. : Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 2011 : Bull. civ. 1, n° 67 ; Lexbase heb. éd. privée n° 438, 5 mai 2011, n° Lexbase N1354BSX, note D. Bakouche.

¹³¹ Cass. civ. lib., 26 fév. 1992 : Rec. Baz 1992, p. 428.

¹³² CA Beyrouth, 17 juin 1991 : RJL 1990-1991. 1107.

Les règles posées par cet article ont un *caractère impératif*; et le contrat d'entreprise à forfait est de « droit strict »¹³³ en ce sens qu'il n'a vocation à s'appliquer que pour les cas qui correspondent *exactement* aux hypothèses prévues par ledit article 1793¹³⁴. Le législateur a néanmoins, et comme le texte l'indique clairement, laissé la possibilité aux contractants d'*éluder* l'application de ces règles en donnant au propriétaire la faculté d'*autoriser par écrit*, et par nul autre mode, le changement ou l'augmentation du prix.

On comprend dans ce cas que c'est le plus souvent l'entrepreneur qui faisant face à des imprévus rendant plus difficile et plus onéreux l'exécution du marché, ou qui devenu après la conclusion du marché insatisfait du prix payé, tentera d'obtenir une augmentation de celui-ci. C'est en faisant appel aux principes généraux du droit, en l'occurrence à l'action en enrichissement sans cause, que les demandeurs ont tenté de refouler le régime de droit strict établi par ledit article 1793¹³⁵.

65. – Les tribunaux, souvent sollicités par des demandes de changement ou d'augmentation de prix de la part des entrepreneurs insatisfaits, refusent catégoriquement au demandeur à l'action en enrichissement sans cause le bénéfice de cette action lorsque l'emploi de celle-ci vise à *éluder les dispositions de l'article 1793 C.C.*, et à obtenir une augmentation du prix du marché. La Cour de cassation, saisie d'une telle demande, décida dans un arrêt – précité – du 2 mars 1915, que l'on peut qualifier de principe, en donnant également une *définition exemplaire* de l'acception présentement étudiée de la subsidiarité, que, l'action en enrichissement sans cause « *ne peut être intentée en vue d'échapper aux règles par lesquelles la loi a*

¹³³ V. par ex. qui affirme clairement ceci : Cass. civ., 5 nov. 1934 : D.H. 1934. 587 ; Gaz. Pal. 1934. 2. 848 ; S. 1936. 1. 365.

¹³⁴ L'ancienne jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion de clairement affirmer cette règle, v. : Cass. civ., 8 juin 1915 : D.P. 1920. 1. 102. L'arrêt énonce que : « *L'article 1793 vise exclusivement les conventions qui réunissent tous les caractères d'un marché à forfait pur et simple et qu'il cesse d'être applicable au cas où, comme dans l'espèce, les parties, tout en stipulant le forfait, y ont ajouté des clauses ou conditions qui le modifient* ». Notons l'importance attachée à l'emploi par la Cour de l'adverbe « exclusivement » qui marque bien le *caractère de droit strict de cet article*. Plus loin, l'arrêt poursuit et relève les éléments de fait desquels dépend la qualification à donner à la convention litigieuse, et énonce que : « *L'arrêt déclare que les travaux supplémentaires, d'une importance considérable, ont fait l'objet de plans nouveaux, qu'ils se sont poursuivis à la vue de la dame de Mersuay (maître de l'ouvrage), sans protestation de sa part, et que même elle les a fait surveiller par son fils aîné* ». – V. aussi : Cass. civ., 30 déc. 1935 : S. 1936. 1. 101. L'arrêt énonce : « *Attendu que l'article 1793 dérogeant au droit commun en matière de preuve des conventions doit être interprété restrictivement et n'est applicable d'après son texte, qu'à des marchés à forfait, afférents à la construction de bâtiments, édifiés pour le compte du propriétaire du sol et non de simples travaux d'aménagement d'un fonds de commerce, effectués pour le compte de l'exploitant dans l'immeuble dont il est le locataire* ».

Ces deux arrêts se complètent pour définir de manière explicite le régime juridique qui est institué par l'article 1793 en question. L'arrêt du 8 juin 1915 possède le mérite de préciser que ce texte cesse d'être applicable lorsque les parties ont *ajouté des clauses ou conditions qui modifient le forfait*, après avoir convenu de celui-ci. L'arrêt du 30 décembre 1935 est plus explicite que celui précité du 8 juin 1915 ; il précise quels sont les éléments qui sont constitutifs d'un marché à forfait.

expressément défini les effets d'un contrat déterminé, ni par suite par un entrepreneur pour servir à déguiser une demande en supplément de prix prohibée par l'article 1793 C.C. en cas de marché à forfait »¹³⁶.

La jurisprudence inaugurée par l'arrêt précité du 2 mars 1915 a été fidèlement suivie dans des décisions ultérieures¹³⁷.

66. – Les tribunaux se montrent en effet très rigoureux quant à l'application de l'article 1793 C.C. C'est ainsi que fut cassé l'arrêt qui a fait droit à la demande de l'entrepreneur tendant à obtenir une rémunération *supplémentaire* pour des travaux par lui effectués dans un bâtiment par suite d'une modification apportée au plan primitif, *alors qu'aucune convention n'a été conclue à ce sujet*¹³⁸. Dans cet arrêt de cassation, il est significatif de souligner qu'il n'est *aucunement* fait mention de

¹³⁵ L. JOSSERAND, note sous Cass. civ., 10 juin 1931 in D.P. 1932. 1. 65, spéc. p. 66 1^{ère} col.

¹³⁶ Cass. civ., 2 mars 1915 précit. : D.P. 1920. 1. 102. Soulignons qu'au début de son attendu plus haut reproduit, l'arrêt reproduit la célèbre formule préconisée par Aubry et Rau, par laquelle ces auteurs définissent la subsidiarité, plus précisément la subsidiarité de l'action *de in rem verso*, connue aujourd'hui comme l'action en enrichissement sans cause. Sur cet attendu, v. *supra* n° 28.

Un auteur approuvant cet arrêt, souligne très justement, que l'adverbe « *expressément* » équivaut dans cet attendu à « *impérativement* », v. : N. ALMOSNINO, thèse précit. n° 66, p. 130.

¹³⁷ V. par ex. : CA Amiens, 18 mai 1925 : D.P. 1926. 2. 52, note anon. Dans cette espèce, la question qui se posait en premier était celle relative à la qualification de la convention qui liait les parties. La cour d'Amiens s'est livrée à un travail d'interprétation de la convention qui liait une société coopérative de construction régie par l'article 1^{er} de la loi du 15 août 1920 à une entreprise de construction. Se basant dans ceci sur le contrat de principe passé entre les parties et sur les marchés particuliers qui ont suivi le contrat en question, la cour en arrive à constater qu'il s'agit de *marchés à forfait purs et simples*. Cependant, il est permis de douter de la portée de l'arrêt quant à l'irrecevabilité de principe de l'action en enrichissement sans cause en tant que moyen d'esquiver l'application des dispositions impératives de l'article 1793 C.C. Il résulte en effet de l'arrêt, que cette action est, dans l'espèce refusée à l'entrepreneur car le maître de l'ouvrage *n'a retiré aucun profit personnel* des travaux supplémentaires irrégulièrement effectués. La cour d'Amiens énonçant que : « *considérant que l'entreprise ne peut prétendre que les marchés particuliers passés avec les coopérateurs ne sont pas des forfaits purs et simples (...)* ; que les articles 19, 20 et 21 du cahier des charges démontrent que c'est bien uniquement l'article 1793 C.C. qui doit régir les rapports des parties ; que le tempérament d'équité ne peut être apporté, basé sur l'action "de in rem verso", et ne peut être opposé à la Coopérative (maître de l'ouvrage), celle-ci ne devant jamais retirer un profit personnel des additifs irréguliers effectués ». L'annotateur anonyme de l'arrêt rappelle la jurisprudence tracée notamment par l'arrêt précité du 2 mars 1915 qui rejette l'action en enrichissement sans cause employée pour *déguiser un supplément de prix prohibé par l'article 1793 C.C.* – V. aussi : Cass. civ., 2 mai 1938 : S. 1938. 1. 247. Il est intéressant de remarquer que cet arrêt – de cassation – fonde son refus d'admettre l'action en enrichissement sans cause intentée par l'ouvrier contre le propriétaire, sur la *cause*. L'arrêt énonce que les fournitures dont le propriétaire a bénéficié « *auraient eu leur contrepartie et leur cause légitime dans les engagements que le propriétaire avait contractés envers son entrepreneur* ». – V. aussi un arrêt de cassation mais plus récent, qui adopte un raisonnement et une motivation analogues : Cass. 3^{ème} civ., 23 avr. 1974 : Bull. civ. 3, n° 162, p. 121.

¹³⁸ Cass. civ., 10 juin 1931 : D.P. 1932. 1. 65, note L. Jossierand. L'annotateur de l'arrêt souligne que l'article 1793 C.C. applicable en la cause, inflige une double dérogation au droit commun des contrats. En premier lieu, en exigeant pour toute modification au plan convenu que l'entrepreneur s'était engagé à exécuter à forfait, des conditions particulièrement strictes, exorbitantes des principes généraux des conventions, ce texte déroge à la règle traditionnelle selon laquelle les contrats se dissolvent et se modifient exactement comme ils se forment. En deuxième lieu, et toujours selon cet éminent auteur, le législateur exige que les changements au contrat aient été autorisés par le propriétaire et par écrit, ensuite qu'un prix ait été convenu entre les parties pour les travaux devenus nécessaires à raison du remaniement du plan initial ; si ces deux exigences ne sont pas satisfaites, si le propriétaire n'a pas été consulté, ou si l'ayant été, il n'a donné son approbation que verbalement, ou même si, l'ayant donnée par écrit, il n'a pas fixé exactement la majoration de prix, les travaux complémentaires ne sauraient motiver aucune demande de rémunération et le contrat devra s'exécuter dans sa *teneur primitive*.

l'action en enrichissement sans cause, une allusion à celle-ci a été uniquement faite par l'arrêt lorsqu'il énonce que l'action intentée tendait à ce que la demanderesse en cassation fut condamnée à payer « une certaine somme représentant le coût ou la valeur de divers travaux supplémentaires (...) ».

Dans la droite ligne de la jurisprudence tracée par l'arrêt précité du 2 mars 1915, un arrêt, précédemment cité, du 5 novembre 1934¹³⁹, mérite également d'être signalé en ce qu'il a énoncé que, « *l'allégation d'un enrichissement sans cause ne pouvait servir à un entrepreneur pour déguiser une demande en supplément de prix formellement prohibée par l'article 1793, en cas de marchés à forfait* ».

67. – Un auteur a interprété l'article 1793 C.C. comme instituant un « *refus législatif de récupération de l'enrichissement obtenu aux dépens d'autrui* »¹⁴⁰. Or une telle analyse du texte ne peut être aucunement approuvée. L'enrichissement dont pourrait jouir le propriétaire n'est obtenu au dépens de quiconque ; *il n'est point sans cause*. La cause de tout éventuel enrichissement se trouve dans *la convention valablement conclue entre les parties*, et par l'application de l'article 1134 C.C.

Ainsi, la prohibition instituée par la jurisprudence d'alléguer un enrichissement sans cause pour obtenir un supplément de prix, *se justifie par la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause*.

68. – En droit libanais, une solution analogue devait assurément prévaloir. Le Code des obligations et des contrats libanais contient en effet, un texte comparable à l'article 1793 C.C., il s'agit de l'article 675. Ce texte dispose :

« Sauf stipulation contraire, celui qui a entrepris un travail à prix fait, d'après un plan ou devis fait ou accepté par lui, ne peut exiger aucune augmentation de prix à raison du dépassement du montant des dépenses prévues au plan ou devis, à moins n'ait expressément autorisé ce dépassement ».

Clairement inspiré de l'article 1793 précité, l'article 675 C.O.C. se caractérise par la généralité des termes employés. Ce n'est cependant pas cette considération qui dicte l'existence d'une solution analogue, en droit libanais, à celle du droit français.

¹³⁹ Cass. civ., 5 nov. 1934 précit. : D.H. 1934. 587 ; Gaz. Pal. 1934. 2. 848 ; S. 1936. 1. 365.

¹⁴⁰ J.-P. BÉGUET, *L'enrichissement sans cause*, thèse Alger, Tepas, Paris, 1945, spéc. n° 157. Soulignons que l'auteur approuve les arrêts précités de la cour d'Amiens du 18 mai 1925 et de la Cour de cassation du 5 nov. 1934, mais il n'évoque nullement la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause comme pouvant fonder ces décisions. En effet, selon lui, la subsidiarité se *résorbe* partiellement dans les conditions d'enrichissement et d'appauvrissement, v. : thèse précit., n°s 152 et 153.

Ce qui dicte une telle solution c'est la considération que le droit libanais a adopté la solution prétorienne française qui a posé le principe de la *subsidiarité* de l'action en enrichissement sans cause.

Le droit libanais ayant effectivement, consacré législativement, à l'article 141 § 4 C.O.C.¹⁴¹, la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, la solution du droit français prohibant le recours à l'action en enrichissement sans cause pour déguiser une demande de supplément de prix dans les marchés à forfait, *devait nécessairement s'y appliquer*.

69. – La subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause se manifeste aussi dans un tel cas de figure : elle ne peut aucunement servir aux justiciables comme moyen d'échapper à l'application des dispositions impératives de la loi. La jurisprudence impose le caractère subsidiaire de l'action en enrichissement sans cause, pour faire de telle sorte que, sous son couvert, il soit impossible aux justiciables de commettre *la fraude* qui consisterait à soutenir une prétention qui, sans cela, serait *juridiquement insoutenable*¹⁴². De cette manière, la subsidiarité appliquée à l'action en enrichissement sans cause, permet d'assurer *l'efficacité du système juridique* et le respect des règles posées par le Droit dans le but d'attacher confiance et fiabilité au consentement donné par les parties dans les contrats.

2. – En ce qui concerne le contentieux relatif au chèque.

70. – La jurisprudence prohibant le recours à l'action en enrichissement sans cause pour contourner la législation *impérative*, applicable au chèque a été – à notre connaissance – inaugurée par un jugement du tribunal civil de Villefranche-sur-Saône du 1^{er} décembre 1949¹⁴³. Bien que rendu par les juges du premier degré, ce jugement

Il est intéressant de noter ici que l'auteur se limite dans cette analyse du rôle de la subsidiarité à l'examen des conditions d'enrichissement et d'appauvrissement, alors qu'il aurait été plus instructif d'examiner le rôle de celle-ci avec celle de la cause. Sur cette question, v. *infra* n^{os} 817 et s.

¹⁴¹ Sur l'article 141 § 4 C.O.C. et son analyse, v. *supra* n^o 39.

¹⁴² Note anonyme sous CA Lyon, 27 juin 1934 précit. in S. 1934. 2. 220.

¹⁴³ Trib. civ. Villefranche-sur-Saône, 1^{er} déc. 1949 : Gaz. Pal. 1950. 1. 89, note anon. En l'espèce, un particulier, bénéficiaire d'un chèque tiré sur la banque Société Générale, agence de Paris, l'a présenté devant l'agence de Mâcon de cette banque. Ce chèque était daté du 28 décembre 1947 et portait au verso la signature du bénéficiaire. L'agence de Mâcon régla au bénéficiaire, le 29 décembre 1947, le montant du chèque et ceci, sans obtenir l'avis de la succursale de Paris. Lorsque ce chèque fut présenté à Paris, il fut protesté le 5 janvier 1948 pour défaut de provision. Par la suite, la Société Générale de Mâcon réclamait au bénéficiaire le remboursement du montant du chèque au motif qu'il s'agissait d'un paiement à titre d'avance. Celui-ci refusa de le rembourser. L'agence intenta alors le 10 juillet 1948, une action devant le tribunal de commerce de Villefranche. Entre-temps une action a été engagée contre le tireur pour émission

est d'un grand apport doctrinal. Il énonce que : « *la législation sur le chèque, doit demeurer exclusivement applicable à l'espèce soumise au tribunal, sans qu'il soit possible de faire appel à la théorie de l'enrichissement sans cause, c'est-à-dire au cas d'application de l'action de in rem verso ; que celle-ci ne doit être admise que dans le cas où l'appauvri ne jouit, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action accessoire d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou d'un texte légal* ». Il y a dans cette partie de l'attendu une reprise de la célèbre formule conçue par Aubry et Rau. Cette reprise n'est cependant pas textuelle, car l'attendu emploie l'adjectif d'« accessoire » qui a une signification bien précise¹⁴⁴, alors que la formule originelle d'Aubry et Rau parle d'une action *naissant* d'un contrat, d'un quasi-contrat... Nous ne pensons pas que le jugement ait voulu viser le concept d'accessoirité dans son sens technique, mais a, plus simplement, visé les actions que la loi donne au justiciable pour qu'il puisse obtenir ce qui lui est dû. Après cet attendu de portée générale, le jugement pose la règle qui va constituer la réponse au problème de droit soulevé par l'espèce, et énonce que : « *si un texte légal prévoit une autre action, on ne peut la remplacer par une action de in rem verso aux fins d'éluider la prescription visée par ledit texte pour la recevabilité* ». Et après avoir fait référence au délai de six mois relatif aux actions en recours du porteur contre les endosseurs, le tireur et les autres obligés et institué par l'article 52 du décret-loi du 30

d'un chèque sans provision, devant le tribunal correctionnel de Villefranche. Celui-ci, après avoir condamné le tireur, a fait droit à la constitution de partie civile de la Société Générale, et lui a accordé, à titre de dommages-intérêts, 5000 F. ainsi que les frais et le remboursement du montant du chèque. Le tribunal de commerce s'étant déclaré incompétent sur la demande de remboursement formée contre le bénéficiaire, la Société Générale a alors introduit l'action dont le tribunal civil se trouve saisi et dont le jugement a été ci-dessus rapporté. La demanderesse fonde son action sur l'article 52 du décret du 30 octobre 1935. Cet article dispose en ses alinéas premier et deuxième, que :

« Les actions en recours du porteur contre les endosseurs, le tireur et les autres obligés se prescrivent par six mois à partir de l'expiration du délai de présentation.

Les actions en recours des divers obligés au paiement d'un chèque les uns contre les autres se prescrivent par six mois à partir du jour où l'obligé a remboursé le chèque ou du jour où il a été lui-même actionné ».

La demanderesse, se considérant tiers porteur, se déclare en droit d'exercer une action non seulement contre le tireur qui n'a pas fait provision, mais encore contre les autres obligés, et notamment l'endosseur bénéficiaire du chèque. Elle considère en outre celui-ci comme un client et déclare que, ayant reçu le chèque uniquement à fin d'encaissement, elle conserve, puisque – selon elle – elle a versé le montant au remettant sans attendre cet encaissement, le droit de demander le remboursement des fonds ainsi avancés, et ceci, *en application des principes sur l'enrichissement sans cause*.

Le bénéficiaire soulève l'exception de prescription prévue par l'article 52 précité, pour le cas où la qualité de tiers porteur de l'agence de Mâcon de la Société Générale serait admise. De son côté, la banque critique cette thèse, au motif que la prescription a été interrompue et, fait valoir que en tout cas, l'action serait recevable à raison des dispositions du quatrième alinéa dudit article 52. Cet alinéa dispose que :

« Toutefois, en cas de déchéance ou de prescription, il subsiste une action contre le tireur qui n'a pas fait provision ou les autres obligés qui se seraient enrichis injustement ».

Cette argumentation ne convainc cependant pas le tribunal et l'action en enrichissement sans cause intentée par la banque fut rejetée. Les motifs du jugement sont plus haut reproduits et analysés.

¹⁴⁴ Sur le concept d'accessoirité, v. *supra* n^{os} 13 et 14.

octobre 1935 unifiant le droit en matière de chèques¹⁴⁵. Ce délai a été qualifié par le jugement de « délai strict », et qui « est édicté dans un intérêt d'ordre public à raison de la nature juridique du chèque ». Poursuivant, le tribunal décide alors que : « *dès lors on ne peut se dégager de la forclusion en intentant l'action de in rem verso, et substituer ainsi à une prescription courte de six mois, une autre prescription plus étendue de droit commun* ». C'est dans cette dernière tranche de l'attendu que réside la réponse donnée par le tribunal au problème de droit ; l'action en enrichissement sans cause *ne peut être employée pour éluder les prescriptions d'ordre public du décret-loi précité du 30 octobre 1935*. Après avoir donné la solution, l'arrêt ajoute et précise que : « *de plus en l'absence d'un texte légal sur le chèque, l'action de in rem verso n'aurait été valable qu'au cas d'insolvabilité du débiteur ; que Gélén (le bénéficiaire) aurait donc le droit d'exiger la discussion préalable de celui-ci* ». Cette dernière tranche de l'attendu contient une précision très importante quant à la solution relative à la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause, savoir *l'insolvabilité du débiteur de l'appauvri*¹⁴⁶.

La présente acception de la subsidiarité, pareillement à celle qui lui a précédé, rejoint tout aussi clairement la notion de la *prohibition de la fraude à la loi*.

Sera analysée dans ce qui va suivre la quatrième acception de la subsidiarité, selon laquelle il est prohibé d'employer l'action subsidiaire lorsque le demandeur aurait pu disposer d'une autre action, mais que celle-ci lui est refusée par la loi.

Par. 4 : La quatrième acception de la subsidiarité : la prohibition d'utiliser l'action subsidiaire lorsque le demandeur aurait pu disposer d'une autre action, mais que celle-ci lui est refusée par la loi.

71. – Ce cas de figure illustrant la subsidiarité, est à rapprocher de celui que représente la deuxième acception donnée à la subsidiarité, celle où l'action subsidiaire est refusée au demandeur lorsque celui-ci a, par sa faute, perdu l'action de droit commun qui lui est ouverte. En effet, que l'action de droit commun soit perdue par la faute du demandeur, ou qu'elle lui soit refusée pour une autre raison que la loi édicte, pour lui le résultat est le même : l'action en enrichissement sans cause lui est fermée.

¹⁴⁵ Sur le texte de l'article 52 en question, v. *supra* note 143.

72. – Nous avons cependant préféré traiter séparément les deux cas de figures, car pour chacun de ces deux cas, il y a certaines spécificités à mettre en valeur. En effet, concernant la deuxième acception de la subsidiarité, il faut insister sur le *rôle de la faute*. Précisément dans le cas de l'action en enrichissement sans cause, action subsidiaire typique prise comme référence pour l'étude des acceptions de la subsidiarité, la faute de l'appauvri demandeur à l'action a fait l'objet d'une jurisprudence abondante, incertaine et controversée¹⁴⁷. Son étude est d'un apport théorique certain au regard de la subsidiarité de l'action. De plus, et comme nous l'avons dit, il pourrait exister d'autres causes qui font que l'action en enrichissement sans cause soit refusée au demandeur appauvri.

73. – Mais, on peut ici alors légitimement se demander, puisque l'action de droit commun est refusée à l'appauvri pour une raison déterminée édictée par la loi, si, précisément, ce ne serait pas une *raison suffisante* pour lui octroyer le bénéfice de cette l'action en enrichissement sans cause. Celle-ci n'est-elle pas, *justement*, ouverte au demandeur à *défaut* de toute autre action qui puisse lui permettre de recouvrer son préjudice ? Cette situation de *carence* n'est-elle pas assimilable à celle où la loi lui refuse l'action de droit commun qui devait normalement lui être ouverte pour qu'il puisse obtenir son dû ? C'est une interrogation non seulement légitime au regard de la subsidiarité, mais aussi qui s'impose *logiquement*.

74. – Or, une réponse négative s'impose, la subsidiarité, du moins celle qui est classiquement entendue, ne saurait pallier l'absence d'une voie de droit que la loi refuse au demandeur. C'est ce qu'on a appelé la subsidiarité *mal nommée*¹⁴⁸.

C'est cette acception de la subsidiarité que la Cour de cassation a appliquée, lorsqu'elle a censuré l'arrêt qui a accueilli l'action en enrichissement sans cause intentée par celui qui *n'a pas accompli les formalités édictées par l'article 2103, § 4 et 5 C.C.*, lui assurant le *privilège de créancier* crée par ce texte¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Sur des cas illustratifs d'une telle solution, v. *infra* n^{os} 84 et s.

¹⁴⁷ Sur la jurisprudence se rapportant à la faute de l'appauvri, v. *infra* n^{os} 806 et s.

¹⁴⁸ J. NGUEBOU TOUKAM, *Réflexions sur les applications contemporaines du principe de la subsidiarité dans l'enrichissement sans cause*, R.R.J. 1997. 925.

¹⁴⁹ Cass. civ., 12 fév. 1923 : D.P. 1924. I. 129, note A. Rouast. L'article 2103, § 4 et 5 C.C. dans sa version en vigueur au temps où l'arrêt a été rendu dispose :

Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont :

(...)

⁴⁹ Les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux ou autres ouvrages quelconques, pourvu néanmoins que, par un expert nommé d'office par le tribunal de grande instance dans le ressort duquel les bâtiments sont situés, il ait été dressé

C'est également cette acception de la subsidiarité que la Cour de cassation a appliquée, lorsqu'elle a censuré l'arrêt qui a accueilli cette action intentée par le demandeur dans le but de « *tourner l'impossibilité juridique pour lui de réclamer une rémunération en tant que dirigeant social admis à participer à l'exploitation de la société en règlement judiciaire* »¹⁵⁰.

C'est toujours en appliquant cette conception de la subsidiarité que la cour d'appel de Paris a décidé que la banque qui a reçu des lettres de change du tireur sans qu'elles aient été endossées à son profit, mais qui lui en a versé la contrepartie, comme s'il y avait eu escompte, n'est pas en droit d'exercer l'action cambiatoire contre le tiré-accepteur, et qu'elle *n'est pas en droit non plus d'exercer l'action en enrichissement sans cause contre ce dernier*¹⁵¹.

Et avant la cour de Paris, les juges du fond ont eu l'occasion de très clairement donner une définition de cette acception de la subsidiarité, en affirmant que : « *l'action de "in rem verso" est une voie subsidiaire permettant à qui ne dispose d'aucune autre action de faire valoir son droit celui, mais non de suppléer une action que le législateur refuse* »¹⁵².

75. – Ceci ne clôt cependant pas la question et nous pouvons toujours légitimement nous demander de quelle manière apprécier si l'action est ouverte ou si elle est refusée par la loi.

Un auteur a avancé l'opinion selon laquelle, la subsidiarité devait se comprendre par rapport à une *action normalement ouverte et exceptionnellement*

préalablement un procès-verbal, à l'effet de constater l'état des lieux relativement aux ouvrages que le propriétaire déclarera avoir dessein de faire, et que les ouvrages aient été, dans les six mois au plus de leur perfection, reçus par un expert également nommé d'office ;

(...)

5° Ceux qui ont prêté les deniers, pour payer ou rembourser les ouvriers, jouissent du même privilège, pourvu que cet emploi soit authentiquement constaté par l'acte d'emprunt, et par la quittance des ouvriers, ainsi qu'il a été dit ci-dessus pour ceux qui ont prêté les deniers pour l'acquisition d'un immeuble ;

¹⁵⁰ Cass. com., 3 juill. 1984 : Bull. civ. 4, n° 209, p. 175. L'arrêt relève que l'impossibilité était due à ce que les syndicats *n'avaient pas présenté au juge-commissaire la requête prévue au premier alinéa de l'article 26 de la loi du 13 juillet 1967*. L'article 26, aujourd'hui abrogé, se présentait ainsi en son alinéa premier :

« En cas de règlement judiciaire, le juge-commissaire, sur requête du syndic, décide si le débiteur ou les dirigeants sociaux participeront à la continuation de l'exploitation et fixe, dans ce cas, les conditions dans lesquelles ils seront rémunérés ».

¹⁵¹ CA Paris, 19 déc. 1984 : D. 1985, IR. 419, obs. M. Cabrillac.

¹⁵² TGI Dieppe, 31 mars 1977 : JCP 1977. 2. 18702, note J.A.; D. 1978, IR. 161, obs. Guy Chesné ; RTD civ. 1978. 172, obs. R. Savatier.

fermée, et non pas par rapport à une action normalement fermée et exceptionnellement possible¹⁵³.

76. – La manière d’apprécier la subsidiarité par rapport à l’existence ou non d’une voie de droit ouverte par la loi s’est posée de façon significative dans une espèce où un homme réclamait à son ex-concubine, à la cessation du concubinage, le partage entre eux d’acquisitions immobilières faites en commun pendant l’existence du concubinage, en invoquant le fait qu’avait existé entre eux une *société créée de fait*¹⁵⁴. Il demandait à *titre subsidiaire*, et c’est précisément ceci qui lui a causé un obstacle au regard de la Cour de cassation, que son ex-concubine soit condamnée à lui verser une indemnité sur le fondement de l’*enrichissement sans cause*. La première Chambre civile le débouta de sa réclamation de partage au motif que la preuve de l’existence d’une société de fait n’a pas été par lui rapportée. Mais aussi, *et c’est le plus grave*, elle le débouta de sa demande subsidiaire, car elle a estimé qu’invoquer l’enrichissement sans cause avait pour résultat de *fausser* les règles du contrat de société invoqué par lui à *titre principal*¹⁵⁵. Le commentateur de l’arrêt a bien fait de souligner la *fausseté* d’une telle approche de la subsidiarité¹⁵⁶. Car, explique-t-il, l’action fondée sur la société créée de fait est une voie de droit qui n’est qu’*exceptionnellement* admise par la jurisprudence¹⁵⁷, et ne peut aucunement être

¹⁵³ J. MESTRE, obs. pour Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 1987 in RTD civ. 1988. 747. – V. aussi du même auteur : obs. pour CA Riom, 5 mai 1988 in RTD civ. 1989. 541, n° 12.

¹⁵⁴ Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 1987 : Bull. civ. 1, n° 335, p. 241 ; RTD civ. 1988. 745, obs. J. Mestre. Les faits de l’espèce en question se présentaient ainsi : M. Barzilaï et Mme Moulin avaient vécu plusieurs années en concubinage. Au cours de cette union de fait, Mme Moulin avait acquis un pavillon pour le prix de 600 000 fr. Cependant, M. Barzilaï en achetait un autre, plus petit, pour 200 000 fr. A la cessation du concubinage, M. Barzilaï, prétendait qu’avait existé entre lui-même et sa concubine une société de fait, demanda à titre principal le partage des deux pavillons et, subsidiairement, que Mme Moulin soit condamnée à lui payer, en vertu du principe de l’enrichissement sans cause, une somme de 420 000 fr.

¹⁵⁵ La Cour énonce que : « Une action fondée sur l’enrichissement sans cause ayant été formée subsidiairement, les règles de l’action de *in rem verso* et notamment son caractère subsidiaire étaient dans le débat » ; « Attendu, ensuite, que l’arrêt attaqué, ayant relevé que Barzilaï (le demandeur) soutenait que l’enrichissement du patrimoine de Mme Moulin (la défenderesse, ex-concubine) à son détriment résultait d’une société constituée entre les parties, en a justement déduit qu’il ne pouvait exercer l’action de *in rem verso* ce qui aurait abouti à tourner les règles du contrat qu’il aurait invoqué à titre principal ».

¹⁵⁶ J. MESTRE, obs. précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 1987 in RTD civ. 1988. 747.

A cet égard, il est intéressant de signaler un arrêt qui a pourtant accueilli l’action en enrichissement sans cause intentée par la concubine à *titre subsidiaire* d’une demande principale fondée sur l’existence d’une prétendue société de fait : Cass. 1^{ère} civ., 19 mai 1969 : Bull. civ. 1, n° 187, p. 150.

¹⁵⁷ Une jurisprudence récente a réaffirmé les conditions rigoureuses autrefois posées par la jurisprudence pour la reconnaissance d’une société créée de fait entre concubins, v. : CA Bastia, 31 oct. 2012 : Dr. famille n° 2, fév. 2013, comm. 23, obs. V. Larribau-Ternyre. La cour fait référence dans son attendu à l’article 1832 C.C. relatif aux éléments constitutifs de *la société*, reproduisant les dispositions de cet article, puis énonce que : « ces éléments constitutifs de la société sont cumulatifs et doivent pouvoir être établis chacun séparément ». Poursuivant, elle donne la solution à la question de l’existence ou non d’une société de fait entre les concubins, parties au litige, et énonce que : « l’existence de l’*affectio societatis* ne saurait découler de la seule constatation d’une communauté de vie, même prolongée, entre deux personnes qui ont vécu comme des époux et ont participé aux dépenses de la vie commune ». Sur cet arrêt, v. *infra* n° 80 et note 163. – V. déjà : Cass. com., 27 juin 1961 : Bull. civ. 4, n° 297. – CA Riom, 5 mai 1988 (sol.

considérée comme *la voie normalement ouverte* au concubin, en cas de rupture de l'union, pour se faire indemniser des dépenses ayant profité à son ex-compagne¹⁵⁸.

77. – Nous pensons aussi que le raisonnement adopté par la première Chambre civile est *contraire* aux règles qui régissent la demande subsidiaire dans le procès.

Ces règles exigent que le juge examine la demande subsidiaire après avoir rejeté la demande principale, et – bien entendu –, *seulement dans le cas où celle-ci est rejetée*¹⁵⁹.

78. – Mais surtout il ne faut absolument pas considérer que les demandes, principale et subsidiaire, soient regardées comme liées quant au fond. C'est ainsi que le rejet de l'action principale ne devait préjuger en rien du bien-fondé de la demande subsidiaire, ni de sa recevabilité. En l'occurrence, si la demande de partage basée sur une prétendue société de fait est rejetée faute de preuves suffisantes des éléments la constituant, ceci ne devait en rien influencer l'examen par le juge du bien-fondé ou de la recevabilité de la demande subsidiaire fondée sur l'enrichissement sans cause. Enrichissement, qui dans le cas examiné était réalisé par la défenderesse au détriment du demandeur, ex-concubin. Cette demande subsidiaire devait être examinée par le juge *en toute indépendance*, indépendance à la fois intellectuelle et procédurale, par rapport à la demande principale.

79. – Par conséquent, une approche exacte et défendable de la subsidiarité devait aboutir à admettre la *recevabilité*, au profit du concubin, de l'action en enrichissement sans cause. L'accueil de cette action, et puisqu'il ne supplée dans ce

implicite) : JCP 1989. 4. 52 ; RTD civ. 1989. 541, n° 12, obs. J. Mestre. Sur cet arrêt, v. *infra* n° 720 et note 1296. – CA Paris, 9 nov. 1992 : D. 1993, IR. 47. – CA Paris, 7 fév. 2007, n° de RG : 06/09844, qui énonce dans un *attendu de principe*, que : « *l'existence d'une société de fait ne saurait découler de la seule constatation du concubinage, même prolongé, et exige la réunion des éléments constitutifs du contrat de société (...)* ». – V. aussi : L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, L.G.D.J., bibl. dr. priv. tome 212, 1990, préf. M. Gobert, spéc. n°s 351 à 353 et les réf. citées. Cet auteur avait déjà souligné que la jurisprudence considère que la *seule* cohabitation, *même prolongée*, de personnes non mariées qui ont vécu en époux et se sont faits passer pour tels au regard du public, ne saurait donner naissance entre elles à une société, ou – plus simplement –, que l'existence d'une société de fait, ne peut seulement résulter de la vie commune, *même prolongée*, des concubins.

V. cependant un ancien arrêt qui a admis l'existence d'une société créée de fait entre concubins : Cass. civ., 1^{er} déc. 1952 : D. 1953, jur. 90. Cet arrêt est intéressant en ce qu'il affirme, adoptant les constatations des premiers juges, que *rien ne s'oppose à ce qu'il ait existé entre les concubins une société de fait*. La cour relève que les premiers juges ont affirmé *la réunion des éléments constitutifs d'une société de fait*. Ces éléments étaient en l'espèce, des apports « *faits en vue de constituer un actif, qui leur resterait commun et dont ils partageraient non seulement la jouissance, mais encore la plus-value ou la dépréciation* ».

V. aussi un arrêt plus récent qui a admis l'existence d'une société de fait entre concubins : Cass. 1^{ère} civ., 11 fév. 1997 : Bull. civ. 1, n° 46, p. 30 ; Rép. Def. 1997, art. 36620, p. 923, note O. Milhac ; RTD civ. 1997. 636, obs. J. Hauser.

Les arrêts précédemment cités sont donc dans la droite ligne de l'orientation tracée par l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1952.

¹⁵⁸ J. MESTRE, obs. précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 1987 in RTD civ. 1988. 747.

cas précis qu'à une action qui n'est *qu'exceptionnellement ouverte* au justiciable, en l'occurrence l'action sociale fondée sur l'existence d'une société de fait, n'a pas pour effet de *contourner la volonté du législateur*.

80. – Heureusement, cette orientation, *très critiquable*, de la jurisprudence, que semblait vouloir instaurer l'arrêt précité du 8 décembre 1987, *ne fut pas réitérée* dans les décisions récentes qui ont statué sur des questions analogues¹⁶⁰. Elle a – au contraire – été *franchement contredite*, dans des arrêts rendus par la même formation de la Cour cassation, en l'occurrence, sa première Chambre civile. Elle le fut ainsi dans un arrêt du 5 mars 2008¹⁶¹. Elle le fut également dans un arrêt du 6 mai 2009¹⁶², qui reprend textuellement le même attendu que celui précité du 5 mars 2008, et qui présente beaucoup de similitude avec celui-ci quant aux faits ayant donné lieu au litige.

Et, la solution innovatrice inaugurée par l'arrêt du 5 mars 2008 fut également suivie de manière très fidèle par les juridictions du fond¹⁶³.

81. – Désormais, la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause s'apprécie par rapport à une action *normalement ouverte et exceptionnellement fermée*, ce qui est d'une saine logique et tout à fait *défendable*.

¹⁵⁹ Sur la question de la demande subsidiaire dans le procès, v. *infra* n^{os} 479 et s.

¹⁶⁰ V. déjà qui adopte une solution tout à fait contraire : CA Riom, 5 mai 1988 précit. (sol. implicite) : JCP 1989. 4. 52 ; RTD civ. 1989. 541, n^o 12, obs. J. Mestre.

¹⁶¹ Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2008 : Dr. famille 2008, comm. 95, obs. V. Larribau-Terneyre. En l'espèce, deux personnes ont vécu en concubinage depuis 1982. La concubine a fait assigner son ex-concubin pour que soit constatée cette relation de concubinage ainsi que son ancienneté, pour qu'il soit condamné comme responsable de leur rupture, et, pour faire juger qu'une société de fait s'était constituée entre eux de sorte qu'il devrait être condamné à lui payer diverses sommes. Les premiers juges l'ont déboutée de ses demandes après qu'il fut constaté que ni la preuve d'un concubinage, ni celle d'une société de fait ou d'une indivision n'étaient rapportées. Elle présenta une demande subsidiaire fondée sur l'enrichissement sans cause survenu après la rupture du concubinage. La cour d'appel pour écarter cette demande subsidiaire, avait énoncé que la subsidiarité de cette action ne permettait pas à la concubine de tourner les règles du contrat évoqué à titre principal, en l'occurrence l'existence d'une société de fait, ou de son action en responsabilité contre son concubin. Or, c'est précisément en raison de la subsidiarité caractérisant l'action en enrichissement sans cause que la demande subsidiaire devait être accueillie. La Cour de cassation censure cet arrêt au visa de l'article 1371 C.C., et admet la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause. Sur l'attendu de principe de cet arrêt, v. *infra* n^o 479.

V. déjà : Cass. 1^{ère} civ., 15 oct. 1996 : Bull. civ., 1, n^o 357, p. 250.

¹⁶² Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2009 : Dr. famille n^o 6, juin 2009, comm. 68, obs. V. Larribau-Terneyre.

¹⁶³ CA Bastia, 31 oct. 2012 précit. : Dr. famille n^o 2, fév. 2013, comm. 23, obs. V. Larribau-Terneyre. Les faits qui ont donné lieu à cet arrêt sont analogues à ceux ayant donné lieu aux arrêts précités du 5 mars 2008 et 6 mai 2009 rendus par la première Chambre civile de la Cour de cassation. Il est cependant intéressant de souligner que l'attendu de cet arrêt est plus explicite que ceux formulés par la Cour de cassation, et d'une *meilleure valeur doctrinale*, qui énonce que : « *le rejet de la demande fondée sur l'existence d'une société créée de fait qui constate que le demandeur ne dispose pour obtenir ce qui lui est dû d'aucune action résultant d'un contrat, rend recevable la demande subsidiaire fondée sur l'enrichissement sans cause* ». Il faut entendre ici par « contrat », le contrat social base d'une quelconque société de fait.

A côté de l'affirmation de cette solution, constituant une précision *indispensable* à la compréhension de cette acception particulière de la subsidiarité, l'occasion s'est récemment présentée à la jurisprudence de *réaffirmer* la présente acception de la subsidiarité, selon laquelle l'action subsidiaire ne saurait être employée *lorsque le demandeur aurait pu disposer d'une autre action, mais que celle-ci lui est refusée par la loi*. Ce fut dans un arrêt rendu – également – par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 23 juin 2010¹⁶⁴. L'espèce concernait une épouse divorcée qui tentait par l'exercice de l'action en enrichissement sans cause d'obtenir une indemnité alors que *le droit de demander une prestation compensatoire lui était désormais définitivement dénié*.

Enfin, en dernier lieu, sera analysée l'acception de la subsidiarité selon laquelle il est possible d'utiliser l'action subsidiaire lorsqu'un obstacle de fait provenant du chef du défendeur, empêche le succès de l'action de droit commun.

Par. 5 : La cinquième acception de la subsidiarité : la possibilité d'utiliser l'action subsidiaire lorsqu'un obstacle de fait provenant du chef du défendeur, empêche le succès de l'action de droit commun.

82. – Jusqu'à présent, nous n'avions évoqué que des cas de figure où les acceptions données à la subsidiarité revêtaient – si l'on peut dire – un sens *négatif*. Autrement dit, les acceptions précédemment étudiées de la subsidiarité ne contenaient que des *prohibitions d'agir* par la voie de l'action subsidiaire, en l'occurrence l'action en enrichissement sans cause.

83. – Dans l'acception de la subsidiarité telle que déterminée ici, il ne s'agit aucunement de prohibition, mais bien au contraire de la *permission* donnée au demandeur d'emprunter la *voie de droit subsidiaire*. Cette autorisation ainsi octroyée au demandeur se justifie par l'existence d'un *obstacle de fait* qui empêche le succès de l'action de droit commun normalement ouverte à lui.

¹⁶⁴ Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2010 : Bull. civ. 1, n° 142 ; Dr. famille n° 9, sept. 2010, comm. 127, obs. V. Larribau-Terneyre ; JCP G n° 42, 18 oct. 2010, 1027, note V. Bonnet et H. Bosse-Platière ; Lexbase le Quotidien, 8 juill. 2010, N° Lexbase : N6219BPZ ; *ibid.* heb. éd. privée n° 402, 8 juill. 2010, N° Lexbase : N6219BPZ ; *ibid.* n° 406, 2 sept. 2010, N° Lexbase : N7023BPS, obs. D. Bakouche. Sur les faits, les attendus et une analyse de cet arrêt, v. *infra* n° 709 et note 1277.

84. – Un éminent auteur a proposé de ne désigner par la subsidiarité que le cas *d'existence d'un obstacle de fait* devant le succès de l'action de droit commun¹⁶⁵. Selon son opinion, la seule acception qui puisse valablement être donnée de la subsidiarité serait uniquement la présente : celle où l'action normalement ouverte est empêchée par un obstacle de fait. Limiter l'acception de la subsidiarité à ce seul cas de figure, c'est adopter une vision *très étroite* de la subsidiarité de l'action. La subsidiarité ne saurait uniquement s'entendre d'un palliatif à l'existence d'obstacles de fait empêchant le succès de l'action de droit commun normalement efficace.

85. – Considérée ainsi, la subsidiarité aurait une conception *très restrictive*, elle ne pourrait par conséquent remplir les fonctions que le droit positif lui reconnaît¹⁶⁶. Son importance devait nécessairement signifier qu'elle puisse aller au-delà de considérations purement *matérielles* – en l'occurrence les obstacles de fait rendant l'action de droit commun inefficace –, et atteindre des *considérations juridiques* telles que notamment la perte d'une voie de droit par la faute du demandeur.

86. – Cette acception de la subsidiarité revêt sans aucun doute, une importance pratique considérable. L'obstacle de fait dont il est question sera le plus souvent constitué par l'*insolvabilité* du débiteur¹⁶⁷. La jurisprudence s'est depuis longtemps prononcée dans le sens de la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause dans le cas où le créancier se heurte à l'insolvabilité de son débiteur¹⁶⁸. Il n'est en effet, pas rare qu'un individu se heurte à l'insolvabilité de son cocontractant direct. L'insolvabilité de celui-ci justifiera la recevabilité de l'action subsidiaire – en l'occurrence l'action en enrichissement sans cause –, si du contrat qui les a liés il a résulté un *enrichissement indirect au profit d'un tiers*¹⁶⁹.

¹⁶⁵ P. ESMEIN, note sous Cass. req., 11 sept. 1940 in S. 1941. 1. 122. – V. aussi du même auteur : note sous CA Colmar, 25 oct. 1963 in D. 1964, jur. 47, 1^{ère} col.

¹⁶⁶ Les fonctions de la subsidiarité sont multiples, v. par ex. *infra* n^{os} 482 et s, 590 et s. et 825 et s.

¹⁶⁷ V. par ex. : Trib. civ. Villefranche-sur-Saône, 1^{er} déc. 1949 précit. : Gaz. Pal. 1950. 1. 89, note anon. La dernière tranche de l'attendu de ce jugement reproduit plus haut, *est significative sur ce point*, v. *supra* n^o 70, p. 70.

¹⁶⁸ Cass. req., 4 fév. 1901 : S. 1902. 1. 229. – Cass. com., 10 oct. 2000 précit. : Bull. civ. 4, n^o 150, p. 136 ; D. 2000, AJ. 409, note V. Avena-Robardet ; RTD civ. 2001. 591, obs. J. Mestre et B. Fages. Cette solution résulte en effet *seulement de manière implicite*, de l'attendu de cet arrêt qui énonce, pour censurer l'arrêt d'appel ayant déclaré recevable l'action en enrichissement sans cause intentée par une banque créancière d'une société civile immobilière : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la banque disposait d'une action contre les cautions, dont il n'est pas établi qu'elles étaient insolvables, la cour d'appel a violé le texte et les principes susvisés* ». Sur le texte et les principes visés par cet arrêt, v. *supra* note 76.

¹⁶⁹ V. qui affirme très clairement cette solution : Cass. civ., 16 fév. 1954 : Bull. civ. 1, n^o 60, p. 50. La Cour énonce dans un attendu de principe, que : « (...) *l'existence d'une autre action contre le débiteur contractuel ou légal de l'appauvri ne fait pas obstacle à l'action "de in rem verso" contre le tiers enrichi quand cette autre action est inopérante en raison de l'insolvabilité du débiteur* ». – Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} fév. 1984 : Bull. civ. 1, n^o 45 ; D. 1984, jur. 388, note J. Massip ; RTD civ. 1984. 712, obs. J. Mestre ; D.

87. – L'obstacle de fait ne doit surtout pas provenir du chef du demandeur, seul l'obstacle de fait qui est dû au fait du défendeur pourrait servir de *fondement* à l'existence de la subsidiarité.

A cet égard un éminent auteur¹⁷⁰ s'est demandé s'il était concevable de pousser l'idée de subsidiarité jusqu'à décider que l'action en enrichissement sans cause, action subsidiaire, contre le tiers enrichi serait exclue si l'appauvri demandeur avait *pu éviter les conséquences de l'insolvabilité* de son débiteur conventionnel ou légal en se procurant une sûreté, ou en exerçant plus vite qu'il ne l'a fait des poursuites d'exécution.

88. – En réalité, des prétentions basées sur cette idée ont été invoquées devant les juridictions du fond, qui les ont, à juste titre, *esquivées*. Notons plus particulièrement l'arrêt précité de la cour d'appel de Lyon du 27 juin 1934¹⁷¹, dans lequel l'appelante, qui a été assignée en paiement sur le fondement de l'enrichissement sans cause, de la plus-value procurée à un immeuble dont elle était nue-propriétaire, du fait de travaux effectués par un entrepreneur, sur la demande de son mari devenu entre-temps insolvable car déclaré en faillite. L'appelante, se fondant sur le soi-disant caractère subsidiaire de l'action en enrichissement sans cause, reprochait à l'entrepreneur intimé de ne s'être pas *procuré des privilèges* sur le domaine objet des travaux demeurés impayés, ou de ne l'avoir pas fait intervenir *personnellement* en sa qualité de propriétaire du domaine. La cour de Lyon repousse à bon droit cet argument, en adoptant une motivation *irréprochable*¹⁷².

1984, IR. 315, obs. D. Huet-Weiller. C'est, également, dans un attendu de principe, que l'arrêt énonce que : « (...) la condamnation obtenue contre un autre débiteur de l'appauvri, lorsqu'elle est rendue vaine par l'insolvabilité de ce débiteur, ne fait pas obstacle à l'exercice, contre celui qui s'est enrichi, d'une action fondée sur son enrichissement sans cause ». Sur cet arrêt, v. *infra* n° 648 et note 1178.

Et pour une réaffirmation *implicite* de cette solution, v. : Cass. com., 10 oct. 2000 précit. : Bull. civ. 4, n° 150, p. 136 ; D. 2000, AJ. 409, note V. Avena-Robardet ; RTD civ. 2001. 591, obs. J. Mestre et B. Fages. C'est en effet *seulement de manière implicite*, que la réaffirmation de la solution résulte de cet arrêt, qui énonce dans son attendu pour censurer l'arrêt d'appel ayant déclaré recevable l'action en enrichissement sans cause intentée par une banque créancière d'une société civile immobilière : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la banque disposait d'une action contre les cautions, dont il n'est pas établi qu'elles étaient insolubles, la cour d'appel a violé le texte et les principes susvisés* ». Sur le texte et les principes visés par cet arrêt, v. *supra* note 76.

Sur ce cas d'application de l'action en enrichissement sans cause, v. par ex. : Cass. req., 15 juin 1892 précit. : D.P. 1892. 1. 596. Sur cet arrêt, *infra* n°s 591, 596, 615 et 747. – Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 2003 : Bull. civ. 1, n° 11, p. 7 ; Rép. Def. 2003, art. 37676, p. 259, § 15, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 2003. 297, obs. J. Mestre et B. Fages. Sur cet arrêt, v. *infra* n° 646 et note 1171.

¹⁷⁰ P. ESMEIN, note précit. sous Cass. req., 11 sept. 1940 in S. 1941. 1. 122.

¹⁷¹ CA Lyon, 27 juin 1934 précit. : S. 1934. 2. 219, note anon.

¹⁷² La cour de Lyon énonce : « *Attendu que, pour écarter cette action, les intimés objectent son caractère subsidiaire et prétendent qu'à raison de ce caractère, la négligence commise par Peylet (l'entrepreneur), soit en n'usant pas de la faculté que l'art. 2103 C.C., lui donnait d'acquiescer un privilège, soit en ne faisant pas intervenir au contrat dame Picollet (la nue-propriétaire) qu'il savait être propriétaire du*

89. – Nous ne pensons pas en effet, que la subsidiarité pourrait être poussée jusqu'à exiger ceci, car le fait de ne s'être pas procuré une sûreté ne peut être vu comme *justifiant* l'appauvrissement du créancier¹⁷³. Décider le contraire serait sanctionner trop sévèrement la confiance qu'a eu un créancier en son débiteur, et détourner la subsidiarité de ses objectifs *en protégeant le tiers qui s'est enrichi*, par l'effet du contrat qui a lié ce créancier à son débiteur *devenu insolvable*¹⁷⁴.

90. – Donc, cette dernière acception de la subsidiarité se base sur la *fondamentale distinction* entre les obstacles de *fait* et les obstacles de *droit*. En ce sens, que *seul un obstacle de fait* peut servir de base à la subsidiarité. L'*obstacle de droit* qui empêche le succès de l'action, ne saurait aucunement être pris en considération pour faire intervenir la subsidiarité et remédier comme tel à cette inefficacité.

91. – Précédemment préconisé par une doctrine autorisée¹⁷⁵, la jurisprudence a ultérieurement eu l'occasion d'affirmer l'accueil strict de l'obstacle de fait comme

domaine, lui interdit d'avoir recours à l'action susvisée » ; « *Attendu qu'on se saurait s'arrêter à cette objection ; que l'art. 2103 C.C. est sans application à la cause puisqu'il n'est pas question de concours entre créanciers de dame Picollet ; qu'en tout cas, que la simple possibilité qu'aurait eue Peylet d'acquiescer une autre action, s'il avait eu la diligence d'exécuter certains actes à cette fin, ne suffit pas à exclure l'action de in rem verso* ».

Pour une analyse de cet arrêt, v. *infra* n° 641 et note 1166.

¹⁷³ CA Lyon, 27 juin 1934 précit. : S. 1934. 2. 219, note anon. – V. aussi : P. ESMEIN, note précit. sous Cass. req., 11 sept. 1940 in S. 1941. 1. 122.

¹⁷⁴ CA Lyon, 27 juin 1934 précit. : S. 1934. 2. 219. La cour continuant sa motivation, énonce ce qui peut constituer la clé du problème dans la situation du créancier qui s'est heurté à l'insolvabilité de son débiteur : « *Que si l'on en décidait autrement (le refus du bénéfice de l'action en enrichissement sans cause au créancier qui ne s'est pas constitué de privilèges pour se prémunir contre l'éventuelle insolvabilité de son débiteur) il faudrait la refuser également contre le tiers enrichi à celui qui, par son simple manque de diligence à poursuivre son débiteur contractuel, a laissé l'insolvabilité de celui-ci se produire* ».

V. aussi qui soulève la question des moyens légaux auxquels pourrait procéder le créancier pour se prémunir contre l'insolvabilité de son débiteur : Cass. 3^{ème} civ., 11 juin 1985 : D. 1986, jur. 456, note Ph. Dubois. Sur cet arrêt aussi, v. *infra* n° 647 et note 1177.

Soulignons cependant que la solution donnée par cet arrêt n'est plus d'actualité, car la raison qui a causé le litige en l'espèce ne peut plus se présenter aujourd'hui après que loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ait été modifiée. En effet, la raison qui a donné lieu à l'application de l'action en enrichissement sans cause dans cet arrêt, fut le fait pour le sous-traitant de n'avoir pas révélé sa présence au maître de l'ouvrage alors que l'entrepreneur principal *était tombé dans un état de carence*. Et du temps où l'arrêt a été rendu, aucune disposition légale n'imposait au sous-traitant de révéler sa présence au maître de l'ouvrage en cas de carence de l'entrepreneur principal. Désormais, et avec la modification apportée à l'article 5 de cette loi par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, une telle éventualité ne pourra plus se présenter. En effet dans sa version modifiée, cet article dispose que :

« Sans préjudice de l'acceptation prévue à l'article 3, l'entrepreneur principal doit, lors de la soumission, indiquer au maître de l'ouvrage la nature et le montant de chacune des prestations qu'il envisage de sous-traiter, ainsi que les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel.

En cours d'exécution du marché, l'entrepreneur principal peut faire appel à de nouveaux sous-traitants, à la condition de les avoir déclarés préalablement au maître de l'ouvrage ».

¹⁷⁵ P. ESMEIN, note précit. sous Cass. req., 11 sept. 1940 in S. 1941. 1. 122. Ce n'est pas l'obstacle de fait que cet auteur évoque nommément, mais il se réfère de manière principale à l'*insolvabilité* du débiteur direct de l'appauvri. De plus, et surtout, il préconise que l'action en enrichissement sans cause ne pourra

justifiant l'intervention de la subsidiarité, et corrélativement, le *rejet catégorique de l'obstacle de droit*.

Ceci peut être déduit à partir d'un raisonnement *a contrario* qui résulte d'arrêts de principe rendus, à des dates rapprochées, respectivement par les troisième Chambre civile¹⁷⁶, et Chambre sociale de la Cour de cassation¹⁷⁷.

C'est effectivement par un raisonnement *a contrario* que nous arrivons à cette affirmation, car si les décisions ont franchement visé l'obstacle de droit, aucune n'a – à notre connaissance –, mentionné de manière claire et directe l'obstacle de fait.

92. – Suivant toujours ce même courant de jurisprudence, la jurisprudence libanaise a eu, quant à elle, l'occasion d'affirmer que l'existence d'un *obstacle de droit* au succès de l'action normalement ouverte au demandeur, *rend nécessairement irrecevable l'action en enrichissement sans cause* car l'accueil de celle-ci conduira à *mettre en échec de manière indirecte cet obstacle*¹⁷⁸.

Comme nous l'avons précisé plus d'une fois, l'acception classique de la subsidiarité, celle qui est communément admise en jurisprudence et approuvée par la doctrine, consiste à *nettement* distinguer les obstacles de fait et les obstacles de droit, car seuls les premiers, et à l'exclusion des seconds, permettront que la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause soit reconnue, et par conséquent, que celle-ci soit *recevable*.

93. – Il peut être cependant observé aujourd'hui l'existence d'un *infléchissement* à cette acception, de sorte que la distinction fondamentale des

être accueillie pour pallier l'irrecevabilité d'une action résultant *d'un quelconque obstacle de droit*. – V. aussi du même auteur : note précit. sous CA Colmar, 25 oct. 1963 in D. 1964, jur. 47, 1^{ère} col.

¹⁷⁶ Cass. 3^{ème} civ., 29 avr. 1971 précit. : Bull. civ. 3, n° 277, p. 197 ; RTD civ. 1971. 842, obs. Y. Loussouarn ; Gaz. Pal. 1971. 2. 554. Sur l'attendu de principe de cet arrêt, v. *supra* n° 33 et note 62.

¹⁷⁷ Cass. soc., 12 déc. 1973 précit. : Bull. civ. 5, n° 657, p. 605 ; D. 1974, IR. 17 (deux espèces, 1^{er} et 4^{ème} arrêt). Les arrêts rendus par la Cour de cassation mettaient en cause l'application des articles 288 C. séc. soc. et 85, § 3 du décret du 29 déc. 1945. Ces deux textes disposent que les frais médicaux garantis par la caisse primaire de Sécurité sociale sont remboursés à l'assuré, et permettent que celui-ci délègue un organisme pour le remboursement de ces frais. En l'espèce, des personnes avaient rendu diverses prestations et services médicaux à des assurés sociaux, mais n'avaient pas dûment reçu délégation de la part de ceux-ci pour le remboursement auprès de la caisse. Ils intentaient alors contre celle-ci une action en réclamation d'indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Censurant les arrêts d'appel rendus dans le même sens pour les deux espèces, la Cour de cassation les déboute de leurs réclamations, elle énonce : « *D'après le premier de ces textes (l'art. 85, § 3, du décret du 29 décembre 1945), l'assuré social peut déléguer un tiers pour l'encaissement des prestations ; que, par ailleurs, l'action fondée sur l'enrichissement sans cause ne peut être admise qu'à défaut de toute autre action ouverte au demandeur ; qu'elle ne peut l'être notamment pour suppléer à une autre action que le demandeur ne peut tenter parce qu'elle se heurte à un obstacle de droit* » (4^{ème} arrêt). L'attendu du premier arrêt est identique dans sa deuxième tranche – relative à l'enrichissement sans cause –, à celui qui est ici reproduit, il est donc inutile de le reproduire.

obstacles de fait et des obstacles de droit ne soit plus aussi absolue, il est alors possible qu'un obstacle de droit auquel fait face l'appauvri puisse lui ouvrir la voie de l'action en enrichissement sans cause. Et, c'est ce qui sera envisagé dans ce qui suit.

Sous-section 2 : L'acception nouvelle de la subsidiarité.

94. – Depuis assez longtemps, plus d'un auteur a mis en valeur la distinction entre les obstacles de fait et les obstacles de droit auxquels pourraient faire face le demandeur à l'action en enrichissement sans cause, comme formant le *fondement de la subsidiarité entendue dans son acception classique*¹⁷⁹. Et déterminant par là même, la recevabilité ou non de l'action.

95. – Selon l'acception classique de la subsidiarité, n'est pris en considération que l'obstacle de fait provenant du chef du défendeur pour ouvrir la voie devant le demandeur à la recevabilité de l'action subsidiaire. En l'occurrence, l'obstacle de droit qui empêchait le demandeur appauvri d'intenter l'action subsidiaire qu'est l'action en enrichissement sans cause, *n'était aucunement pris en considération pour le bénéfice de cette action*.

96. – Cependant, et comme nous l'avons déjà dit, on peut observer aujourd'hui une évolution de la notion de subsidiarité. On admet actuellement, des *tempéraments* à la notion de subsidiarité dans l'enrichissement sans cause. Désormais la traditionnelle distinction entre l'obstacle de fait et l'obstacle de droit ne revêt plus la même importance, elle s'est quelque peu *étiolée*. Un auteur a alors parlé de « subsidiarité relative », par opposition à la « subsidiarité absolue »¹⁸⁰.

97. – Nous pourrions alors dire que l'acception nouvelle de la subsidiarité serait basée sur *l'effacement de la distinction* entre les obstacles de fait et les obstacles de droit.

¹⁷⁸ Cass. civ. lib., 26 mai 1970 précit. : Al-Adl 1970, p. 683, n° 383.

¹⁷⁹ J.-P. BÉGUET, thèse précit., n° 149. – F. GORÉ, *L'enrichissement aux dépens d'autrui : source autonome et générale d'obligations en droit privé français*, thèse Paris, Dalloz, 1949, n°s 156, 157, 193 et 194. – A. ROUAST, art. précit., n°s 28 et 29. – J. SAIGET, *op. cit.*, p. 367. – Rapp. : A. CHANDRASEN, *L'enrichissement sans cause devant la Cour de cassation : quinze ans de jurisprudence (1958-1974)*, thèse Paris II, (dactyl.), 1978, spéc. pp. 64 à 70. – P. MORVAN, *op. cit.*, n° 170, p. 154.

¹⁸⁰ Ch. FILIOS, *L'enrichissement sans cause en droit privé français : analyse interne et vues comparatives*, thèse Lille II, 1999 (thèse microfiche), n°s 532 et 533.

Cette acception nouvelle consiste à prendre parfois en considération l'obstacle de *droit*, et non plus seulement comme autrefois l'obstacle de fait¹⁸¹, pour accorder au défendeur le bénéfice de l'action en enrichissement sans cause¹⁸².

98. – C'est ainsi que l'action en enrichissement sans cause a été accordée à une demanderesse qui ne réunissait pas les conditions de l'octroi de la créance de salaire différé, réglementée par l'ancien décret du 29 juillet 1939¹⁸³. Pour censurer l'arrêt d'appel qui a rejeté l'action en enrichissement sans cause intentée par une épouse dans le but d'obtenir une juste indemnisation pour le travail fourni dans l'exploitation agricole de ses beaux-parents, la Cour énonce solennellement sous le visa de l'article 1371 C.C. et des principes régissant l'enrichissement sans cause, que : « *si le conjoint du descendant d'un exploitant agricole n'est pas titulaire d'un droit propre pour prétendre à une créance de salaire différé, l'article 65 du décret modifié du 29 juillet 1939 n'a pu avoir pour objet de l'exclure du bénéfice de toute indemnisation (...)* »¹⁸⁴.

En plus de la référence très importante faite aux principes régissant l'enrichissement sans cause, le plus remarquable réside dans l'interprétation que donne l'attendu de l'article 65 du décret modifié du 29 juillet 1939. Nous pensons que c'est ici que réside l'*innovation* opérée par la Cour de cassation dans les litiges mettant en cause le salaire différé dans le but d'y trouver une solution *équitable*, mais qui, d'un autre côté, a consisté à *forcer* les acceptions relatives à la subsidiarité gouvernant l'enrichissement sans cause par le *contournement de l'obstacle de droit*

¹⁸¹ Qui le plus souvent est constitué par l'insolvabilité du cocontractant de l'appauvri.

¹⁸² Rappr. : P. MORVAN, *op. cit.*, n° 170, p. 154. Qui souligne que le juge « cède parfois à la tentation d'ignorer l'existence d'une action par ailleurs recevable, ou irrecevable en raison d'un obstacle de droit, et d'évincer en équité la loi positive sous le visa des "principes" ».

¹⁸³ Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 1995 : Bull. civ. 1, n° 130, p. 92 ; D. 1995, IR. 87 ; *ibid.* 1996, jur. 137, note Barabé-Bouchard ; JCP 1995. 2. 22516, note F. Roussel ; Rép. Def. 1996, art. 36287, p. 468, note J.-L. Fillette ; RTD civ. 1996. 160, obs. J. Mestre ; *ibid.* 215, obs. J. Patarin. En l'espèce, un fils avait travaillé dans l'exploitation agricole de ses parents en qualité d'aide familial du 1^{er} juillet 1955 jusqu'en 1973. Son épouse avait également travaillé sans percevoir de rémunération sur l'exploitation de ses beaux-parents du 18 juin 1955 au mois de novembre 1955 puis, de 1957 à 1973. Le 20 avril 1989, le fils assignait sa sœur en liquidation-partage de la succession de leurs parents tandis que, le jour même, son épouse assignait les deux cohéritiers en paiement solidaire d'une créance de salaire différé en application de l'article L. 321-13 C. rur. Ladite demande en paiement de salaire différé a été rejetée par les juges du premier degré, leur décision fut confirmée par la cour d'appel d'Amiens le 12 janvier 1993. Et chose remarquable, celle-ci a confirmé le jugement du premier degré en se fondant sur la *subsidiarité*, le débouté de l'épouse quant à sa prétention fondée sur l'enrichissement sans cause. C'est cette décision que censure la Cour de cassation qui admet au contraire que, lorsque le conjoint du descendant d'un exploitant agricole ne peut prétendre au bénéfice du contrat de travail à salaire différé faute de remplir les conditions légales, il peut néanmoins obtenir une indemnité *sur le fondement de l'enrichissement sans cause*.

Sur le texte de l'article L. 321-13 C. rur., v. *infra* note 1321.

¹⁸⁴ Il s'agit alors selon la Cour, de l'exclure de l'institution du salaire différé donc de la succession.

auquel faisait face la demanderesse¹⁸⁵. Diversement commentée¹⁸⁶, cette solution doit être approuvée¹⁸⁷.

99. – La prise en compte de l'obstacle de droit pour admettre la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause dans les litiges où était en cause la réclamation d'une *créance de salaire différé*, nous fait inévitablement penser que c'est le recours à l'équité qui justifie la solution. C'est comme si l'équité acquerrait, par le biais de l'action en enrichissement sans cause, une *plus grande portée* dans le domaine de l'entraide familiale rurale.

100. – La prise en compte de l'obstacle de droit pour admettre la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause s'est également manifestée, dans une espèce où l'action en enrichissement sans cause a été déclarée recevable au profit d'une demanderesse ayant exercé une action en garantie qui a été rejetée *faute pour elle d'avoir pu établir à la charge du défendeur une faute à son égard*¹⁸⁸. Cette décision mettait par ailleurs en cause la question de la négligence de l'appauvri.

101. – La recevabilité de l'action en enrichissement sans cause fut également admise dans une espèce où le rejet de la demande fondée sur l'existence d'un contrat de mandat de gestion pour cause d'impossibilité d'en rapporter la preuve, *a rendu*

¹⁸⁵ Pour censurer l'arrêt d'appel, la première Chambre civile énonce : « *Attendu que, pour débouter Mme X... de sa demande, l'arrêt attaqué énonce que l'obstacle de droit au paiement d'un salaire différé à son profit, obstacle résultant de la perte par son mari de sa qualité d'aide familial, ne saurait être tourné par le biais de l'action de in rem verso ;*

En quoi la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Un commentateur a estimé qu'il y a eu atteinte au principe de subsidiarité gouvernant l'action enrichissement sans cause, v. : F. ROUSSEL, note sous l'arrêt rapporté in JCP 1995. 2. 22516, n° 12.

¹⁸⁶ V. qui approuvent l'arrêt : V. BARABÉ-BOUCHARD, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 1995 in D. 1996, jur. 137. – J. MESTRE, obs. pour l'arrêt rapporté in RTD civ. 1996. 160. – J. PATARIN, obs. pour l'arrêt rapporté in RTD civ. 1996. 215, spéc. p. 217. Cet auteur met cependant en garde contre le risque de la multiplication de tels litiges. Il estime qu'il ne serait pas opportun d'encourager un descendant ou un allié à fournir pendant de nombreuses années une aide apparemment désintéressée, sans demander la moindre rémunération, et à attendre le décès du bénéficiaire de cette aide familiale pour rejeter sur la succession et donc sur les héritiers qui acceptent la succession le poids d'une dette qui pourra se révéler importante.

Et qui désapprouvent l'arrêt : J.-L. FILLETTE, note sous l'arrêt rapporté in Rép. Def. 1996, art. 36287, p. 468. – F. ROUSSEL, note précit. sous l'arrêt rapporté in JCP 1995. 2. 22516, n° 15.

¹⁸⁷ Cet arrêt est d'ailleurs à rapprocher d'une autre décision beaucoup plus ancienne qui elle, semble être empreinte du même *esprit d'équité*, v. : CA Besançon, 17 mai 1944 : D.C. 1944. 166, note R. Savatier. Sur cet arrêt, v. aussi *infra* note 1186 sous n° 655.

¹⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 1997 : Bull. civ. 1, n° 182, p. 122 ; D. aff. 1997. 829 ; JCP 1998. 2. 10102, G. Viney ; RTD civ. 1997. 657, obs. J. Mestre ; *ibid.* 1999. 105, obs. J. Mestre. Les faits se résumaient ainsi : un meuble, présenté comme étant d'époque Louis XV et adjudgé comme tel par vente aux enchères dirigée par un commissaire-priseur, se révéla par la suite être un faux. L'adjudicataire assigna alors le commissaire-priseur en responsabilité et celui-ci appela en garantie le vendeur en invoquant contre ce dernier les principes de la responsabilité civile et subsidiairement ceux de l'enrichissement sans cause. La cour d'appel de Paris accueillit l'action de l'acquéreur contre le commissaire-priseur. Sur le recours de ce dernier contre le vendeur, elle constata que, la faute n'ayant pas été prouvée, cette action ne pouvait aboutir sur le fondement de la responsabilité civile mais elle la déclara recevable et fondée sur le terrain de l'enrichissement sans cause. Sur pourvoi du vendeur, la Cour de cassation rejeta le pourvoi et confirma ainsi la solution des juges du fond.

*recevable celle, subsidiaire, fondée sur l'enrichissement sans cause*¹⁸⁹. Il apparaît clairement que, dans l'espèce en question, il y avait bien *un obstacle de droit au jeu de l'action ordinaire*. On se demande alors si la Cour de cassation entend inaugurer une nouvelle orientation sur cette question, ou alors, s'il faut plutôt en rechercher la justification dans *le type de rapports qui a lié les parties au litige*¹⁹⁰.

102. – La justification de l'adoption par la Cour de cassation d'une conception nouvelle de la subsidiarité consistant à prendre en compte les obstacles de droit empêchant le succès de l'action offerte par le droit commun, et qui a pour résultat de *rendre recevable l'action en enrichissement sans cause*, se trouve, dans les litiges mettant en cause la réclamation d'une créance de salaire différé, dans l'idée d'*équité*¹⁹¹. Celle-ci viserait à ne pas laisser *sans rémunération*, celui qui a employé des années dans le travail au profit de l'exploitation familiale.

103. – On se demande alors si une telle justification se vérifie pour les litiges de nature *autre*, ceux où le recours à l'action en enrichissement sans cause trouve sa raison d'être dans l'*impossibilité* à laquelle se heurte le demandeur d'apporter la preuve de la faute du défendeur, ou la preuve du contrat litigieux.

Il semble que ce soit également des *considérations d'équité*, qui font que la Cour de cassation admette la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause dans des litiges où les parties ont été autrefois liées par des *relations intimes*, lorsqu'un obstacle de droit *empêche le succès de l'action offerte par le droit commun*.

¹⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 2008 : Bull. civ.1, n° 185 ; Lexbase heb. éd. privée, n° 312, 10 juill. 2008, n° Lexbase : N5289BGY ; *ibid.* n° 313, 17 juill. 2008, n° Lexbase : N6484BGA, note D. Bakouche ; Rép. Def. 2008, art. 38838, p. 1981, § 7, obs. R. Libchaber. En l'espèce, le demandeur, avait assigné une dame avec laquelle il avait entretenu des relations pendant quelques mois, en remboursement du solde d'une somme de 120 000 euros qu'il lui avait remise. Pour écarter la demande subsidiaire de ce demandeur, fondée sur l'enrichissement sans cause, l'arrêt attaqué, rendu par la cour d'appel de Paris, énonce qu'une telle action n'est pas ouverte pour suppléer une absence de preuves de l'existence du contrat de mandat de gestion par lui allégué. L'arrêt est, cependant, cassé, sous le visa de l'article 1371 C.C. La Cour de cassation décide, en effet : « *qu'en statuant ainsi, alors que le rejet de la demande fondée sur l'existence d'un contrat de mandat de gestion rendait recevable celle, subsidiaire, fondée sur l'enrichissement sans cause, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

¹⁹⁰ Il est intéressant ici de noter, que la Cour de cassation n'a nullement employé le terme de « concubinage » pour désigner la relation qui a lié les parties au litige, bien qu'il puisse être déduit des faits que celles-ci ont entretenu des relations intimes. Il ne s'agissait en effet pas en l'espèce, d'une *véritable relation de concubinage*, mais, plus simplement, de relations intimes ayant lié les deux personnes. Rappelons que pour qu'une relation de concubinage soit reconnue comme telle et produise certains effets, il faut selon la jurisprudence que la situation des concubins soit « empreinte d'une certaine stabilité imitée au mariage », v. : L. LEVENEUR, *op. cit.* n° 361 et les réf. citées. Or en l'espèce, les relations qu'ont entretenues les deux personnes n'ont duré *que quelques mois*, il ne pouvait donc être question de concubinage. Mais on peut alors légitimement se demander si la Cour de cassation n'avait pas à l'esprit l'idée, si fréquente dans les rapports intimes, d'*impossibilité matérielle de se procurer un écrit*... Notons par ailleurs, que la loi a *endossé* les critères posés avec constance et certitude par la jurisprudence pour la reconnaissance d'une relation de concubinage pouvant donner naissance à des droits. Ce fut chose faite à travers l'article 515-8 C.C. inséré dans le Code civil par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 qui a institué le pacte civil de solidarité, et qui fut modifié par la loi 2007-308 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Sur le texte de cet article, v. *infra* n° 715.

104. – Mis à part les deux domaines de l'entraide familiale en milieu rural et des relations intimes¹⁹², il est légitime de penser que les décisions de la Cour de cassation consistant à admettre la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause, lorsqu'un obstacle de droit empêche le succès de l'action normalement offerte au demandeur, se justifient *difficilement*, ou même, *pas du tout*.

Nous pensons que ces solutions s'expliquent néanmoins par une *atténuation* du caractère subsidiaire de l'action en enrichissement sans cause. On pourrait même dire qu'il s'agit ici d'*atténuations* pures et simples infligées à la subsidiarité, entendue de manière classique.

105. – Mise à part l'idée d'équité, nous pensons qu'il est aussi possible d'avancer une *autre justification* de la conception nouvelle de la subsidiarité ; c'est celle qui prendrait en considération les résultats de l'action. Dans cette perspective, est subsidiaire la norme juridique qui s'applique non pas « à défaut d'autres », mais « à défaut d'autres règles juridiques produisant des résultats aussi opportuns que ceux qu'elle engendrait »¹⁹³.

106. – En somme, l'adoption de l'acception *nouvelle* de la subsidiarité par la jurisprudence aboutit, à un *élargissement* du domaine d'application de l'action en enrichissement sans cause. Nous ne pouvons pas dire encore si cet élargissement est bénéfique, et partant approuvable, ou s'il ne l'est pas. Il faut attendre et voir si la jurisprudence se fixe dans ce sens.

Après l'étude des acceptions de la subsidiarité, qui s'avérait être indispensable à une compréhension première de la notion. Il nous faut à présent, et pour compléter cette approche première de la notion, passer dans une section deuxième à l'étude des fondements de celle-ci.

¹⁹¹ V. qui défend cette opinion : P. MORVAN, *op. cit.*, n° 170, p. 154.

¹⁹² Nous avons employé la formule générale de « relations intimes » et non celle plus spécifique de « concubinage » car nous avons voulu viser les espèces qui seraient comparables à celles qui a donné lieu à l'arrêt précité du 25 juin 2008 (cité *supra* note 189). Mais nous pensons cependant, que seuls les litiges se rapportant à une véritable relation de concubinage méritent vraiment que la Cour de cassation manifeste une certaine indulgence à leur égard, et prenne en considération les *obstacles de droit* qui empêchent le succès de l'action de droit commun et accueille par conséquent en leur faveur l'action en enrichissement sans cause.

Section 2 : Les fondements de la subsidiarité.

107. – L'examen de ce qui va suivre, montrera qu'il existe une *diversité* des fondements de la subsidiarité. La richesse de la notion répugnerait à l'idée qu'on puisse la limiter à un ou deux fondements. De plus, nous remarquerons qu'il existe des fondements qui se rattachent au fond du droit, ceux-ci sont *les plus importants*, et d'autres qui sont à caractère purement technique¹⁹⁴.

Ainsi, seront étudiées successivement la prohibition de la fraude à la loi (sous-section 1^{ère}), l'équité (sous-section 2), l'institution de la personnalité morale (sous-section 3) et, la liberté laissée aux plaideurs dans le procès (sous-section 4).

Sous-section 1^{ère} : La prohibition de la fraude à la loi : fondement de la subsidiarité illustré par l'action en enrichissement sans cause.

108. – Ce fondement de la subsidiarité évoque le respect des institutions juridiques. La subsidiarité rejoint la nécessité d'interdire la fraude à la loi. Illustrée par l'action en enrichissement sans cause, celle-ci *ne saurait autoriser aucune fraude à la loi*, quelles que soient les circonstances¹⁹⁵.

La jurisprudence précédemment analysée¹⁹⁶, démontre clairement que l'action en enrichissement sans cause *ne saurait être employée pour causer un bouleversement dans l'édifice du Droit*.

109. – Il serait également instructif d'exposer dans ce qui suit les opinions des auteurs sur ce point, opinions qu'ils ont formées à partir de l'analyse par eux faite de cette jurisprudence, si cohérente d'ailleurs.

La subsidiarité qui fut créée, pour l'action en enrichissement sans cause, par la doctrine et fut par la suite adoptée par la jurisprudence, le fut, en effet, dans le but d'éviter la subversion de l'ordre juridique par une action qui est considérée comme un *instrument d'équité*.

C'est pour ne pas permettre que l'équité régisse les obligations et gouverne l'équilibre entre les prestations des parties au contrat, que la jurisprudence – incitée à

¹⁹³ P. MORVAN, *op. cit.*, n° 580, p. 540 et les réf. citées. Sur la conception nouvelle de la subsidiarité, v. aussi : *infra* n°s 754 et s.

¹⁹⁴ Nous n'allons pas adopter la distinction entre les fondements qui se rattachent au fond du droit, et ceux qui ont un caractère technique, car une telle distinction n'apporterait rien de constructif à l'étude de la subsidiarité.

¹⁹⁵ A. ROUAST, *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, *op. cit.*, n° 27, p. 86.

ceci par la doctrine –, a posé le principe du caractère subsidiaire de l'action en enrichissement sans cause. C'est aussi pour une raison plus impérieuse et plus légitime que ce principe a été exigé par la jurisprudence ; il s'agit de ne pas permettre que l'équité *envahisse* le droit positif et rende lettre morte les prescriptions impératives de la loi¹⁹⁷.

Il était donc *indispensable* d'endiguer ce courant d'équité qui menacerait la stabilité et la pérennité des institutions juridiques qui assurent la sauvegarde des droits légalement acquis et la prévisibilité des solutions pour les justiciables. Cette nécessité de combattre ce courant d'équité se justifiait d'autant plus que la subversion de l'ordre juridique, *pouvait se produire de manière inconsciente*¹⁹⁸.

Un éminent auteur avait depuis longtemps souligné que, la reconnaissance du principe que nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui comme règle générale *absorberait* divers moyens juridiques qui auraient ce même but¹⁹⁹. Ce principe ressemblerait selon lui, à un courant qui *dévasterait* le droit et « abattrait comme châteaux de cartes des institutions qui abritent les intérêts »²⁰⁰.

Et avant lui, un autre auteur avait estimé que l'action en enrichissement sans cause était une voie tout à fait exceptionnelle et qu'elle ne pouvait prétendre *ni à suppléer, ni à plus forte raison corriger*, les rouages normaux du droit²⁰¹. Selon lui, la subsidiarité caractérisant l'action en enrichissement sans cause traduirait *les restrictions que la jurisprudence impose à l'application qu'elle fait du Droit naturel*²⁰², opinion qui ne peut qu'être approuvée et qui rejoint clairement celle qui – plus haut citée – a été émise après lui²⁰³. De plus, la supériorité *originelle* qu'a le

¹⁹⁶ V. spécialement : CA Grenoble, 15 déc. 1909 précit. : S. 1918-1919. 1. 42. – Cass. civ., 12 mai 1914 précit. : S. 1918-1919. 1. 41, note E. Naquet.

¹⁹⁷ Rapp. : J. CHEVALLIER, *Observations sur la répétition des enrichissements non causés*, in Etudes Georges Ripert, T. 2, L.G.D.J., 1950, p. 237, spéc. pp. 242, 245 et 246. – F. GORÉ, note sous CA Toulouse, 5 oct. 1959 in D. 1960, jur. 387 spéc. p. 387, spéc. p. 390, 2^{ème} col.

¹⁹⁸ Rapp. : D. J. PAREDES LEITE de CAMPOS, *Les présupposés externes de l'action « de in rem verso »*, thèse Paris II, 1978, spéc. p. 436.

¹⁹⁹ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 1949, n° 133.

²⁰⁰ G. RIPERT, *ibid.*, n° 133.

²⁰¹ A. ROUAST, *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, art. précit., n° 30, p. 90. Nous pensons qu'il faut expliquer l'affirmation de l'auteur selon laquelle, l'action en enrichissement sans cause ne tendrait pas à suppléer les mécanismes normaux du droit. L'auteur a entendu dire que cette action ne devait pas *fausser* ou *empêcher* le fonctionnement normal des institutions du droit, ni contourner l'application de la loi *latu sensu*. Il n'a certainement pas visé la fonction *normalement remplie* par cette action, qui est celle de *remédier* à la défaillance de l'action normalement ouverte à l'appauvri et de *suppléer l'absence de celle-ci*. – V. aussi : E. CAEMMERER (Von), *Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause*, RIDC 1966. 573, spéc. p. 577 *in fine*.

²⁰² A. ROUAST, *ibid.*, n° 33, p. 95.

²⁰³ V. : G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 133.

Droit naturel sur le Droit positif, ne devait pas laisser préférer celui-là à celui-ci qui a l'avantage de la précision et de la clarté²⁰⁴. Le recours au Droit naturel, illustré par l'action en enrichissement sans cause, ne devait pas permettre de « tourner » un texte de Droit positif²⁰⁵.

Dans le même ordre d'idées, on a estimé que l'action en enrichissement sans cause ne pouvait servir à éluder les dispositions de la loi ou de l'acte juridique²⁰⁶, et qu'une telle illégalité constituerait une *fraude à la loi*²⁰⁷. Celle-ci constitue la *limite* au domaine d'application de l'action en enrichissement sans cause²⁰⁸.

110. – Se trouve ainsi parfaitement démontrée, la *relation* existant entre la subsidiarité, s'appliquant à l'action en enrichissement sans cause, et la prohibition de la fraude à la loi.

L'impératif qui dictait d'endiguer le courant d'équité que représente l'action en enrichissement sans cause a suscité des réactions depuis assez longtemps chez les auteurs²⁰⁹. Un auteur classique a estimé que l'équité ne pouvait, sans l'appui d'un texte, engendrer seule un droit et une obligation²¹⁰, qu'il conseille par suite de traiter la matière d'équité avec prudence, et de se méfier des formules très générales. L'équité, autre fondement de la subsidiarité sera envisagée dans ce qui suit.

Sous-section 2 : L'équité. Fondement de la subsidiarité illustré également par l'action en enrichissement sans cause.

111. – Il est communément reconnu un fondement d'*équité* à l'action en enrichissement sans cause, puisqu'il est énoncé qu'il est *injuste* de s'enrichir au détriment d'autrui.

²⁰⁴ A. ROUAST, art. précit., n° 33, p. 96.

²⁰⁵ A. ROUAST, *ibid.*, n° 33, p. 96. Par cette affirmation, l'auteur complète, de manière très claire, celle qu'il a faite précédemment, selon laquelle l'action en enrichissement sans cause *ne pouvait prétendre à suppléer les rouages normaux du droit*, et qui au premier abord semblait obscure. La suppléance ne devait donc pas aboutir à la *subversion des institutions du droit*. – F. GORÉ, note précit. sous CA Toulouse, 5 oct. 1959 in D. 1960, jur. 387 spéc. p. 387, spéc. p. 391.

²⁰⁶ En ce sens : J. CHEVALLIER, art. précit., p. 243. Cet auteur a estimé que cette action « *ne saurait être utilisée pour réviser la force obligatoire du contrat* », ou pour introduire en jurisprudence « *une action générale en rescision des contrats lésionnaires* » contraire au droit positif.

²⁰⁷ F. GORÉ, thèse précit., n°s 137, 172, 173, 182 et 188. – Ph. DRAKIDIS, *La « subsidiarité », caractère spécifique et international de l'action en enrichissement sans cause*, RTD civ. 1961. 577, n°s 22, 28 et 34. Ayant une opinion plus nuancée sur cette question, cet auteur a estimé que cette action devait être nécessairement exclue « *lorsqu'elle ferait échec à une règle impérative consacrée* ». Il considère que, au-delà de la fraude à la loi, c'est plutôt par la nature propre de cette institution et par sa finalité, que s'impose son caractère subsidiaire. – V. aussi : A. CHANDRASEN, thèse précit., p. 68 *in fine*. – P. ESMEIN, note précit. sous CA Colmar, 25 oct. 1963 in D. 1964, jur. p. 47, 1^{ère} col.

²⁰⁸ F. GORÉ, thèse précit., n°s 173 et 182.

²⁰⁹ V. par ex. : J. CHEVALLIER, art. précit., p. 242.

²¹⁰ G. BOURCART, note sous Cass. req., 8 fév. 1909 précit. in S. 1911. 1. 313.

Un auteur a très bien pu démontrer le lien existant entre équité et subsidiarité ; il eut recours à l'interprétation de l'article 4 C.C.²¹¹ Ce texte dispose que :

« Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

Dans cet article, l'expression qui attire le plus notre attention c'est le « silence de la loi ». Le silence évoque un vide, une lacune et c'est précisément dans la circonstance de l'existence d'un vide ou d'une lacune dans la loi *lato sensu*, ou dans le Droit, que la subsidiarité aurait à jouer²¹². Contrairement aux termes d'« obscurité » et d'« insuffisance » qui nécessitent de la part du juge un travail *d'interprétation*, le silence de la loi l'oblige à *créer* ou *improviser*, une règle de droit, une solution prétorienne.

Cet auteur explique que le demandeur ne fera appel à l'action en enrichissement sans cause que lorsqu'il n'aura pas à sa disposition d'action du droit commun pour recouvrer son appauvrissement. Il explique aussi que l'équité n'est qu'un moyen subsidiaire, et, qu'il est naturel que les institutions qu'elle engendre *gardent le même caractère*²¹³.

112. – En droit libanais une prescription comparable à celle que contient l'article 4 C.C. peut être trouvée dans le dernier aliéna de l'article 4 N.C.P.C. lib.²¹⁴ Ce texte prescrit au juge de recourir, *en l'absence d'un texte*, à l'équité. Celle-ci aura donc un rôle normatif *subsidiaire*.

Elle aura pour fonction de *combler les lacunes de la loi* ; elle ne pourra être appliquée par le juge que lorsqu'il ne trouve pas dans la loi une règle ou une norme qui puisse être appliquée au litige qui lui est soumis.

A son tour, la jurisprudence a eu plus d'une fois l'occasion d'affirmer de manière très claire le fondement d'équité de cette action. C'est notamment, lorsqu'elle énonce que l'action en enrichissement sans cause, est une action « *dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui* »²¹⁵,

²¹¹ F. GORÉ, thèse précit., n° 204, p. 209.

²¹² F. GORÉ, *ibid.*, n°s 199, p. 203 *in fine*. Cet auteur fait nettement ressortir le lien étroit existant entre les lacunes du droit positif et l'application de la notion d'enrichissement sans cause. Notons que nous préférons la formule d'enrichissement sans cause à celle d'« enrichissement injuste » employée par l'auteur. – V. aussi : Ph. DRAKIDIS, art. précit., n° 22. – Ch. FILIOS, thèse précit., n° 534, p. 485 *in fine*. – C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilités*, L.G.D.J., bibl. dr. priv. tome 218, 1992, préf. J. Ghestin, spéc. n° 648 *in fine*.

²¹³ F. GORÉ, *op. cit.*, n° 204, p. 209 et les réf. citées.

²¹⁴ Sur le texte de l'article 4 N.C.P.C. lib. précité, v. *supra* n° 23.

²¹⁵ Cass. req., 15 juin 1892 précit. : D.P. 1892. 1. 596. Cette reconnaissance du fondement d'équité fut proclamée – à notre connaissance – pour la première fois par cet arrêt, qui fut par ailleurs le premier de

ou, qu'elle « *prend sa source dans l'équité naturelle* »²¹⁶, ou qu'elle est « *la sanction de la règle d'équité qu'il n'est pas permis de s'enrichir sans cause légitime aux dépens d'autrui* »²¹⁷, ou alors, lorsqu'elle énonce que l'action en enrichissement sans cause, s'analyse « *en une action en indemnité basée sur l'équité* »²¹⁸.

113. – La jurisprudence libanaise a à son tour, affirmé le fondement d'équité de cette action. Signalons à cet égard un jugement très remarqué du tribunal civil de Beyrouth du 31 octobre 1946, qui énonce dans un attendu de principe que : « *l'action en enrichissement sans cause est fondée sur une règle générale découlant de l'application des principes de justice et d'équité. Cette action fut créée par la jurisprudence sous l'empire de la "Mejelle", à partir de l'esprit de quelques uns de ses textes, et elle a été admise par elle avant l'entrée en vigueur du Code des obligations et des contrats* »²¹⁹. Bien que rendue par les juges du fond, nous ne pouvons qu'apprécier *la grande valeur doctrinale de cette décision*, qui se prononce en termes généraux et pose une solution qui *vaut toujours pour aujourd'hui*. Elle est également importante à un autre titre ; c'est celui d'avoir reconnu à cette action une origine *antérieure* à l'entrée en vigueur du Code des obligations et des contrats ; elle remonte selon le jugement au droit ottoman. Ceci nous incite à penser, que cette action n'a pas été créée *sous la seule influence du droit français*, et des juristes français qui ont contribué à la rédaction du Code des obligations et des contrats libanais, mais qu'elle faisait véritablement partie du droit positif libanais du temps où c'était encore le droit ottoman qui s'appliquait dans ce pays. Ce jugement a été le seul – à notre connaissance – à avoir reconnu le fondement d'équité de cette action de

même à consacrer l'autonomie de cette action. Sur l'autonomie de l'action en enrichissement sans cause, v. *supra* n° 32 et note 55.

²¹⁶ CA Grenoble, 15 déc. 1909 précit. : S. 1918-1919. 1. 42.

²¹⁷ Trib. com. Roanne, 2 juill. 1924 : Gaz. Pal. 1924. 2. 575, note anon. Pour une analyse de cet arrêt, v. *infra* n° 637 et note 1162. – Rapp. : Trib. paix Marseille, 13 janv. 1948 : Gaz. Pal. 1948. 1. 154 ; RTD civ. 1948. 220, obs. H et L. Mazeaud. Ce jugement définit l'action en enrichissement sans cause et l'obligation de restituer créées par l'enrichissement non causé, comme une « règle d'équité d'origine coutumière ou jurisprudentielle ». Cet attendu reflète un certain courant doctrinal qui estimait que cette action est d'origine coutumière. Nous pensons qu'elle est, plus exactement et plus simplement, une règle d'origine prétorienne ou jurisprudentielle. Dans ce contexte, les adjectifs qualificatifs de « coutumière » et de « jurisprudentielle » *ne peuvent être tenus pour synonymes*. Sur ce jugement, v. aussi *infra* n° 643 et note 1168.

²¹⁸ Trib. civ. Florac, 17 juin 1952 précit. : D. 1953, jur. 261.

²¹⁹ Trib. civ. Beyrouth, 31 oct. 1946 : RJL 1948. 345. Soulignons que la "Mejelle" est le Code civil ottoman qui était appliqué au Liban pendant tout le temps où ce pays faisait partie de l'Empire ottoman et jusqu'à l'entrée en vigueur du Code des obligations et des contrats en 1932. Soulignons par ailleurs que certains textes de ce Code *sont toujours en vigueur au Liban*, il en est notamment ainsi des règles régissant les *incapables*.

manière *aussi claire* et en adoptant une rédaction exemplaire. Ce jugement devait – pensons-nous – inspirer la jurisprudence libanaise, jusqu’à nos jours.

Comme on le voit, l’affirmation en jurisprudence du fondement d’équité de l’action en enrichissement sans cause a été faite d’une manière on ne peut *plus claire*.

114. – La doctrine classique, et plus spécialement une doctrine autorisée, et des hommes de loi ont reconnu le fondement d’équité de cette action²²⁰. On a également estimé que cette action sert à « *corriger ce que d’autres règles formelles pourraient avoir de contraire à l’équité* »²²¹. Plus, on a mis en relief le *rapport* existant entre le caractère subsidiaire de l’action en enrichissement sans cause et son *fondement d’équité*²²²; l’action est accordée au demandeur toutes les fois que les règles du droit *n’offrent pas à celui-ci d’autres moyens juridiques pour obtenir ce qui lui est dû*. Autrement dit, *c’est parce qu’elle est subsidiaire*, visant à secourir le demandeur ne disposant d’aucune voie pour exercer son droit à indemnisation, que l’action en enrichissement sans cause *possède un fondement d’équité*. On a aussi estimé que l’action en enrichissement sans cause est une construction prétorienne

²²⁰ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français, d’après la méthode de Zacharie*, T. 9. Marchal et Billard, 5^{ème} éd. 1917, § 578-4^o, p. 355. Ces auteurs énoncent que : « *L’action de in rem verso, (...), doit être admise d’une manière générale, comme sanction de la règle d’équité, qu’il n’est pas permis de s’enrichir injustement aux dépens d’autrui (...)* ». – A. DESSENS, *Essai sur la notion d’équité*, thèse Toulouse, Boisseau Toulouse, 1934, spéc. pp. 226 à 229. – RIVIÈRE, rapport pour Cass. req., 11 juill. 1889 in S. 1890. 1. 97. Le conseiller Rivière considère que l’action en enrichissement sans cause est « *une action qui a pour base cette règle d’équité suivant laquelle il n’est pas permis de s’enrichir aux dépens d’autrui* ». – R. SAVATIER, *Cours de droit civil, op. cit.*, n^o 205. – Th. THÉODOROFF, *De l’enrichissement sans cause*, thèse Toulouse, « Rapide », Toulouse, 1907, spéc. pp. 149, 168 et 177. Cet auteur considère que l’action en enrichissement sans cause procède « *directement* » de l’équité, et qu’elle constitue « *la sanction du principe d’équité de l’enrichissement obtenu sans juste cause aux dépens d’autrui* ». – G. MONNERVILLE, thèse précit., p. 93. – J. TARTANSON, thèse précit., pp. 112, 116, 122, 131 et 143. Cet auteur estime, quant à lui, que cette action constitue une « *pure action d’équité* ». – Rapp. : P. CHAINE, *L’enrichissement sans cause (dans le droit civil français)*, thèse Lyon, Waltener, Lyon, 1909, spéc. p. 175. Cet auteur relève que la jurisprudence ne voit dans l’action en enrichissement sans cause qu’une action ayant pour base *l’équité pure*. Il semble dire que cette consécration ainsi faite, ne suffit pas. Il émet alors le souhait que soient fixées et codifiées les règles régissant l’action en enrichissement sans cause. Or nous voyons, que jusqu’à aujourd’hui ces règles sont demeurées d’origine et de création *purement prétorienne*. – G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles, op. cit.* n^o 138. – A. ROUAST, *L’enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, art. précit., n^{os} 29, p. 89 et 31, p. 91.

Rapp. : J.-P. BÉGUET, thèse précit., n^o 170, p. 288. Cet auteur qui qualifie l’action en enrichissement sans cause d’« *exception d’enrichissement sans cause* », estime que celle-ci donne aux juges un moyen discret « *de faire pénétrer l’équité dans le droit* ». – V. aussi : J. SAIGET, *op. cit.*, p. 365.

²²¹ G. RIPERT et M. TEISSEIRE, art. précit., p. 790. Les auteurs ajoutent à leur opinion, et qui est encore plus important, et c’est l’affirmation selon laquelle l’action en enrichissement sans cause en remplissant cette fonction *ne détruit pas l’utilité de ces règles*. Cette affirmation est en *harmonie* avec l’idée de subsidiarité qui caractérise cette action, puisque par sa subsidiarité elle *ne corrompt* ni *ne compromet* l’ordre juridique et l’application correcte des lois. Les auteurs ajoutent une restriction à leur affirmation, estimant que cette fonction ne peut constituer une caractéristique de cette action. Après cette affirmation, ils reconnaissent cependant que l’application pratique de cette action est impossible, car l’exercice rigoureux de celle-ci serait incompatible avec les nécessités de la vie sociale (v. pp. 791 et 792). Nous ne pensons pas que cette opinion soit fondée, et il aurait suffi de se contenter de la caractéristique de l’action en enrichissement sans cause qu’est *la subsidiarité*, pour définir son rôle, limiter son domaine et les situations dans lesquelles elle s’applique. Soulignons par ailleurs, que ces auteurs estiment cependant que les considérations d’équité fondant cette action sont *assez vagues* (v. p. 783).

exigée par l'équité laquelle est ainsi introduite dans l'application du Droit, et « *très au-delà du Code civil* »²²³. Ce qui est tout à fait défendable. Plus, on a expliqué l'admission de la solution consistant à rétablir le déséquilibre survenu entre deux patrimoines, par l'idée qu'il s'agit ici d'un *principe de droit naturel*²²⁴.

Les auteurs contemporains, ont à leur tour, reconnu le fondement d'équité de cette action²²⁵.

115. – Soulignons par ailleurs, que le fondement d'équité n'est cependant pas propre à l'action en enrichissement sans cause, plusieurs textes du Code civil se réfèrent à cette notion²²⁶.

²²² Th. THÉODOROFF, thèse précit., pp. 168 et 169.

²²³ A. DESSENS, thèse précit., pp. 227 *in fine* et 228. Dans le même ordre d'idées, l'auteur avait relevé que le Code civil a fait des applications nombreuses du principe qu'il est défendu de s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui, *mais sans le formuler en tant que réserve générale de solution*, v. : thèse précit., p. 227.

²²⁴ A. ROUAST, *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, art. précit., n° 31, p. 93 *in fine*.

²²⁵ V. par ex. : Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, L.G.D.J., bibl. dr. priv. tome 329, 2000, préf. R. Cabrillac, spéc. n°s 69 à 95. – M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, 1997, préf. A. Sériaux, spéc. n° 3 *in fine*. – P. MORVAN, *op. cit.*, n°s 170 et 171. – P. SANZ de ALBA, thèse précit., n° 147 bis. Cet auteur souligne que l'introduction de la notion d'enrichissement sans cause à part entière dans le droit positif, conduisait à une *technicité particulière qui a fait les limites de cette notion*. Reproduisant la célèbre formule d'Aubry et Rau, l'auteur fait ainsi allusion à la subsidiarité, sans la mentionner expressément.

²²⁶ Citons notamment les articles 270, al. 3, 565, 815-13, 1135 et 1579.

L'article 270, al. 3 dispose :

« Toutefois, le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture ».

L'article 565 dispose :

« Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle ».

L'article 815-13 dispose :

« Lorsqu'un indivisaire a amélioré à ses frais l'état d'un bien indivis, il doit lui en être tenu compte selon l'équité, eu égard à ce dont la valeur du bien se trouve augmentée au temps du partage ou de l'aliénation (...) ».

Sur le texte de l'article 1135, v. *supra* n° 21.

L'article 1579 dispose :

« Si l'application des règles d'évaluation prévues par les articles 1571 et 1574 ci-dessus devait conduire à un résultat manifestement contraire à l'équité, le tribunal pourrait y déroger à la demande de l'un des époux ».

Soulignons que l'article 270 a été modifié par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, la référence faite à l'équité a cependant été conservée.

A côté de ces textes qui utilisent le vocable d'« équité », d'autres articles du Code civil se basent également sur le principe d'équité mais de *manière implicite*. Citons notamment les articles 1655 et 1244-1, al. 1^{er}. Ces articles disposent respectivement :

« La résolution de la vente d'immeubles est prononcée aussitôt si le vendeur est en danger de perdre la chose et le prix. Si ce danger n'existe pas, le juge peut accorder à l'acquéreur un délai plus ou moins long suivant les circonstances (...) ».

« Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues ».

Il est intéressant de remarquer que les textes susmentionnés se rapportent à des matières *très diverses*, telles que, respectivement, les droits et obligations des indivisaires, le droit d'accession, les contrats et obligations, les régimes matrimoniaux, la vente, l'extinction des obligations. Ceci est sans doute une manifestation de l'*infiltration* de l'équité dans l'*intégralité* du droit.

Un article mérite notre attention en particulier ; il s'agit de l'article 1135. Sur cet article, v. *supra* n° 21 .

116. – L'action en enrichissement sans cause étant une action *subsidaire typique*, elle constitue une démonstration et illustration exemplaires de l'idée selon laquelle, la subsidiarité posséderait un *fondement d'équité*²²⁷

Ont été ainsi examinés les fondements de la subsidiarité se rapportant au *fond du droit*, seront examinés dans ce qui va suivre d'autres fondements de la subsidiarité qui eux sont de caractère *technique* ; il s'agit de la personnalité morale des groupements, et, de la liberté donnée aux plaideurs dans la marche du procès.

Sous-section 3 : La personnalité morale. Fondement de la subsidiarité illustré par le régime juridique de l'obligation au passif social des associés de sociétés civiles de droit commun et de groupements assimilés.

117. – C'est la reconnaissance par la jurisprudence ancienne²²⁸, puis l'adoption par la loi, de la personnalité morale des sociétés civiles, qui explique et *fonde* la subsidiarité de l'obligation des associés au passif social. A ainsi été créée dans celles-ci un « écran de personnalité morale »²²⁹.

L'adoption de la personnalité morale a été plus tard étendue à d'autres groupements que le législateur a créés pour des objectifs à caractère économique.

Nous ne nous attarderons pas davantage sur ce point et renvoyons à ce qui sera examiné dans le corps de l'étude²³⁰.

Après l'examen des fondements de la subsidiarité se rapportant *au fond du droit*, nous changeons à présent de perspective, et envisageons l'un de ses fondements qui, quant à lui, est *de caractère technique*.

La référence faite par le législateur à l'équité dans un texte de loi a été qualifiée d'« annexion » de l'équité par le droit positif, v. : P. SANZ de ALBA, thèse précit., n° 142.

²²⁷ Comme l'étude des acceptions de la subsidiarité le démontre également d'ailleurs. Sur ce point, v. *supra* n°s 28 et s.

²²⁸ Sur la reconnaissance par la jurisprudence ancienne de la personnalité morale des sociétés civiles, v. *infra* n° 293.

²²⁹ Expression empruntée à : D. GIBIRILA, note sous Cass. com., 24 janv. 2006 in Pet. Aff. 28 avr. 2006, n° 85, p. 14.

²³⁰ Sur la question de la personnalité morale des sociétés civiles et autres groupements, v. *infra* n°s 284 et s.

Sous-section 4 : La liberté laissée aux plaideurs d'employer dans le procès tout ce que la loi n'interdit pas formellement : fondement de la *subsidiarité processuelle*.

118. – Ce fondement conféré à la subsidiarité se rattache à la fonction processuelle de cette notion. Il faut à cet égard souligner, qu'aucun des Codes de procédure civile français et libanais ne régleme la demande subsidiaire dans le procès, *dans des dispositions à caractère général*. Ces Codes régissent uniquement la demande incidente. Ils régissent de même les conditions de recevabilité de la demande nouvelle.

119. – La demande subsidiaire fait quant à elle, l'objet de dispositions ponctuelles et strictement délimitées, qui trouvent leur justification dans la *nature* de la matière régleme²³¹.

Dans ce contexte, il faudra revenir au principe général et premier qui consiste à *permettre tout ce qui n'est pas formellement interdit par la loi*. C'est dans cette perspective précise de permissivité qu'il faut comprendre la légalité et la légitimité de la demande subsidiaire dans le procès. A l'exception des rares textes, qui régleme le recours à la demande subsidiaire dans le procès, les plaideurs auront toute liberté et toute latitude de présenter à l'appui de leurs prétentions dans le procès, une ou même plusieurs demandes subsidiaires qui viseraient le plus possible à leur faire atteindre leur but.

120. – Il faut cependant se demander si présenter la demande subsidiaire est libre de toute restriction, ou si au contraire elle se voit poser certaines limites. Nous pensons que la demande subsidiaire, et contrairement à ce qu'impose la loi pour la demande incidente, *n'obéit pas aux conditions posées par la loi pour celle-ci*²³², savoir l'exigence du « lien suffisant », ou de la « connexité »²³³. Bien au contraire, la demande subsidiaire est *libre* de toute contrainte sur ce plan. Elle peut se rattacher à un fondement qui est tout à fait *incompatible* avec celui qui sous-tend la demande

²³¹ Sur la régleme de la demande subsidiaire par le législateur, v. *infra* n^{os} 555 et s.

²³² A moins – bien entendu – qu'elle ne se présente elle-même comme « demande incidente subsidiaire ». Dans un tel cas, elle sera vue sur un premier plan, comme « demande incidente », et seulement sur un second plan, comme « demande subsidiaire ».

²³³ A cet égard, l'article 4 CPC pose que les demandes incidentes doivent se rattacher aux prétentions originaires par un « lien suffisant ». Le droit libanais pose quant à lui, à l'article 30 N.C.P.C. lib. des conditions *analogues* à la recevabilité des demandes incidentes. Cet article est cependant plus explicite que l'article 4 précité : il pose dans son paragraphe premier que, la demande incidente doit être « connexe » à la demande principale en ce sens que la solution donnée à l'un d'eux rejaillisse sur la solution qui devait être donnée à l'autre.

Le texte libanais aide ainsi énormément à l'analyse du concept de « lien suffisant », celui-ci ne sera évidemment pas examiné dans la présente étude car il sort de son cadre.

présentée à titre principal²³⁴. Et c'est précisément dans ceci que réside l'intérêt, parfois même *tout l'intérêt*, de présenter une demande subsidiaire dans le procès.

121. – Mais nous pensons quand même que la demande subsidiaire devait obéir à *certaines restrictions* ; elle devait entrer dans la compétence d'attribution et la compétence *rationae materiae* de la juridiction qui est saisie de la demande principale²³⁵.

Le fondement de la subsidiarité processuelle étant examiné, savoir la *liberté* donnée aux plaideurs de présenter des demandes subsidiaires et donner ainsi l'*orientation* qu'ils veulent au procès, se fera plus loin, l'étude de son fonctionnement²³⁶.

²³⁴ Pour des illustrations d'une telle hypothèse, v. *infra* n^{os} 484 et s.

²³⁵ Cette restriction est de pure logique et n'appelle pas beaucoup d'explications. Elle nous a été au surplus inspirée par le paragraphe second de l'article 30 N.C.P.C. lib. précité.

²³⁶ Le fonctionnement de la subsidiarité processuelle fera l'objet du titre deuxième de notre première partie, v. *infra* n^{os} 478 et s.

Conclusion du chapitre préliminaire

122. – L'analyse des acceptions de la subsidiarité envisagée à partir de l'action en enrichissement sans cause, et les longs développements qui y ont été consacrés, prouvent encore *l'utilité et la nécessité de procéder à cette analyse*, et l'importance de préciser et de définir ces acceptions.

La *diversité des hypothèses* dans lesquelles les plaideurs, qui en désespoir de cause, pourraient être tentés de recourir à l'action en enrichissement en tant que recours ultime, a nécessité que nous analysions les acceptions de la subsidiarité.

Cette analyse permettra de mieux comprendre les cas dans lesquels la jurisprudence *admet la recevabilité de cette action*.

123. – Au surplus, l'analyse de l'acception nouvelle de la subsidiarité supposant *l'effacement* de la distinction classique des obstacles de fait et des obstacles de droit, adoptée depuis toujours par la jurisprudence, marque une *révolution* dans la doctrine de la Cour de cassation.

Cette acception nouvelle de la subsidiarité doit être cependant employée *avec circonspection*. Elle est défendable dans la mesure où elle fait prévaloir l'esprit de la loi sur sa lettre, et ceci, dans le but de permettre à des demandeurs en indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause, d'obtenir réparation lorsqu'un *impératif d'équité le commande*.

L'analyse des fondements de la subsidiarité démontre aussi *l'utilité* de la notion en droit privé, ainsi que la *logique certaine* qui la sous-tend.

124. – Après avoir dans le chapitre préliminaire examiné et défini les acceptions de la subsidiarité, étude qui, d'ailleurs, était indispensable à la compréhension de la notion, nous allons, dans ce qui va suivre et successivement dans deux parties, passer à l'étude de la notion en tant que telle et ceci en adoptant un plan qui se base sur la fonctionnalité de cette notion. Le mécanisme qu'assure la subsidiarité permet de remplir deux fonctions. La première fonction est celle qui permet de *préserver la primauté du principal*. La deuxième fonction est celle qui permet d'assurer *la suppléance du principal*.

Nous entreprenons dans une première partie, l'étude de la fonction de la subsidiarité *préservant la primauté du principal*.

Première partie : La primauté du principal préservée par la subsidiarité* .

Titre 1^{er} : La subsidiarité dans le droit substantiel.

Chapitre 1er : L'obligation de la caution simple : illustration d'obligation subsidiaire.

Section 1^{ère} : La mise en œuvre du bénéfice de discussion : illustration d'une gradation des poursuites.

Section 2 : Les effets du bénéfice de discussion : la subsidiarité de l'obligation de la caution.

Section 3 : Les limites de la subsidiarité de l'obligation de la caution.

Section 4 : La coexistence dans le cautionnement des deux notions d'accessoirité et de subsidiarité.

Chapitre 2 : L'obligation aux dettes sociales des associés de sociétés civiles de droit commun et de groupements assimilés : illustration d'obligations subsidiaires susceptibles de degrés.

Sous-chapitre 1^{er} : Les groupements soumis à l'exigence de la préalable et vaine poursuite : illustration d'une subsidiarité forte.

Section 1^{ère} : Les conditions de la responsabilité des associés aux dettes sociales.

Section 2 : Les nécessités relatives à l'exécution de la dette à l'encontre des associés.

Section 3 : Explication du fondement de la subsidiarité de l'obligation des associés : la personnalité morale des sociétés civiles.

Section 4 : L'obligation subsidiaire des associés et le cautionnement.

Sous-chapitre 2 : Les groupements soumis à l'exigence de la mise en demeure préalable : illustration d'une subsidiarité atténuée.

Section 1^{ère} : Les questions soulevées pour tous les types de groupements.

Section 2 : Les questions spécifiques à chaque type de groupement.

* Ceci n'est pas une table des matières exhaustive, mais vise à rappeler le lecteur des matières qui seront traitées dans les pages qui suivent. Cet énoncé s'arrête au demeurant au niveau de la section.

Sous-chapitre 3 : Les correctifs admis en droit positif aux exigences mises en place pour la poursuite des associés pour le passif social : illustration d'une subsidiarité rejetée.

Section 1^{ère} : La dispense accordée aux créanciers de devoir se plier aux exigences édictées par le droit des affaires.

Section 2 : La persistance d'exigences s'imposant aux créanciers par le droit des entreprises en difficulté.

Chapitre 3 : la subsidiarité des voies d'exécution : le cas de la saisie-vente.

Section 1^{ère} : La mise en œuvre de la saisie-vente et l'effet de subsidiarité.

Section 2 : Les applications jurisprudentielles de la subsidiarité de la saisie-vente.

Section 3 : Appréciation critique de la subsidiarité de la saisie-vente.

Conclusion du chapitre.

Conclusion du titre premier.

Titre 2 : La subsidiarité processuelle.

Chapitre 1^{er} : La pratique de la demande subsidiaire dans le procès.

Section 1^{ère} : L'intérêt qui s'attache au recours à la demande subsidiaire dans le procès.

Section 2 : Les violations infligées à la demande subsidiaire dans le procès.

Section 3 : La demande subsidiaire et l'objet du litige.

Section 4 : La demande subsidiaire et le deuxième degré de juridiction.

Section 5 : Les conclusions subsidiaires sur le fond et l'effet dévolutif de l'appel dans le cas de nullité de l'acte introductif d'instance.

Section 6 : La demande subsidiaire et la loyauté de la demande en justice.

Chapitre 2 : La réglementation de la demande subsidiaire par le législateur.

Section 1^{ère} : La prohibition de la subsidiarité de la demande.

Section 2 : L'exigence de la subsidiarité de la demande.

Section 3 : La définition impérative du fondement de la demande subsidiaire.

Chapitre 3 : La nature juridique de la subsidiarité comme défense dans le procès.

Conclusion du titre deuxième.

Conclusion de la première partie.

Première partie : La primauté du principal préservée par la subsidiarité.

125. – Etudier la fonction de la subsidiarité préservant la primauté du principal, concerne, à la différence de la deuxième fonction de la subsidiarité qui ne se rapportera qu'au droit substantiel²³⁷, deux facettes de la notion. La première se rapporte au droit *substantiel*, le droit au fond, et, la deuxième se rapporte au droit *procédural*.

Dans le droit substantiel, la subsidiarité, dans cette première fonction de préservation de la primauté du principal, sera illustrée de manière principale par *l'obligation subsidiaire*.

En droit *procédural*, il s'agira de la subsidiarité dans la procédure civile, c'est-à-dire, de première part, la subsidiarité appliquée à la demande en justice, autrement dit, *la demande subsidiaire* dans le procès, de deuxième part, la réglementation de la demande subsidiaire par le législateur, et de troisième part, la subsidiarité examinée du point de vue procédural, autrement dit, la nature juridique de la subsidiarité opposée dans le procès.

126. – Sera donc étudiée, dans un titre premier, la subsidiarité se rapportant au *fond* du droit, illustrée principalement par l'obligation subsidiaire, et illustrée aussi par *la subsidiarité des voies d'exécution*. Et dans un titre second, sera étudiée la subsidiarité se rapportant au droit procédural ou, à la procédure civile ; il s'agira alors de la *subsidiarité processuelle*.

²³⁷ Sur cette fonction de la subsidiarité, v. *infra* n^{os} 584 et s.

Titre 1^{er} : La subsidiarité dans le droit substantiel.

127. – L’obligation subsidiaire suppose qu’existent, dans ce cas de figure, un débiteur principal et un débiteur subsidiaire. Celui-ci sera tenu de la dette dans le cas où le débiteur principal n’*exécute pas son obligation*.

L’hypothèse qui nous vient le plus spontanément à l’esprit est *l’obligation de la caution*. L’obligation de la caution constitue l’illustration la plus simple et la plus familière de l’obligation subsidiaire. Vient après elle, comme étant moins familière aux esprits mais ne constituant pas pour autant, une moins bonne illustration de l’hypothèse de l’obligation subsidiaire, *l’obligation au passif social* des associés de sociétés civiles ainsi que d’autres groupements assimilés. Puis après avoir envisagé l’obligation subsidiaire dans ces deux chapitres, nous passons dans un troisième chapitre à une autre matière, illustrant aussi de manière très pertinente la fonction de la subsidiarité de *préserver la primauté du principal*. C’est la matière des *voies d’exécution*, dans laquelle la *subsidiarité caractérisant la saisie-vente* illustre parfaitement cette fonction.

128. – Nous commencerons par envisager, dans un premier chapitre, l’obligation de la caution simple, car ceci nous aidera à mieux comprendre l’obligation au passif social des associés de sociétés civiles et de groupements assimilés, qui, à la différence du cautionnement, nécessite l’étude d’une *diversité de questions* qui s’en ramifient. Elle sera étudiée dans un deuxième chapitre. Sera par la suite envisagée la subsidiarité des voies d’exécution illustrée par celle caractérisant *la saisie-vente*.

Chapitre 1^{er} : L'obligation de la caution simple : illustration d'obligation subsidiaire.

129. – Le cautionnement simple nous offre une illustration exemplaire de l'obligation subsidiaire. Cet acte juridique est régi par l'article 2288 C.C., qui se présente ainsi :

« Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ».

En droit libanais, il existe un texte hautement comparable à l'article 2288 C.C., il s'agit de l'article 1053 C.O.C., qui dispose que :

« Le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'oblige envers un créancier à exécuter l'obligation du débiteur, si celui-ci ne l'accomplit pas ».

130. – Les méthodes suivies respectivement par les Codes français et libanais sont différentes, la signification est cependant *la même*. C'est le débiteur qui doit *en premier* être poursuivi en exécution de l'obligation, l'obligation de la caution ne vient qu'*en second rang*.

131. – On peut valablement affirmer que, faute de renfermer un bénéfice de discussion²³⁸, le cautionnement solidaire, ne pourrait aucunement engendrer une obligation subsidiaire, car, par hypothèse, la solidarité *neutralise* la subsidiarité, *toute subsidiarité*. Celle-ci étant fondée sur l'idée de *hiérarchie* ne pourrait aucunement s'accommoder de la solidarité qui n'est pas, en principe, compatible avec la hiérarchisation des obligations.

Pourtant on a soutenu l'opinion *contraire*, en estimant qu'il pourrait exister une hiérarchie entre deux coobligés solidaires²³⁹.

²³⁸ La jurisprudence a en effet eu l'occasion d'affirmer fût-ce de manière implicite, que le cautionnement solidaire ne donne pas à la caution le droit de se prévaloir du bénéfice de discussion, v. : Cass. com., 30 juin 1987 : Bull. civ. 4, n° 162, p. 122 ; D. 1987, somm. 450, obs. L. Aynès. – V. aussi dans le même sens : Cass. com., 28 juin 1983 : Bull. civ. 4, n° 189. – V. aussi pour une affirmation explicite de cette solution : Cass. com., 12 mars 1996 : Banque et Droit, n° 98, 1^{er} nov. 2004, p. 3, note J. Lasserre Capdeville. La Cour énonce que : « *Mais attendu que, par motifs adoptés de ceux des premiers juges, l'arrêt retient que la commune intention des parties était de conclure un cautionnement avec stipulation de solidarité, que celle-ci emporte renonciation au bénéfice de discussion et de division, qu'il en résulte que, le créancier n'étant pas tenu de poursuivre préalablement le débiteur principal (...)* ».

²³⁹ D. FIORINA, *Obligations aux dettes et droit commun des obligations dans les sociétés commerciales*, Thèse Toulouse, 1984, spéc. n° 60, pp.64-65. Cet auteur explique que cette hiérarchie n'est pas incompatible avec l'existence d'une solidarité. La hiérarchie existante tient plus aux modalités de fonctionnement de l'obligation qu'à sa nature juridique.

132. – Nous ne pouvons partager cette opinion, et ceci est d'autant plus vrai qu'elle est *démentie* par la jurisprudence et les textes en vigueur.

La solution selon laquelle la hiérarchie des obligations serait incompatible avec la stipulation de solidarité peut d'ailleurs, être déduite des termes de l'article 2298 C.C. qui sera étudié plus loin. Mais aussi, elle résulte de manière *encore plus claire* des termes de l'article 1073 C.O.C., plus précisément son premier paragraphe. L'article 1073 qui n'a pas son équivalent en droit français, se présente ainsi :

« La caution ne peut demander la discussion du débiteur principal :

1) Lorsqu'elle a renoncé formellement à l'exception de discussion, et notamment lorsqu'elle s'est engagée solidairement avec le débiteur principal ; (...) ».

Selon cet article, que la caution se soit engagée avec stipulation de solidarité suppose qu'elle *a renoncé au bénéfice de discussion*.

133. – Il semble que le bénéfice de discussion ait existé depuis le droit Romain. S'il a été abandonné pendant un certain temps, il fut rétabli sous Justinien en 535²⁴⁰.

Sous l'ancien droit, le bénéfice de discussion ne s'est introduit que tardivement, et en droit commercial, il n'était pas admis²⁴¹.

Lors de la rédaction du Code Napoléon, le bénéfice de discussion fut admis sans difficulté²⁴². Il fut d'ailleurs expliqué et défendu par les rédacteurs du Code civil de la même manière qu'il est compris et appliqué aujourd'hui²⁴³. Il a été également ardemment défendu par un éminent auteur classique²⁴⁴.

134. – Il est intéressant de remarquer que les articles principaux régissant le cautionnement *n'ont pas été modifiés*. Ils ont été repris dans leur version datant de 1804, mais avec une numérotation différente qui, elle, a résulté des différents travaux

²⁴⁰ C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, T. 2, 4^{ème} éd., 1891, Paris, Cotillon, spéc. n° 568. – L. GUILLOUARD, *Traité du cautionnement et des transactions*, Pedone, 1895, spéc. n° 114 et les réf. citées.

²⁴¹ L. GUILLOUARD, *ibid.* n° 114 *in fine*.

²⁴² L. GUILLOUARD, *ibid.* n° 115.

²⁴³ Dans son rapport au Tribunal, le tribun Chabot explique que le créancier ne serait dispensé de toute poursuite contre un débiteur qui représenterait des moyens de solvabilité et qui serait contraint à l'exécution, et que c'est le principal obligé qui n'est pas libéré par le cautionnement doit être poursuivi ; c'est d'abord avec lui que le créancier a traité. La qualification donnée à l'obligé de « principal », nous fait inévitablement penser à la *hiérarchie* du principal et du subsidiaire que crée le bénéfice de discussion (sur ce point, v. *infra* n°s 146 et s.), et à l'existence, respectivement, dans la relation liant débiteur et caution, d'un débiteur *principal* et un débiteur *subsidiaire*. Dans sa défense du bénéfice de discussion, le tribun Chabot avance également qu'il faut discuter le principal débiteur en premier, car il y a ici une présomption en faveur de la caution que celle-ci n'a eu l'intention de s'obliger à payer que dans le cas seulement où le débiteur ne serait pas en état de payer lui-même. V. : P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 15, Zeller (Otto) 1968, spéc. pp. 52 et 53.

de codification qui sont venus insérer dans le Code civil des lois, des décrets et des dispositions éparses²⁴⁵. Ceci est surtout vrai en ce qui concerne les articles qui nous intéressent dans la présente perspective de subsidiarité de l'obligation, obligation de la caution. Il s'agit des anciens articles 2011, et, 2021 à 2023 C.C. Il n'est donc pas nécessaire de reproduire ces textes ici.

Que les principaux articles applicables au cautionnement aient traversé plus de deux siècles *sans subir de modifications*, démontre leur haute qualité de rédaction mais surtout qu'ils ont prouvé leur *efficacité*.

135. – Après cette brève entrée en matière et cet aperçu historique, nous passons au développement des différents points que soulève l'étude de l'obligation subsidiaire typique qu'est l'obligation de la caution. Nous envisagerons successivement dans quatre sections différentes, la mise en œuvre du bénéfice de discussion, les effets du bénéfice de discussion, les limites du caractère subsidiaire de l'obligation de la caution, puis, la coexistence dans le cautionnement des deux notions d'accessoirité et de subsidiarité.

Section 1^{ère} : La mise en œuvre du bénéfice de discussion : illustration d'une gradation des poursuites.

136. – Actuellement, le bénéfice de discussion est régi par l'article 2298 C.C., texte qui se situe sous la première sous-section de la deuxième section qui se rapporte à « l'effet du cautionnement », la première sous-section se rapporte, quant à elle, à « l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution ». Le législateur nous l'indique très clairement ; le bénéfice de discussion constitue *un des effets du cautionnement*. L'article 2298 C.C. se présente ainsi :

« La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur ; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires ».

²⁴⁴ L. GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 116.

²⁴⁵ Ces différents textes ont été transférés actuellement dans le Code civil par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés. Cette ordonnance a transféré la quasi-totalité des anciens textes relatifs au cautionnement, en a modifié quelques uns et en a créé d'autres de natures diverses.

137. – En droit libanais, le bénéfice de discussion est qualifié d'« exception de discussion »²⁴⁶. Il est régi par l'article 1072 C.O.C., en son premier alinéa, qui dispose que :

« La caution a le droit d'exiger au début de l'instance et avant toute défense au fond, que le créancier discute au préalable le débiteur principal dans ses biens (...), en lui indiquant ceux qui sont susceptibles d'exécution (...) ».

A la différence du texte français, le texte libanais possède le mérite de bien préciser l'aspect procédural du bénéfice de discussion et son *côté technique*. Selon cet article 1072, il semble que le bénéfice de discussion ne *constitue pas* une défense au fond. L'exigence que cet article pose à l'égard de la caution de devoir opposer le bénéfice de discussion *dès le début de l'instance*, nous fait inévitablement penser aux « exceptions de procédure ». En effet, selon les articles 73 CPC et 52 NCPC lib., applicables respectivement en droit français et en droit libanais, « constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours ». Au surplus, celles-ci, doivent, à peine *d'irrecevabilité*, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir²⁴⁷.

Le législateur a donc ôté au bénéfice de discussion son caractère de défense au fond, faisant prévaloir la qualification d'exception de procédure, *bien qu'il se rapportât effectivement au fond du droit*.

138. – En droit français, il existe cependant un article qui définit les modalités de mise en œuvre du bénéfice de discussion, il s'agit de l'article 2299 C.C., texte qui, comme son numéro l'indique, suit directement celui qui régit celui-ci. Cet article dispose que :

« Le créancier n'est obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert sur les premières poursuites dirigées contre elle ».

Donc, que la caution puisse opposer au créancier poursuivant le bénéfice de discussion, obéit à certaines règles. Ces règles se rapportent à sa *mise en œuvre*.

139. – Malgré la rareté des décisions qui se rapportent au cautionnement simple, la jurisprudence a quand même eu l'occasion de préciser la manière dont fonctionne le bénéfice de discussion.

²⁴⁶ Il l'est ainsi par l'intitulé du deuxième chapitre du Titre deuxième relatif aux « effets du cautionnement ». Ce Titre deuxième est lui-même situé dans le Livre douzième du Code des obligations et des contrats libanais qui se rapporte au « cautionnement ».

La jurisprudence a effectivement eu l'occasion d'appliquer les règles susmentionnées, affirmant que *la demande à fin de discussion préalable du débiteur principal devait être faite sur les premières poursuites*²⁴⁸.

Il résulte également d'un arrêt du 23 octobre 2008, que la caution *doit requérir l'application du bénéfice de discussion*. La Cour y énonce, après avoir constaté l'existence d'un titre exécutoire contre le débiteur principal, que : « *ayant constaté que les cautions n'avaient pas rempli, sur les premières poursuites engagées à leur encontre, les conditions prévues par l'article 2300 du Code civil, puisqu'elles n'ont proposé aucun bien à la discussion du créancier, ni avancé les deniers suffisants pour faire la discussion, la cour d'appel en a justement déduit que le bénéfice de discussion n'était pas valablement requis par elles, de sorte que le titre exécutoire constatait bien une créance liquide et exigible à leur encontre (...)* »²⁴⁹.

140. – La caution a donc un rôle *actif* à jouer pour qu'elle puisse faire jouer en sa faveur le bénéfice de discussion²⁵⁰. Invoquer celui-ci par la caution, obéit au surplus à des règles techniques précises qu'il est impératif de suivre, comme celle d'indiquer les biens du débiteur qui sont susceptibles d'exécution, et avancer les

²⁴⁷ Ceci résulte clairement des dispositions des 73 CPC et 53 NCPC lib., applicables respectivement en droit français et en droit libanais.

²⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 15 juill. 1999 : Bull. civ. 1, n° 236, p. 152. Remarquons que l'arrêt fait référence à l'ancien article 2022 C.C. Les dispositions de cet article ont été aujourd'hui reprises *textuellement* par l'article 2299 C.C.

²⁴⁹ Cass. 2^{ème} civ., 23 oct. 2008 : Bull. civ. 2, n° 224 ; D. 2008. 2802, obs. I. Gallmeister ; Gaz. Pal. 25 avril 2009, n° 115, p. 28 ; RD bancaire et fin. n° 6, nov. 2008, comm. 170, note A. Cerles ; RLDC 2008, n° 54, p. 30, obs. G. Marraud des Grottes. Puisqu'il y est question de bénéfice de discussion, il s'agit d'un des rares arrêts qui se rapportent à un cautionnement simple. Cet arrêt intéresse à la fois le droit des procédures civiles d'exécution et le droit des sûretés. Mais c'est sur ce dernier point seulement qu'il nous intéresse en ce qu'il précise *les conditions de mise en œuvre* du bénéfice de discussion. En l'espèce, une banque a consenti un prêt à jeune homme, ses parents se sont portés cautions de cet engagement. Un arrêt du 12 décembre 1994, confirmant partiellement un jugement du 1^{er} juillet 1988, a condamné l'emprunteur à payer une certaine somme à la banque au titre du prêt, dit que l'engagement des cautions était un cautionnement simple et ordonné la discussion préalable des biens du débiteur principal, conformément aux articles 2021 C.C. et suivants. L'emprunteur ayant fait l'objet d'une procédure collective, la banque a fait pratiquer à l'encontre des cautions une saisie-attribution et une saisie de valeurs mobilières et leur a fait signifier un commandement aux fins de saisie immobilière, portant sur un immeuble dont ils ont fait donation à un de leurs enfants. Elle les a ensuite assignées, ainsi que le donataire, en révocation de cette donation. Les cautions ont contesté les mesures d'exécution engagées à leur encontre et invoqué le bénéfice de discussion. Ayant constaté que les cautions n'avaient pas rempli, sur les premières poursuites engagées à leur encontre, les conditions prévues par l'article 2300 C.C., puisqu'elles n'ont proposé aucun bien à la discussion du créancier, ni avancé les deniers suffisants pour faire la discussion, la cour d'appel en a justement déduit que le bénéfice de discussion *n'était pas valablement requis par elles*, de sorte que le titre exécutoire constitué par l'arrêt précité du 12 décembre 1994 avait condamné le débiteur principal à payer une certaine somme à la banque et dit que les cautions étaient engagées vis-à-vis de celle-ci par un cautionnement simple, constatait bien une créance liquide et exigible à leur encontre, correspondant au montant de la condamnation prononcée contre le débiteur principal.

²⁵⁰ La solution donnée par l'arrêt précité du 23 octobre 2008, a été réitérée par d'autres décisions, v. par ex. : CA Aix-en-Provence, 10 juill. 2009 : LPA 22 janv. 2010, n° 16, p. 5, note J.-D. Pellier.

deniers suffisants pour faire la discussion²⁵¹. La rigueur des règles encadrant la mise en œuvre du bénéfice de discussion s'explique par le souci d'*éviter la fraude* de la caution et un gain de temps qui lui permettrait d'organiser son insolvabilité²⁵². Il va de soi que le juge *ne pourrait pas* soulever d'office le bénéfice de discussion. Cette prérogative appartient exclusivement à la caution, et elle est *d'intérêt privé*, c'est ce qui explique qu'elle ne pourra pas être soulevée d'office par le juge.

141. – Dans cette même optique, il demeure *indispensable* de préciser que le bénéfice de discussion est considéré comme une exception de procédure par l'article 108 CPC. Cet article dispose que :

« Le juge doit suspendre l'instance lorsque la partie qui le demande jouit soit d'un délai pour faire inventaire et délibérer soit d'un bénéfice de discussion ou de division, soit de quelque autre délai d'attente en vertu de la loi ».

Cet article appelle une observation ; le bénéfice de discussion qui y est visé ne se limite pas à celui qui résulte du cautionnement, mais à *tout bénéfice de discussion résultant de la loi*, qui a pour effet de *suspendre* les poursuites contre la partie qui s'en prévaut dans l'instance²⁵³.

Nous pensons que les raisons qui ont incité le législateur à donner au bénéfice de discussion la qualification d'exception de procédure, s'expliquent par la volonté de rechercher la commodité procédurale et d'assurer une bonne administration de la justice.

142. – Les méthodes adoptées respectivement par les législateurs français et libanais sont cependant *différentes*. En droit français, c'est l'article 108 CPC précité, qui vient *compléter* les dispositions régissant la mise en œuvre du bénéfice de discussion, en l'occurrence les articles 2298 à 2300 C.C. Alors qu'en droit libanais, c'est uniquement par les textes du Code des obligations et des contrats qu'est régi le bénéfice de discussion. Le législateur libanais y a adopté des dispositions *suffisamment* explicites, pour qu'on soit obligé de recourir à des textes généraux, en l'occurrence les articles de portée générale du nouveau Code de procédure civile.

²⁵¹ C'est ce qui résulte des dispositions de l'article 2300 C.C. qui était en cause dans l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 23 octobre 2008 ci-dessus rapporté.

En droit libanais, des dispositions comparables à celles-ci se retrouvent dans le second alinéa de l'article 1072 C.O.C.

²⁵² I. GALLMEISTER, obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 23 oct. 2008 in D. 2008. 2802 et les réf. citées.

²⁵³ V. par ex. : Cass. com., 24 mars 2009 : JurisData n° 2009-047591 ; Procédures n° 6, 1^{er} juin 2009, p. 21, note B. Rolland. Cette espèce se rapporte à l'admission d'une créance déclarée au passif d'une société

143. – Il serait instructif, pour compléter l'étude sur la mise en œuvre du bénéfice de discussion, d'examiner la manière dont s'articulent le droit des entreprises en difficulté et les règles régissant le cautionnement puisque ce contrat concerne de plus en plus le domaine des affaires et du crédit.

L'articulation de ces deux matières pourrait se poser lorsqu'un débiteur fait l'objet d'une procédure collective et que sa caution est recherchée pour exécution du contrat de cautionnement. C'est ainsi qu'il a été décidé que, « *si la forclusion n'est pas opposable au créancier titulaire d'un contrat de crédit-bail publié dès lors qu'il n'a pas été averti personnellement d'avoir à déclarer sa créance, celui-ci reste néanmoins tenu de le faire pour agir contre la caution* »²⁵⁴.

On voit que l'obligation de déclarer sa créance réapparaît et s'impose de nouveau au créancier dont le débiteur bénéficie d'un cautionnement, pour qu'il puisse agir contre la caution. Le droit des procédures collectives *imprime ses particularités* au droit des sûretés, et ce n'est pas l'inverse qui se produit.

144. – Pour mieux comprendre la solution donnée par l'arrêt, il faut souligner que sous l'empire de la loi – nouvelle – du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, et à la différence de ce qu'édictait l'ancienne loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, les créances antérieures non déclarées dans les délais *ne sont désormais plus frappées d'extinction* ; la sanction d'extinction de la créance est remplacée par l'exclusion du créancier des répartitions et dividendes de la procédure collective²⁵⁵. La solution posée par l'arrêt aurait pour conséquence que, même sous l'empire de la loi nouvelle et en dépit de l'évolution de la sanction du défaut de déclaration, un créancier ne pourrait pas poursuivre la caution sans avoir préalablement déclaré sa créance²⁵⁶.

mise en liquidation judiciaire, la société débitrice jouissant en l'occurrence d'un bénéfice de discussion des créances soumises à vérification.

²⁵⁴ Cass. com., 30 janv. 2007 : Bull. civ. 4, n° 15, p. 16 ; D. 2007. 508, obs. A. Lienhard ; Gaz.Pal. 14 avr. 2007, n° 104, p. 54, note P.-M. L. ; RD bancaire et fin. n° 3, mai 2007, 102, note D. Legeais ; RTD civ. 2007. 597, obs. P. Crocq ; RTD com. 2007. 449, obs. A. Martin-Serf. Un commentateur de l'arrêt a supposé qu'il s'agissait en l'espèce d'un cautionnement solidaire, l'hypothèse d'un cautionnement simple étant, selon lui, peu probable en pratique, v. : P. CROCQ, obs. sous l'arrêt rapporté in RTD civ. 2007. 597. Nous ne pensons cependant qu'il s'agissait dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 30 janvier 2007, d'un cautionnement solidaire, mais tout simplement, d'un cautionnement *simple*. La Cour de cassation n'a fait aucune mention de la solidarité du cautionnement mais, on peut juste qu'une personne s'était rendue caution d'une société qui avait en l'occurrence, conclu un contrat de crédit-bail. Et c'est la société crédit-bailleresse qui avait poursuivi ladite caution, mais sans avoir pris soin de déclarer sa créance à la procédure collective de la société débitrice.

²⁵⁵ Sur cette importante modification introduite par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, et le nouvel article L. 622-26 C. com., v. *infra* note 2111.

²⁵⁶ P. CROCQ, obs. précit. sous l'arrêt rapporté in RTD civ. 2007. 597.

145. – Autrement dit, la protection accordée au créancier par la loi de sauvegarde des entreprises et empêchant que sa créance non déclarée ne soit éteinte, *ne crée pas pour autant une dispense en sa faveur* de devoir déclarer sa créance pour pouvoir agir contre la caution. Mais aussi, il dispose de tout le temps où dure la procédure de liquidation judiciaire pour poursuivre la caution, tant qu'il n'a pas été averti d'effectuer sa déclaration²⁵⁷. Sa situation n'est donc pas mauvaise, même s'il est toujours obligé de se plier aux prescriptions du droit des entreprises en difficulté pour pouvoir agir contre la caution.

Après avoir examiné la mise en œuvre du bénéfice de discussion, il convient dans ce qui suit, d'étudier les conséquences qui s'attachent à sa mise en œuvre, à savoir les *effets* du bénéfice de discussion.

Section 2 : Les effets du bénéfice de discussion : la subsidiarité de l'obligation de la caution.

146. – C'est le bénéfice de discussion qui rend réellement et effectivement le cautionnement subsidiaire²⁵⁸. C'est ici que réside précisément la différence entre cautionnement simple et cautionnement solidaire et qui fait que le premier est subsidiaire alors que le second *ne l'est pas*²⁵⁹.

Que la caution se prévale du bénéfice de discussion a pour effet de rendre son obligation *véritablement subsidiaire*, car c'est le débiteur qui sera poursuivi *en premier*²⁶⁰.

²⁵⁷ A. LIENHARD, obs. précit. pour Cass. com., 30 janv. 2007 in D. 2007. 508.

Cette solution peut trouver appui dans les dispositions du nouvel article L. 622-24 C. com. Ce texte dispose en son premier alinéa que :

« A partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat. Les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié sont avertis personnellement ou, s'il y a lieu, à domicile élu. Le délai de déclaration court à l'égard de ceux-ci à compter de la notification de cet avertissement ».

²⁵⁸ V. cependant qui estime que la subsidiarité du cautionnement de s'exprime pas seulement à travers le bénéfice de discussion : Ph. BRIAND, thèse précit., n° 212.

²⁵⁹ Ph. BRIAND, *ibid.*, n° 212 et les réf. citées.

²⁶⁰ Cass. soc., 29 mars 1960 (sol. implicite) : Bull. civ. 5, n° 341, p. 264. Il résulte de cet arrêt qu'un propriétaire se trouve fondé, à réclamer par une même procédure, le paiement des loyers dus à lui aux anciens locataires par leur coéchangiste pour l'occupation postérieure à l'échange, régulièrement intervenu, dès lors, que la poursuite en résiliation du bail pour défaut de paiement des loyers engagée, après commandement, directement contre le coéchangiste, débiteur principal, ayant révélé *la carence à s'acquitter de celui-ci*. Ce sont alors les anciens locataires, qui seront de ce fait tenus, en leur qualité de *cautions*, de satisfaire aux obligations de leur coéchangiste défaillant, car *ils ne se sont pas prévalus du bénéfice de discussion*.

Une fois mis en œuvre, le bénéfice de discussion a pour effet de rendre l'obligation de la caution véritablement subsidiaire. L'effet du bénéfice de discussion est celui de *suspendre* les poursuites contre la caution. C'est en ceci que l'obligation de celle-ci se révèle *véritablement subsidiaire*.

147. – En droit libanais, ceci peut être déduit des dispositions du deuxième l'alinéa de l'article 1072 C.O.C. précité, article qui régit la mise en œuvre du bénéfice de discussion. Alors que son premier alinéa pose les règles de sa mise en œuvre²⁶¹, son deuxième alinéa en précise les effets, il se présente ainsi :

« Dans ce cas, il est sursis aux poursuites contre la caution, jusqu'à la discussion des biens du débiteur principal, sans préjudice des mesures conservatoires que le créancier peut être autorisé à prendre contre la caution (...) ».

C'est la caution qui, une fois poursuivie par le créancier, lui demande de discuter en premier les biens du débiteur, *confère au cautionnement son caractère subsidiaire*.

148. – Il est intéressant de remarquer que le bénéfice de discussion qualifié d'exception procédurale²⁶², a pour effet de rendre l'obligation de la caution *bel et bien subsidiaire*. Surprenant effet que celui-ci de donner à une obligation, grâce à *une exception de procédure*, un effet et une caractéristique qui se rapportent au *droit substantiel*.

Il faut reconnaître que la subsidiarité de l'obligation de la caution ne se limite pas à son aspect procédural, mais se rapporte au fond du droit.

149. – La jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion bien que ce fût dans de rares décisions, d'affirmer le caractère subsidiaire du cautionnement.

Cette affirmation s'est principalement faite de manière implicite. Il en est ainsi, lorsque la Cour de cassation énonce que « *l'engagement (litigieux) est un engagement de caution, exprimé de manière claire et précise, et que, sauf à le dénaturer et à lui faire perdre sa "subsidiarité", il ne saurait être regardé comme un engagement principal de codébiteur solidaire* »²⁶³. Dans cet attendu si concis, la Cour

²⁶¹ Les dispositions du premier alinéa de l'article 1072 en question ont été déjà reproduites, v. *supra* n° 137.

²⁶² Le bénéfice de discussion a également été parfois qualifié d'« exception dilatoire », v. : G. MARRAUD des GROTTES, obs. pour Cass. 2^{ème} civ., 23 oct. 2008 in RLDC 2008, n° 54, p. 30. Cette qualification peut être également employée, elle a le mérite de mettre en valeur *l'aspect procédural accentué* du bénéfice de discussion.

²⁶³ Cass. 1^{ère} civ., 12 fév. 1991, n° de pourvoi : 89-10.662. – V. aussi pour une affirmation implicite du caractère subsidiaire du cautionnement : CA Montpellier, 12 sept. 2006, n° de RG : 05/00598. En l'espèce, une banque avait consenti le 1^{er} août 1986 un prêt à une société à responsabilité limitée du montant de 132.667,23 F. Un arrêt de la cour d'appel de Montpellier en date du 26 février 2002 a condamné un

n'a pas seulement affirmé le caractère subsidiaire du cautionnement, mais elle est allée au-delà puisqu'elle a nettement souligné la *différence* existant entre celui-ci et l'engagement de codébiteur solidaire²⁶⁴. C'est précisément, la subsidiarité caractérisant le cautionnement, qui marque *sa différence de l'engagement de codébiteur solidaire*.

150. – Il arrive aussi que les juges du fond se trouvent obligés de se livrer à un travail de qualification pour constater la *subsidiarité d'un cautionnement*²⁶⁵, entendre, un cautionnement *simple*, et partant, *l'absence de stipulation de solidarité* dans celui-ci. Ceci conforte notre opinion plus haut exprimée, de *l'incompatibilité* de la stipulation de solidarité avec le caractère subsidiaire du cautionnement.

particulier en sa qualité de caution de ce prêt pour la somme de 58.876,22 F. en principal, intérêts et frais. La banque a inscrit une hypothèque judiciaire définitive sur les droits possédés par la caution sur un immeuble acquis le 16 novembre 1992 par le débiteur et son épouse. La banque a assigné les époux propriétaires de l'immeuble devant le tribunal compétent sur le fondement des articles 815 et 1166 C.C., pour entendre ordonner la fin de l'indivision conventionnelle et la vente aux enchères publiques de l'immeuble. Le tribunal saisi a alors, par jugement du 15 novembre 2004, ordonné le partage de l'indivision existant entre les époux sur l'immeuble acquis le 16 novembre 1992 et commis le président de la chambre des notaires pour procéder aux opérations de compte liquidation partage de cette indivision. Et, pour parvenir à ces opérations, le tribunal a ordonné la vente aux enchères publiques de l'immeuble. Les époux propriétaires ont interjeté appel de ce jugement. Les appelants demandaient à la cour de réformer le jugement déféré ; ils soutenaient que les conditions d'exercice de l'action oblique ne sont pas réunies et que, notamment, la banque qui bénéficiait de deux autres cautions solidaires qu'elle n'a pas actionnées, n'établit pas que sa créance soit en péril. Ils soutenaient aussi que la poursuite qui tend à la licitation du domicile familial est disproportionnée à l'action. La cour de Montpellier rappelle que l'exercice de l'action oblique prévue par l'article 1166 C.C. qui permet aux créanciers d'exercer tous les droits et actions de son débiteur présuppose outre l'existence d'une créance liquide, certaine et exigible, que le créancier *rapporte la preuve que ses droits sont compromis par la négligence de son débiteur*. Elle constate que le prêt consenti le 1^{er} août 1986 à la société à responsabilité limitée par la banque, bénéficie non seulement de la caution de l'appelant mais aussi de celle de deux autres cautions personnes physiques. La cour de Montpellier énonce alors que : « *à défaut de stipulations contraires dans les actes de cautionnement, aucune des cautions ne bénéficie du principe de subsidiarité ; elles peuvent être actionnées sur simple demande du créancier* ». Par cet attendu, la cour semble établir une *comparaison* entre les rapports existant entre le bénéfice de discussion qui caractérise l'engagement de caution simple et le principe de subsidiarité. Cette manière de voir rejoint l'opinion défendue par bon nombre d'auteurs, selon laquelle la subsidiarité caractérisant l'obligation aux dettes sociales des associés serait comparable au bénéfice de discussion. Sur ces auteurs, v. *infra* n^{os} 294 et s.

Puis, la cour relève que les deux cautions n'ont pas été actionnées alors que leurs engagements garantissent le paiement intégral de la créance de la banque. Elle constate alors que le fait que l'appelant n'ait pas honoré son engagement de caution ou n'ait pas poursuivi la liquidation de l'indivision conventionnelle existant entre lui et son épouse, *ne suffit pas à démontrer que la créance de la banque soit en péril*.

La cour donne donc la solution au problème de droit et énonce : « *qu'il est à cet égard indifférent que les cautions soient ou non solidaires, qu'elles aient ou non renoncé au bénéfice de discussion ou de division, dès lors que le droit d'exercer l'action oblique et les règles gouvernant cette action ne se confondent pas avec le droit d'exercer l'action en paiement contre la caution et les règles gouvernant celle-ci* ».

La solution ne nous intéresse pas en tant que telle, puisque la nature du cautionnement – qu'il soit solidaire ou non – n'influe en rien le sort réservé à l'action oblique. Nous avons cependant analysé l'arrêt et reproduit la solution car la cour a, dans l'attendu plus haut reproduit, mis en relief les *rapports* pouvant exister entre le bénéfice de discussion se rattachant au cautionnement simple et la *subsidiarité qui caractérise cet engagement*.

La cour infirma le jugement du 15 novembre 2004, et statuant à nouveau, débouta la banque de ses demandes.

²⁶⁴ Sur la comparaison entre l'obligation des associés au passif social et celui de codébiteur solidaire, v. *infra* n^o 394.

²⁶⁵ CA Paris, 18 déc. 2001, n^o de RG : 2000/01240.

151. – La rareté des décisions affirmant le caractère subsidiaire du cautionnement s'explique par le fait que dans la réalité, la conclusion de contrats de cautionnements simples est devenue chose *rare*, voire très rare²⁶⁶. Ceci devait donc nous amener à apprécier l'importance qui s'attache à l'affirmation faite par la jurisprudence de la subsidiarité du cautionnement.

152. – La doctrine a, à son tour, reconnu le caractère subsidiaire de l'obligation de la caution. Elle a même reconnu ce caractère subsidiaire *bien avant* que la jurisprudence n'ait eu l'occasion de l'affirmer.

C'est en effet, depuis plus d'un siècle, qu'un auteur classique a relevé l'existence de la subsidiarité dans le cautionnement, affirmant *littéralement* qu'il faut admettre que le créancier a l'intention de poursuivre « subsidiairement la caution »²⁶⁷.

Actuellement, plus d'un auteur et spécialement une doctrine autorisée, admettent que le cautionnement simple *renferme la notion de subsidiarité*, ou plus simplement, que l'obligation de la caution est *subsidiaire*²⁶⁸, ou alors, que le législateur *a consacré le caractère subsidiaire du cautionnement*²⁶⁹.

D'autres auteurs ont, au contraire, eu une vision *réductrice* de la subsidiarité dans le cautionnement ; ils ont admis le caractère subsidiaire du cautionnement, mais

²⁶⁶ V. qui relève cette réalité : Ph. BRIAND, thèse précit., n° 45.

Le cautionnement simple devrait cependant connaître un *regain d'intérêt* avec la jurisprudence – nouvelle – de la Cour de cassation relative à l'application de l'article L. 341-3 C. consom., qui décide que l'inobservation dans un cautionnement de la mention manuscrite, exigée par ledit article L. 341-3, *entraîne la conversion de celui-ci en cautionnement simple*. V. : Cass. com., 8 mars 2011 : Bull. civ. 4, n° 31 ; Bull. Joly soc., 1^{er} juin 2011 n° 6, p. 470, note D. Houtcieff. – Cass. 1^{er} civ., 5 avr. 2012 : Bull. civ. 1, n° 84. – Cass. com., 10 mai 2012 : Bull. civ. 4, n° 92. – Cass. com., 16 oct. 2012 : Bull. civ. 4, n° 184. – Et, plus récemment, un arrêt de grande clarté, dont l'attendu est de *portée générale*, qui pourtant n'a pas été publié au Bulletin : Cass. com., 1^{er} oct. 2013 : Gaz. Pal. 5 déc. 2013, n° 339, p. 13, n° 156a0, note M.-P. Dumont-Lefrand. La Cour énonce : « *attendu que l'absence de la mention manuscrite imposée à l'article L. 341-3 du code civil n'entraîne pas la nullité du cautionnement, mais seulement celle de la stipulation de solidarité* ».

L'article L. 341-3 C. consom. qui fut modifié par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, se présente ainsi :

« Lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique qui se porte caution doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante : "En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X..." ».

Il est significatif de voir que le texte édicte la *nullité*, comme sanction à l'absence de la mention manuscrite définie plus haut. Ceci n'a cependant pas empêché la Cour de cassation de statuer *contre la lettre du texte* et de maintenir les contrats de cautionnement conclus pour le compte d'un créancier professionnel et de décider que dans le cas d'absence de la mention manuscrite définie dans le texte, le cautionnement *reste toujours valable comme cautionnement simple*.

²⁶⁷ L. GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 116 *in fine*.

²⁶⁸ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. 11, *Contrats civils*, 2^{ème} partie, par A. ROUAST et R. SAVATIER, LGDJ-Pichon, 1954, n° 1535. – Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} éd. 2012, n° 184. – V. aussi : P. CROCQ, obs. précit. sous Cass. com., 30 janv. 2007 in RTD civ. 2007. 597. – D. GIBIRILA, note sous Cass. com., 24 janv. 2006 in Pet. Aff. 28 avril 2006, n° 85, p. 14. – A. LIENHARD, obs. précit. pour Cass. com., 30 janv. 2007 in D. 2007. 508. – F.-X. LUCAS, note sous CA Paris, 9 sept. 2003 in Bull. Joly soc. 2004, 1^{er} fév. 2004, n° 2, p. 395, § 71.

en se référant au bénéfice de discussion qualifié d'« exception de procédure ». D'éminents auteurs ont ainsi estimé que l'existence de « l'exception de procédure » qu'est le bénéfice de discussion, *fait en sorte que le cautionnement soit un contrat subsidiaire*²⁷⁰.

153. – Nous pensons que la subsidiarité est de l'essence de l'obligation de la caution (simple), et ne pourrait simplement se réduire à une exception dilatoire. C'est le fait pour le législateur d'avoir réglementé la mise en œuvre procédurale du bénéfice de discussion, qui nous donne cette fausse impression. La subsidiarité de l'obligation de la caution se rattache véritablement au *fond du droit*.

Mais, bien qu'elle soit de l'essence de l'obligation de la caution simple, la subsidiarité caractérisant celle-ci a cependant *ses limites*.

Section 3 : Les limites de la subsidiarité de l'obligation de la caution.

154. – Le caractère subsidiaire de l'obligation de la caution n'est pas de portée *infinie*. Il a bien ses limites. Ces limites se fondent sur une justification logique et défendable ; c'est celle qui permet de constater la grande *improbabilité* du débiteur de pouvoir exécuter ses obligations.

C'est ainsi qu'il est acquis que la caution simple ne pourrait plus se prévaloir du bénéfice de discussion, et *le caractère subsidiaire de son cautionnement cesse par là même*, lorsque le débiteur devient en état de redressement ou de liquidation judiciaire, ou, même en *état d'insolvabilité*.

155. – En droit français, cette solution a été affirmée par la jurisprudence, alors qu'en droit libanais elle est consacrée par un texte. Elle résulte en effet, en droit libanais, des termes clairs du deuxième paragraphe de l'article 1073 C.O.C. Ce texte se présente ainsi :

« La caution ne peut demander la discussion du débiteur principal:

(...)

2) Lorsque le débiteur principal est en état de déconfiture notoire et d'insolvabilité déclarée ».

Il convient de s'arrêter un peu sur les deux conditions posées par cet alinéa. Si elles se trouvent vérifiées, la caution *perd* le droit de se prévaloir du bénéfice de

²⁶⁹ Ph. BRIAND, thèse précit., spéc. n^{os} 210 à 218.

²⁷⁰ M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 7^{ème} éd., 2004, Litec, spéc. n^o 71.

discussion. Mais là n'est pas la question. C'est celle de savoir si les conditions de la déconfiture notoire et d'insolvabilité déclarée *se valent au regard de la loi*. Et si c'est le cas, déterminer quelle est *la différence qui les sépare*.

156. – Nous pensons que les deux conditions s'ont d'*égale valeur au regard de la loi*, en ce sens qu'il suffit que *l'une d'elles se vérifie* pour que la caution perde le droit au bénéfice de discussion. C'est tout simplement la rédaction du texte qui nous l'indique, par l'emploi de la conjonction « et ». Une différence sépare cependant ces deux conditions et elle réside dans le *caractère judiciaire* de la seconde que la première ne possède pas. Autrement dit, la déconfiture est un état qui précède d'habitude la faillite, elle est n'est pas déclarée judiciairement. Mais pour pallier cette absence de déclaration judiciaire, le législateur, a exigé le « caractère notoire » de la déconfiture. La notoriété étant le caractère de celui *qui est connu de tous* ; elle *remplace la déclaration judiciaire de l'état d'insolvabilité du débiteur*. C'est ainsi que malgré la *différence apparente* qui les sépare, les deux conditions sont équivalentes quant à *leur effet*, et quant à *leur teneur*.

157. – En droit français, cette – même – solution consistant à refuser à la caution simple le droit de se prévaloir du bénéfice de discussion, lorsque le débiteur devient en état de redressement ou de liquidation judiciaire, ou, même en *état d'insolvabilité*, a été, notamment, affirmée sous l'empire de l'ancienne loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur la faillite, le règlement judiciaire et la liquidation des entreprises²⁷¹.

²⁷¹ V. par ex. : Cass. com., 3 mai 1960 : Bull. civ. 4, n° 160. En l'espèce, l'ancien concessionnaire d'une société qui avait été autorisé à transférer le bénéfice du contrat de concession à une autre société, s'est porté personnellement garant de la bonne exécution des clauses du contrat de transfert de concession et a donné sa caution personnelle pour garantir le paiement de toutes les livraisons de cette société. Celle-ci a été déclarée en état de faillite et il fut condamné en sa qualité de caution au paiement de la dette. Il reprochait à l'arrêt d'appel d'avoir refusé de faire jouer en sa faveur le bénéfice de discussion, prétendant que l'état de faillite de la débitrice principale n'était pas à celui-ci. Et pour se décharger de son obligation, il fit valoir qu'il était dans l'ignorance de l'état financier compromis de la société débitrice. Cet argument fut évidemment rejeté par la Cour de cassation, adoptant les motifs des juges du fond qui ont relevé qu'il s'était, « *effectivement et activement occupé de l'exploitation de la société (...) à laquelle il était particulièrement intéressé, qu'il a donc été parfaitement au courant des difficultés de cette société et du fait qu'elle ne payait pas la SCSO (sa créancière) et qu'il pouvait prendre toutes mesures utiles à la sauvegarde de ses intérêts* ». L'intérêt principal de l'arrêt réside dans la constatation de *l'inefficacité de la discussion des biens de la société déclarée en faillite*, car, selon l'ancien droit de la faillite, la libération résultant du concordat au profit du failli ne s'étend pas à la caution qui reste obligée envers le créancier pour la totalité de son engagement. – Cass. com., 17 mars 1969 : Bull. civ. 4, n° 96. En l'espèce, une dame s'est portée caution des engagements concordataires pris par son époux. Le concordat a été résolu, il fut alors procédé à la vente d'un immeuble sur lequel la caution avait fait régulièrement inscrire son hypothèque légale, hypothèque qui primait celle prise par le syndic au profit de la masse des créanciers. L'arrêt d'appel avait condamné la caution à payer au syndic la somme de 24.631 francs, montant de la collocation prononcée à son profit dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix. La caution reprochait à la cour d'appel de lui avoir refusé le bénéfice de discussion alors qu'elle avait désigné des biens du débiteur principal susceptibles de désintéresser, ne serait-ce que partiellement, les créanciers. Elle faisait valoir que l'arrêt n'aurait pas pu lui refuser le bénéfice de la discussion avant même de connaître les

Cette solution a été également réaffirmée sous l'empire de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises²⁷².

résultats de la liquidation des biens du failli, et sans avoir déterminé le montant impayé de la dette cautionnée. La Cour de cassation relève que la cour d'appel avait déclaré qu'à s'en tenir au chiffre de l'actif du failli avancé par la caution elle-même, il apparaît que cet actif *couvre environ un cinquième du passif*. Les juges du fond avaient aussi constaté que la somme réclamée à la caution et qui s'élevait au montant de 24.631 francs, ne représentait *que moins que la moitié de la dette garantie*. Les créanciers ne demandaient en l'occurrence à la caution, qu'une partie de sa dette. Cette partie est inférieure à celle qui restera leur devoir après la clôture des opérations de la faillite du débiteur principal. La prétention de la caution fut, bien entendu, rejetée et la Chambre commerciale rejeta le pourvoi. Cet arrêt possède par ailleurs la particularité d'avoir relevé que l'insolvabilité du débiteur principal était *notoire*, idée très importante qui va *bien au-delà* du fait qu'un débiteur soit déclaré failli. Soulignons également que le fait pour l'arrêt d'avoir relevé que l'actif du débiteur ne couvre qu'environ un cinquième de son passif, équivaut à la constatation pure et simple de l'état de *cessation des paiements de celui-ci*. Sur la question de l'état de cessation des paiements, v. *infra* n° 216.

V. aussi : Cass. 3^{ème} civ., 4 avr. 1973 : Bull. civ. 3, n° 258, p. 187. La réaffirmation de cette même solution résulte seulement de manière *implicite* de cet arrêt. Les faits en sont quelque peu inhabituels. En l'espèce, un particulier s'était porté caution, le 28 août 1964, de deux sociétés. Par la suite, ces deux sociétés, débitrices principales, étaient tombées en état de faillite. Ayant su que les débitrices principales avaient été déclarées en état de faillite et qu'il allait par conséquent, être exposé au recours de leur créancière, il a consenti le 28 mai 1965, et en fraude des droits de celle-ci, un bail emphytéotique portant sur un terrain lui appartenant. Ce contrat aggravait son insolvabilité, état qui était connu de sa cocontractante dans ce contrat de bail, et qui était ainsi complice de la fraude. La cour d'appel saisie par la société créancière desdites sociétés, a déclaré nul, par application de l'article 1167 C.C., le bail emphytéotique consenti par la caution. La cour d'appel a retenu que la créance née du contrat de cautionnement était antérieure au bail passé en fraude des droits de la créancière. Le demandeur en cassation reprochait à la cour d'appel d'avoir déclaré nul le bail emphytéotique. Le pourvoi faisait valoir, que, d'une part, la caution non solidaire n'est tenue qu'à défaut du débiteur et ne peut être poursuivie que lorsque le débiteur cautionné n'a pas satisfait à son obligation, il invoquait donc le caractère subsidiaire de l'obligation de la caution. Et, d'autre part, que le bail emphytéotique du 28 mai 1965 était antérieur à l'engagement de la caution qui fut mise en demeure de payer le 3 juillet 1965.

Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation énonce un attendu très développé, que : « *Mais attendu, d'abord, qu'en matière d'action paulienne, la discussion des biens du débiteur principal n'est pas exigée lorsque l'insolvabilité de ce dernier est notoire ;*

Que l'arrêt constate que les deux sociétés, débitrices principales, étaient en état de faillite ».

Après avoir posé le principe applicable à l'espèce, l'arrêt poursuit et énonce que :

« (...) *Deutsch* (la caution), sachant que les *débitrices principales* avaient été déclarées en état de faillite et qu'il allait être exposé au recours de la société *Cuercq* (la créancière), a consenti à *dame x*, le 28 mai 1965, sur un terrain lui appartenant, un bail emphytéotique "économiquement préjudiciable", qui aggravait son insolvabilité, connue de *dame x*, complice de la fraude, qu'ayant, à bon droit, estimé que la caution était devenue débitrice de son engagement, antérieur à la signature du bail reconnu frauduleux, la cour d'appel a légalement justifié sa décision, sans encourir les griefs formulés par le pourvoi ».

Comme nous pouvons le lire, c'est au début de cet attendu que la Cour de cassation réaffirme de manière *implicite*, la solution permettant de poursuivre la caution directement dans le cas de faillite du débiteur principal. Dans cet arrêt, les règles régissant l'action paulienne qui sanctionne la fraude, se combinent avec les règles régissant le cautionnement, et elles convergent très harmonieusement à l'application de la même solution, savoir *l'inutilité de discuter le débiteur principal dans ses biens*, et la possibilité ainsi ouverte au créancier de poursuivre la caution directement en exécution du contrat de cautionnement.

²⁷² Cass. com., 27 avr. 1993, n° de pourvoi : 91-12.731. Cet arrêt est malheureusement peu clair et il manque de motivation. C'est probablement la raison pour laquelle il n'a pas été publié au Bulletin. Nous en relatons quand même les faits et essayeront de le clarifier, car les décisions rendues dans cette matière sont *très rares*. En l'espèce, une société qui a été cautionnée par deux couples mariés fut mise en redressement judiciaire, prononcé le 22 mars 1989. La créancière de cette société à raison d'ouvertures de crédit cautionnées par lesdits couples, a engagé à l'encontre des cautions des poursuites de saisie immobilière. Le plan de redressement de la société a été arrêté par un jugement du 10 octobre 1989. Une des cautions a été à son tour, mise, le 2 janvier 1990, en redressement judiciaire. Le tribunal a, par jugement du 11 janvier 1990, ordonné la suspension des poursuites relatives à un bien commun appartenant à l'un des couples se constituant cautions. Alors que les poursuites relatives à d'autres propriétés qui appartenaient à l'époque de l'inscription hypothécaire en toute propriété à l'un des cautions, en l'occurrence, l'époux dans l'autre couple, ont été annulées faute pour le créancier d'avoir fait sommation à celui-ci en sa qualité de tiers détenteur, de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage,

Cette *même* solution consistant à refuser le bénéfice de discussion à la caution lorsque le débiteur principal est en état de redressement judiciaire ou d'insolvabilité, a été également appliquée sous l'empire du, nouveau, droit des entreprises en difficulté instauré par la loi précitée du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises²⁷³.

158. – Malgré la rareté des décisions affirmant le refus à la caution de se prévaloir du bénéfice de discussion lorsque le débiteur principal est en état d'insolvabilité, s'expliquant par le fait que, dans la pratique, la conclusion de contrats de cautionnements simples est devenue *rare* ; il est possible de dire que cette solution est de *jurisprudence constante*, car elle n'a pas été délaissée pendant plusieurs

conformément à l'(ancien) article 2169 C.C. La créancière de la société a interjeté appel de ce jugement. En plus du cautionnement, l'espèce se complique par l'existence d'un tiers détenteur d'un bien hypothéqué. C'est alors que le 9 octobre 1990, l'une des cautions qui avait la qualité de tiers détenteur a été mise en liquidation judiciaire. La cour d'appel a infirmé le jugement entrepris et renvoyé l'affaire devant le premier juge afin que la procédure de vente sur saisie immobilière soit poursuivie. Les cautions constituées par l'un des couples où l'époux était tiers détenteur du bien hypothéqué se sont pourvus en cassation contre cette décision. Ils reprochaient à l'arrêt attaqué d'avoir annulé les poursuites pour défaut de sommation au tiers détenteur et caution, et d'avoir renvoyé devant le premier juge pour continuation de la procédure de saisie immobilière. Seule la seconde branche du second moyen nous intéresse. Ce moyen faisait valoir que la caution, comme le tiers détenteur, dispose du bénéfice de discussion et que la saisie immobilière est nulle si elle n'a pas été précédée de la sommation de payer ou de délaisser adressée au tiers détenteur ; que, par suite, la caution, tiers détenteur, doit se voir offrir l'option susvisée et ne peut être privée du bénéfice de discussion. Et qu'en se décidant ainsi, la cour d'appel a violé les (anciens) articles 2021, 2022, 2023, 2169 et 2170 du Code civil. Rappelons que les anciens articles 2021 à 2023 se rapportent au bénéfice de discussion, leurs dispositions ont été déjà reproduites (v. *supra* n^{os} 134, 136 et 138). Alors que les dispositions de l'ancien article 2169 C.C. ont été actuellement reprises, avec quelques modifications cependant, dans les articles 2462 et 2463 C.C. Ces articles ont été modifiés par la loi n^o 2007-212 du 20 février 2007. Dans sa version applicable à l'arrêt rapporté, l'article 2169 en question se présentait ainsi :

« Faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à l'un de ces obligations, chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué, trente jours après commandement fait au débiteur originaire et sommation faite au tiers détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage ».

Quant aux dispositions de l'ancien article 2170 C.C., elles ont été transférées *textuellement* à l'article 2465 C.C., qui se présente ainsi :

« Néanmoins, le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette, peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des principaux obligés, et en requérir la discussion préalable selon la forme réglée au titre Du cautionnement ; pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué ».

Cette argumentation ne convainquit cependant pas la Cour de cassation. Et pour rejeter le pourvoi, elle énonce que : « Mais attendu qu'ayant retenu que M. Michel X s'était personnellement engagé à titre de caution de la société, la cour d'appel en a justement déduit que la faculté de discussion préalable, prévue à l'article 2170 du Code civil, était sans application ».

²⁷³ CA Riom, 20 fév. 2008, n^o de RG : 06/02864. Après avoir procédé à la qualification du contrat de cautionnement litigieux, la cour d'appel de Riom constate qu'il s'agit d'un cautionnement simple. Elle énonce à cet égard que : « Attendu par contre, qu'il n'apparaît pas établi de manière certaine et non équivoque qu'il se soit engagé (...) de manière solidaire, la page 5 mentionnant au contraire une caution simple non solidaire sans renonciation aux bénéfices de la discussion et de la division ». Et pour refuser à la caution le droit de se prévaloir du bénéfice de discussion, la cour énonce que la caution : « qui n'a pas indiqué les biens du débiteur principal, tel que prévu par l'article 2300 du Code civil, ne peut invoquer utilement le bénéfice de discussion en raison de l'insolvabilité notoire de la débitrice placée en liquidation judiciaire depuis 1998, étant précisé que la BNP a régulièrement déclaré sa créance à la procédure collective, laquelle a été admise par ordonnance du juge commissaire du 29 mars 2000 (...) ».

décennies, mais aussi et surtout, parce qu'elle a été réaffirmée sous l'empire de plusieurs législations s'étant succédées et qui étaient animées par des concepts *fondamentalement différents*.

159. – Cette solution nous permet de faire le rapprochement avec celle que la jurisprudence a posée en ce qui concerne les associés de groupements qui font l'objet d'une procédure collective. Les associés qui, *en principe*, peuvent exiger que le groupement soit au préalable poursuivi ou mis en demeure, selon le type de groupement qui est mis en cause, ne peuvent plus exiger ceci, ils perdent ce bénéfice dès lors que le groupement fait l'objet d'une procédure collective²⁷⁴.

160. – La comparaison avec le statut des associés s'arrête cependant là²⁷⁵. Alors que le cautionnement constitue une *sûreté*, et, bien entendu, une situation *purement* contractuelle, l'obligation des associés au passif social des sociétés civiles et autres groupements ne possède pas ces caractères, elle évolue dans un cadre quasi-institutionnel, qu'est le groupement, ne constitue *aucunement* une sûreté, ceci d'une part, et de l'autre, l'exigence préalable de poursuites vaines et de mise en demeure posée par la loi *ne peut être comparée à un bénéfice de discussion*²⁷⁶.

161. – La solution refusant à la caution le bénéfice de discussion lorsque le débiteur est dans un état d'insolvabilité, marquant ainsi les *limites* du caractère subsidiaire de l'obligation de la caution dans le cautionnement simple, ne revêt cependant pas une grande importance pratique car, en général, et plus particulièrement, dans le domaine des affaires et des entreprises, c'est le cautionnement *solidaire* qui est conclu dans la grande majorité des cas, les cautionnements simples étant devenus *très rares* dans la pratique.

Après avoir examiné les limites posées en droit positif à la subsidiarité de l'obligation de la caution, nous envisagerons dans ce qui va suivre, la question de la coexistence dans le cautionnement des deux notions d'accessoirité et de subsidiarité.

²⁷⁴ Sur ce point, v. *infra* n^{os} 425 et s.

²⁷⁵ Un spécialiste de la matière a pertinemment relevé l'existence chez la jurisprudence d'une tendance d'aller chercher des solutions à la question – épineuse – de l'obligation des associés aux dettes sociales dans le droit du cautionnement, v. : F.-X. LUCAS, note précit. sous CA Paris, 9 sept. 2003 in Bull. Joly soc. 2004, 1^{er} fév. 2004, n^o 2, p. 395, § 71. Il a aussi relevé que la jurisprudence est, heureusement, *consciente* de la différence fondamentale qui sépare le statut des associés obligés au passif social et l'obligation de la caution.

²⁷⁶ Sur cette question, v. *infra* n^{os} 312 et 313, et n^{os} 394 et s.

Section 4 : La coexistence, dans le cautionnement, des deux notions d'accessoirité et de subsidiarité.

162. – Il est acquis que le cautionnement possède un caractère accessoire, en ce sens qu'il ne peut exister indépendamment d'un acte juridique valable²⁷⁷. Et on a aussi, à juste titre, soutenu que ce caractère est de *son essence*²⁷⁸.

Et puisque la mise en œuvre du bénéfice de discussion a pour effet, comme nous l'avons vu, de rendre l'obligation de la caution *véritablement subsidiaire*, on peut alors affirmer que le cautionnement joint en lui *les deux caractères d'accessoire et de subsidiaire*²⁷⁹.

163. – On aurait pu penser que ceci allait de soi et relevait de l'évidence, puisque l'affirmation du caractère subsidiaire de l'obligation de la caution a été clairement évoquée plus haut, et que son caractère accessoire est *véritablement acquis en droit positif*.

Mais nous estimons quand même utile de consacrer une section à part à l'examen de la question de la coexistence dans le cautionnement des deux notions d'accessoirité et de subsidiarité, car ceci appelle des observations importantes et a besoin d'être clarifié.

164. – Il arrive que la jurisprudence relève la coexistence dans le cautionnement de ses deux caractères accessoire et subsidiaire, mais elle ne tire malheureusement de conséquences que par rapport à son caractère accessoire et néglige de mettre en valeur les conséquences qui s'attachent à son caractère subsidiaire²⁸⁰.

²⁷⁷ Cette solution est affirmée par une jurisprudence constante, v. par ex. : Cass. com., 12 fév. 1991 : Bull. civ. 4, n° 62, p. 42. – Cass. 1^{ère} civ., 24 janv. 1995 : Bull. civ. 1, n° 51, p. 36. – Cass. com., 18 janv. 2000 : Bull. civ. 4, n° 11, p. 9. – Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2001 : Bull. civ. 1, n° 156, p. 101. Soulignons que dans tous ces arrêts, l'affirmation du caractère accessoire du cautionnement s'est faite seulement de *manière implicite*.

²⁷⁸ V. par ex. qui défend cette opinion : L. AYNÈS, note sous CA Paris, 20 sept. 1988 in Rép. Def. 1988, art. 34384, § 123, p. 1458.

²⁷⁹ V. qui relève ceci : D. FIORINA, note sous CA Paris, 8 oct. 1999 in D. 2000, jur. 586, n° 11, 2^{ème} col.

²⁸⁰ CA Paris, 20 sept. 1988 (1^{ère} esp.) : Rép. Def. 1988, art. 34384, p. 1457, § 123, obs. L. Aynès ; D. 1989, somm. 15, obs. F. Derrida ; Banque 1989, n° 490, p. 97, obs. J.-L. Rives-Lange ; JCP (E) 1988. 15344, n° 15, obs. M. Cabrillac et M. Vivant. La cour de Paris énonce dans son attendu que : « *En raison de son caractère accessoire et subsidiaire, le cautionnement suit le sort de l'obligation principale, et l'extinction de la créance cautionnée entraîne par voie de conséquence, celle du cautionnement par application de l'article 2012 du Code civil* ». On a l'impression que la subsidiarité du cautionnement simple et mal comprise par les tribunaux, puisque la cour de Paris n'évoque aucun effet qui s'attache au caractère subsidiaire du cautionnement. Il faut quand même avouer qu'en l'espèce, le caractère accessoire du cautionnement *était plus en cause que son caractère subsidiaire*, puisqu'il s'agissait de savoir si la négligence du créancier de déclarer en temps utile sa créance à la procédure collective du débiteur, entraînant, selon le droit en vigueur au temps où cet arrêt a été rendu, l'extinction de la créance, libérerait la caution de son engagement. Il a été décidé que l'extinction de la créance principale *libérerait la caution de son engagement*.

Il est aussi regrettable d'observer que la jurisprudence fait parfois la *confusion* entre le caractère accessoire et le caractère subsidiaire du cautionnement, et se réfère à celui-ci alors qu'il était plus exact de se référer à celui-là²⁸¹.

165. – Il est important à cet égard de préciser que dans le cautionnement, les deux caractères, accessoire et subsidiaire, *ne sont aucunement liés*. Ceci veut dire que le cautionnement simple pourrait perdre son caractère subsidiaire mais sans pour autant perdre son caractère accessoire. Il demeurerait un contrat accessoire mais l'obligation de la caution *cesserait*, quant à elle, d'être subsidiaire. Sur ce point, un auteur a pertinemment relevé que le caractère accessoire du cautionnement *ne préjuge en rien quant la subsidiarité de l'obligation*²⁸². Ceci est vrai, car le cautionnement (simple) engendre une obligation accessoire *mais en même temps subsidiaire*. Lorsque le cautionnement est solidaire, il *perd son caractère subsidiaire* pour ne conserver que son caractère accessoire.

166. – Mais l'inverse n'est pas vrai, en ce sens que le cautionnement ne pourrait pas perdre son caractère accessoire tout en conservant son caractère subsidiaire. S'il perd son caractère accessoire, il *perd également son caractère subsidiaire*. Est-ce à dire que le caractère subsidiaire du cautionnement dépend de son caractère accessoire ? Ou alors qu'il y a *dépendance intrinsèque* entre ces deux caractères appartenant au cautionnement ?

Point du tout. La raison de ceci réside dans le fait que le caractère accessoire du cautionnement dépend de son *existence même* en tant que contrat. S'il venait à perdre son caractère accessoire, il serait anéanti, tomberait en caducité ou serait *disqualifié* en un autre type de contrat. Alors que la subsidiarité de l'obligation de la caution pourrait disparaître pour certaines raisons²⁸³, le cautionnement ne *conserverait pas moins son caractère accessoire*. Faut-il déduire de ceci que le caractère accessoire du cautionnement est plus important que son caractère subsidiaire ? Ou alors qu'il se situe à un degré *supérieur* à celui-ci ?

Soulignons cependant que si cet arrêt a été rendu aujourd'hui, c'est-à-dire par application de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et ses modifications, la solution aurait été *radicalement différente* et il n'y aura plus lieu de soulever la question de la libération de la caution car selon la loi nouvelle, le défaut de déclaration de la créance *n'entraîne plus l'extinction de celle-ci*.

Sur cette modification législative, v. *infra* n^{os} 255 et s.

²⁸¹ V. par ex. : CA Paris, 2 avr. 2002 : RD bancaire et fin. 2002, n° 95, obs. F.-X. Lucas.

²⁸² D. FIORINA, thèse précit., n° 60 *in fine*.

²⁸³ Sur les raisons qui causeraient la cessation de la subsidiarité de l'obligation de la caution, v. *supra* n^{os} 154 et s.

167. – Il ne faut pas raisonner en termes de hiérarchie ou de degré d'importance, ce serait se placer sur le mauvais terrain. Le caractère subsidiaire n'est pas à un *degré moindre* d'importance que le caractère accessoire, il est tout simplement *autre*. Alors que le caractère accessoire traduit le *lien de dépendance* étroit qui existe entre le contrat de cautionnement et une convention valable pour laquelle il constitue une *sûreté*, le caractère subsidiaire du cautionnement se rattache à la *hiérarchie* existant entre les obligations respectives du débiteur principal et de la caution et qui dicte un *ordre strict à suivre* dans les poursuites qui vont s'exercer contre ses deux obligés.

Conclusion du chapitre

168. – Au terme de ce chapitre, nous avons pu voir que l'obligation de la caution simple constitue véritablement une *obligation subsidiaire*, et que cette subsidiarité se manifeste à travers les effets du bénéfice de discussion.

Cette subsidiarité de l'obligation de la caution est au surplus d'ordre *substantiel*, elle se rapporte au fond du droit bien qu'elle se concrétise à travers un moyen que le législateur a qualifié d'« exception procédurale ».

La subsidiarité de l'obligation de la caution a cependant ses limites, elle peut tout simplement *disparaître* ou *être anéantie*, mais elle n'est pas susceptible de degrés, *elle est ou elle n'est pas*. Ceci marque la différence existant entre elle et d'autres obligations subsidiaires qui – comme nous le verrons – sont, quant à elles, *susceptibles de degrés*.

Le cautionnement simple rassemblant en lui les deux notions d'accessoire et de subsidiaire, il a été également nécessaire de démontrer qu'entre ces deux notions, *il n'existe pas de rapport hiérarchique*.

169. – L'étude du cautionnement constituera pour nous une *première illustration* de l'obligation subsidiaire. C'est celle dont le fonctionnement est le plus simple et dont la réglementation est la plus claire et la plus explicite. C'est pour cette raison que nous lui avons consacré le premier chapitre de ce Titre premier qui est relatif à « la subsidiarité dans le droit substantiel ». Ce chapitre constituera aussi un prélude à l'étude d'une obligation subsidiaire d'un autre type, qui est celle des associés de sociétés civiles et autres groupements assimilés. L'étude de ce type d'obligations soulèvera, comme nous le verrons, et à la différence du cautionnement simple, un grand nombre de questions à examiner. Ce type d'obligations constituera également une illustration d'obligation subsidiaire susceptible de degrés. Il fera l'objet du chapitre deuxième de ce Titre.

Chapitre 2 : L'obligation aux dettes sociales des associés de sociétés civiles de droit commun et de groupements assimilés : illustration d'obligations subsidiaires susceptibles de degrés.

170. – La matière de l'obligation aux dettes sociales des associés et membres de groupements et de sociétés est un domaine intéressant pour l'étude de la notion de subsidiarité. La loi institue, en effet, des conditions précises pour que puisse être recherchée l'obligation aux dettes sociales à l'endroit des associés, et des membres de groupements. Ces conditions opèrent comme un mécanisme *préalable* à toute poursuite contre les associés. C'est ce caractère préalable à toute poursuite pour le recouvrement des dettes sociales, qui fonde le principe de subsidiarité de l'obligation aux dettes sociales des associés.

171. – Le domaine premier où se révèle la subsidiarité est celui des *sociétés civiles*. En ce qui concerne les sociétés commerciales, il faut particulièrement noter le cas des sociétés en nom collectif, et l'obligation aux dettes sociales des associés en nom qui s'y rapporte. Soulignons avant d'aller plus loin, que l'idée de subsidiarité de l'obligation aux dettes sociales des associés en nom, bien que reconnue aujourd'hui par la jurisprudence et une doctrine dominante, a eu ses détracteurs. Un auteur²⁸⁴ a pu estimer que le caractère subsidiaire de l'obligation aux dettes des associés en nom ne reflète pas la nature juridique de leur obligation, qu'il ne constitue qu'une *modalité* dont est assortie cette obligation aux dettes. La subsidiarité ne se rattache pas, selon lui, au fond du droit mais se situe uniquement sur le plan *technique*. Ce qui – pensons-nous – *ne peut être approuvé*, et c'est ce qui sera démontré dans les développements que nous consacrerons plus loin à ce sujet.

172. – Hormis les sociétés où s'applique le principe de subsidiarité, qu'elles soient civiles ou commerciales, existent des groupements qui sont de nature *différente*. Il s'agit des groupements d'intérêt économique. Les membres de ces groupements répondent des dettes sociales. Ils ne peuvent néanmoins être poursuivis qu'après que le groupement ait été préalablement *mis en demeure de payer*.

173. – Donc, notre étude semble à première vue inclure les sociétés civiles, les sociétés en nom collectif et les groupements d'intérêt économique. Cette énumération ne reflète cependant pas l'étendue réelle du travail à réaliser, car certaines de ces

entités – comme nous le verrons, par exemple, pour les sociétés civiles – renferment une diversité de régimes juridiques. On cite alors les sociétés civiles de construction-vente et les sociétés civiles professionnelles. C'est cette diversité qui nous mènera à élargir la perspective de notre travail, et même et surtout, elle va conditionner l'emploi d'un plan déterminé pour ce dernier.

174. – De plus, ces entités sont loin de présenter une homogénéité quant au régime juridique qui gouverne l'obligation aux dettes de leurs membres et associés. Il existe une différence profonde qui les sépare. Cette diversité se révèle en premier pour les sociétés civiles où il existe une différence quant au régime de l'obligation aux dettes sociales entre d'une part, les sociétés civiles de droit commun, parmi lesquelles sont incluses les sociétés immobilières régies par la loi du 4 janvier 1978, et, d'autre part, les sociétés civiles de construction-vente régies par la loi du 16 juillet 1971 et les sociétés civiles professionnelles régies par la loi du 29 novembre 1966 et ses modifications. Nous consacrerons plus loin une étude plus approfondie aux régimes juridiques régissant ces types de sociétés. Dans celles-là, l'obligation aux dettes est soumise à la nécessité de *la poursuite préalable et vaine* de la société, alors que dans celles-ci, c'est la *mise en demeure préalable* qui régit l'obligation aux dettes des associés.

175. – Mises à part les sociétés civiles, dans les autres entités c'est également la mise en demeure préalable de la société – ou du groupement – qui gouverne le régime de l'obligation aux dettes des associés et membres du groupement. Ainsi, sont soumises à la nécessité de la mise en demeure préalable les sociétés en nom collectif et les groupements d'intérêt économique. Ces derniers ont été institués par l'ordonnance du 21 septembre 1967. Nous reviendrons plus loin sur les régimes juridiques qui régissent ces deux types de groupements.

Se trouve ainsi clairement marquée la différence entre les régimes applicables aux sociétés civiles de droit commun d'une part, et les sociétés civiles de construction-vente, les sociétés civiles professionnelles, les sociétés en nom collectif ainsi que les groupements d'intérêt économique, de l'autre. C'est la différence qui sépare l'exigence de mise en demeure préalable et l'exigence de la poursuite préalable et vaine. Si cette différence se comprend aisément pour ce qui se rapporte à

²⁸⁴ D. FIORINA, thèse précit., spéc. n° 60, pp.64-65.

la société en nom collectif, société de nature commerciale, comparée avec la société civile de droit commun, elle est difficilement explicable quant à la différence de régime qui existe entre, d'une part la société civile de droit commun soumise à l'exigence de la vaine et préalable poursuite, et d'autre part les sociétés civiles de construction-vente et les sociétés civiles professionnelles qui sont seulement soumises à l'exigence de la mise en demeure préalable. Nous voyons que ce sont tous des groupements sociaux de nature civile entre lesquels existent des différences de régime notables, ces différences ne trouvent pas de raisons claires, *ni du moins justifiables*²⁸⁵. Ainsi repérées, ces différences vont commander un certain plan de travail qui sera adopté dans la présente étude.

176. – Cette différence de régime va guider notre travail de recherche. Nous allons adopter la distinction entre les entités soumises, pour ce qui se rapporte à l'obligation aux dettes sociales, à la préalable *mise en demeure* du groupement, et celles qui sont soumises à la *préalable et vaine poursuite* du groupement. Il était cependant possible d'adopter d'autres distinctions. Aurait pu, par exemple, être adoptée la distinction qui sépare les groupements de nature civile et ceux de nature commerciale ; entrerait dans cette dernière catégorie les sociétés en nom collectif et les groupements d'intérêt économique à objet commercial. Ou alors, aurait pu être adoptée la distinction entre, d'une part, les sociétés civiles – de droit commun –, les sociétés civiles de construction-vente et les sociétés civiles professionnelles²⁸⁶, et, de l'autre, les sociétés en nom collectif et les groupements d'intérêt économique ; cette distinction se base sur la *nature des rapports* qui existent entre les membres de ces groupements. Leurs rapports sont régis par la *solidarité*. En ce sens que, les membres de groupements d'intérêt économique sont solidaires entre eux pour les dettes

²⁸⁵ En ce sens : J. HONORAT, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 3 juill. 1996 in Rép. Def. 1996, art. 36423, p. 1296.

²⁸⁶ Les associés des sociétés civiles professionnelles étaient solidaires entre eux pour leur obligation au passif social avant que ne soit modifiée la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966, et plus précisément l'alinéa premier de son article 15, loi qui a institué ce type de société et qui le régit.

Sur la solidarité qui autrefois régissait les rapports des associés de sociétés civiles professionnelles, v. : P. BÉZARD, *Sociétés civiles*, Litec, 1978, n° 1125. – Y. CHARTIER, *Les groupements civils*, Dalloz, 1997, pp. 71-72.

Soulignons aussi que la règle de solidarité autrefois établie par l'alinéa premier de l'article 15 précité de la loi du 29 novembre 1966, constituait une exception au régime applicable aux sociétés civiles où c'est *l'absence de solidarité qui est la règle*. Cette règle d'absence de solidarité a, en effet, été dégagée par la doctrine et la jurisprudence anciennes comme critère permettant de distinguer les sociétés civiles des sociétés en nom collectif, à une époque où la société civile n'était pas pleinement reconnue du moins en ce qui concerne la jouissance de la personnalité morale. V. : P. BÉZARD, *Sociétés civiles, op. cit.*, n° 1124.

Sur le nouveau texte de l'article 15 précité de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 et ses modifications, v. *infra* n°s 372 et s., et note 820.

découlant de l'activité du groupement²⁸⁷, comme les associés dans les sociétés en nom collectif sont solidaires entre eux pour les obligations découlant du passif social.

177. – Mais la solidarité qui pourrait exister entre les membres d'un groupement ne peut être utile dans la perspective de la présente étude.

Ce qui, en effet, pourrait faire ressortir la notion de subsidiarité, subsidiarité s'appliquant à l'obligation aux dettes sociales, ce ne sont pas les relations qu'entretiennent entre eux les membres du groupement, mais bien les relations qu'entretiennent ceux-ci avec le groupement ou la personne morale à laquelle ils appartiennent. C'est pour cette raison qu'il nous faudra adopter la distinction qui existe entre, d'une part, les groupements soumis quant aux obligations aux dettes sociales, à la poursuite vaine et préalable et, d'autre part, les groupements qui pour l'obligation au passif social sont soumis à l'exigence de la mise en demeure préalable.

178. – C'est donc au niveau de l'*obligation aux dettes sociales* des associés dans les sociétés et groupements envisagés, que va se situer notre centre d'intérêt et l'étude de la notion de subsidiarité. Cependant, pour l'exhaustivité des développements, et pour que tout risque de confusion soit dissipé, il faut que soit envisagée en premier lieu la distinction entre l'obligation aux dettes sociales et la contribution aux pertes sociales.

179. – En droit des sociétés et en droit des affaires plus généralement, la confusion est communément faite entre la notion de l'obligation aux dettes et celle de contribution aux pertes sociales. L'obligation de contribuer aux pertes est exprimée à l'alinéa troisième de l'article 1832 C.C. tel qu'il résulte de la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985. Cet article avec lequel débute le Titre neuvième du Code civil relatif à « la société », plus précisément son chapitre premier relatif aux « dispositions générales », dispose :

« La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

(...).

Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ».

²⁸⁷ V. J. GUYÉNOT, *Les groupements d'intérêt économique et les créances des tiers*, D. 1972, chron. 13, n° 24. – V. aussi du même auteur : *Une typologie de l'objet et de la finalité des groupements d'intérêt économique dans l'application pratique*, Gaz. Pal. 1981, 2, doct. 466, spéc. n° 35.

L'obligation de contribuer aux pertes est également régie par l'alinéa premier de l'article 1844-1 du même Code, qui dispose que :

« La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire ».

A l'instar de l'article 1832 précité, cet article se situe également dans le chapitre premier relatif aux « dispositions générales » des sociétés.

Donc, l'existence de toute société est subordonnée à l'engagement des associés de *contribuer aux pertes*²⁸⁸ ; elle suppose que les associés « courent les risques de l'entreprise »²⁸⁹. L'obligation de contribuer aux pertes est « une condition de validité de tout contrat de société »²⁹⁰, ou encore, la *condition essentielle* de toute société²⁹¹. Si l'article 1832 précité ne fait état que du partage des bénéfices, il faut certainement admettre que les associés ont entendu également *supporter les risques inhérents à toute activité*²⁹².

180. – Il faut surtout savoir qu'il n'y a véritablement pertes sociales que si le capital social est réellement *entamé*²⁹³, ce qui ne peut s'apprécier qu'en cas de

²⁸⁸ Cass. com., 3 mars 1975 : Bull. civ. 4, n° 68, p. 56 ; Rev. sociétés 1975. 454, obs. D. Randoux.

²⁸⁹ V. de manière implicite : Cass. com., 17 mai 1983 (2^{ème} esp.) : D. 1985, jur. 125, note Y. Chartier.

²⁹⁰ CA Aix-en-Provence, 19 fév. 2002 : Dr. sociétés 2002, comm. 171, obs. F.-X. Lucas. En l'espèce, un jugement du tribunal de commerce de Marseille a condamné solidairement les associés de deux sociétés civiles à payer au liquidateur de celles-ci une certaine somme au titre de leur participation à l'insuffisance d'actif, en application de l'article 1857 C.C., et a précisé la répartition de cette condamnation entre eux, en leur qualité d'associés successifs desdites sociétés. Deux des associés ainsi condamnés ont relevé appel de ce jugement. Ils prétendaient à l'irrecevabilité de la demande aux motifs que le liquidateur n'a pas qualité pour agir. Subsidiairement, ils exposent que leur engagement n'est pas solidaire et qu'ils avaient cédé leurs parts et procédé à la publicité au registre de commerce de Paris au moment de la cessation des paiements. Pour se prononcer sur la qualité à agir du liquidateur, le jugement commence par énoncer les règles régissant l'obligation au passif social. Citant les articles 1857 C.C. et suivants, il énonce dans un attendu à l'allure de principe, que : « *Les associés d'une société civile ont l'obligation de répondre indéfiniment des dettes sociales à l'égard des tiers, à proportion de leur part dans le capital social* ». Plus loin, il précise que : « *S'agissant d'une action individuelle à chaque créancier qui doit justifier personnellement des vaines poursuites contre la société, le mandataire judiciaire ne trouve pas dans les pouvoirs d'agir au nom et dans l'intérêt des créanciers, (...), le droit de les représenter collectivement* ». Poursuivant, le jugement énonce dans un attendu à l'allure de principe que : « *Les associés s'engagent également à contribuer aux pertes (article 1832 C.C.) et cette obligation, générale à toute forme de société, est une des conditions de validité de tout contrat de société* ».

C'est cet attendu qui seul nous intéresse dans la présente perspective de l'obligation des associés de contribuer aux pertes. soulignons que le tribunal infirma le jugement au motif que l'action intentée par le liquidateur en condamnation des associés au paiement du passif social que ce soit sur le fondement de l'article 1832 C.C. ou de l'article 1857 du même Code, « *ne lui est conférée par aucune disposition propre aux procédures collectives, et doit être déclarée irrecevable, faute de qualité à agir* ».

²⁹¹ D. RANDOUX, note sous Cass. com., 3 mars 1975 in Rev. sociétés 1975. 456.

²⁹² D. RANDOUX, note précit. sous Cass. com., 3 mars 1975 in Rev. sociétés 1975. 456 et les réf. citées.

²⁹³ Trib. com. Vannes, 27 avr. 1973 : Gaz. Pal. 1973, 2, jur. 610. Ce jugement bien que de juges du fond, est d'un grand apport doctrinal. Le tribunal énonce dans un attendu de grande portée que : « *la doctrine considère qu'il ne peut y avoir du point de vue juridique de véritables « pertes sociales » auxquelles un associé soit tenu de contribuer, que si le capital est réellement entamé, ce qui ne peut s'apprécier à l'occasion de chaque exercice annuel mais seulement en cas de liquidation de la société ; qu'il n'est pas possible de dégager une notion de perte sociale sur un seul exercice annuel s'il n'a pas été établi que le capital social de la société a été entamé (...)* ».

liquidation de la société et non pas à l'occasion de chaque exercice social²⁹⁴. C'est seulement en cas de dissolution de la société que celle-ci peut *agir contre ses membres en paiement de ses pertes*²⁹⁵. Et la jurisprudence a eu l'occasion de clairement faire ressortir la différence existant entre l'obligation aux dettes et la contribution aux pertes sociales²⁹⁶.

181. – En revanche, l'obligation au passif ou aux dettes sociales est *toute autre*. Cette obligation a un domaine différent de la contribution aux pertes, se rattachant au capital social. L'obligation au passif social concerne *la responsabilité* qui pèse sur les associés de supporter tout ou partie des engagements qui lient la société quelle que fût leur origine, contractuelle ou délictuelle, volontaire ou involontaire²⁹⁷. Cette obligation concerne les rapports des associés avec *les tiers*²⁹⁸, alors que la contribution aux pertes ne concerne que *les rapports des associés entre eux*²⁹⁹. La notion de contribution aux pertes est une et unitaire pour toutes les

V. qui approuvent cette solution : P. CARCREFF, *La notion de pertes sociales et l'obligation pour les associés d'y contribuer*, Gaz. Pal. 1973, 2, doct. 569. – Y. GUYON, *Droit des affaires*, T. 1, Economica, 12^{ème} éd., 2003, n° 123. – D. RANDOUX, note précit. sous Cass. com., 3 mars 1975 in Rev. sociétés 1975. 457 *in fine*.

²⁹⁴ Trib. com. Vannes, 27 avr. 1973 précit. : Gaz. Pal. 1973, 2, jur. 610. – V. l'attendu reproduit *supra* note 293.

V. qui approuvent cette solution : P. CARCREFF, art. précit., p. 569. – D. RANDOUX, note précit. sous Cass. com., 3 mars 1975 in Rev. sociétés 1975. 457 *in fine*.

²⁹⁵ Cass. com., 3 mars 1975 précit. : Bull. civ. 4, n° 68, p. 56 ; Rev. sociétés 1975. 454, obs. D. Randoux. En l'espèce, une société en commandite simple avait engagé une action contre ses anciens membres en paiement de leur part dans les pertes d'exploitation subies par la société jusqu'au 1^{er} janvier 1965. La cour d'appel de Douai a jugé irrecevable cette action. La société se pourvut en cassation. Le premier moyen du pourvoi, qui seul nous intéresse ici, faisait valoir que la contribution aux pertes de l'exploitation commune est une condition essentielle de l'existence de toute société, qu'en conséquence les associés restent tenus des dettes sociales, et que la cour d'appel se contredisait en constatant l'existence de pertes d'exploitation et estimer que la société Rose ne disposait d'aucune action en remboursement. Pour rejeter ce moyen, la Cour de cassation énonce que : « *Mais attendu, d'une part, qu'en faisant ressortir que, sauf application de dispositions légales ou réglementaires ou de stipulation particulières, c'est seulement en cas de dissolution de la société (...) que celle-ci peut agir contre ses membres en paiement de ses pertes, la cour d'appel n'a nullement méconnu que l'existence de toute société est subordonnée à l'engagement des associés de contribuer aux pertes* ». Et la Cour de cassation de poursuivre et décider : « *Qu'elle a pu, dès lors, décider qu'en l'espèce, où était en cause non l'obligation aux dettes mais la contribution aux pertes sociales, l'action litigieuse de la société non dissoute était irrecevable* ».

²⁹⁶ Cass. com., 3 mars 1975 précit. : Bull. civ. 4, n° 68, p. 56 ; Rev. sociétés 1975. 454, obs. D. Randoux. – V. la deuxième tranche de l'attendu de l'arrêt reproduit *supra* note 295 *in fine*.

²⁹⁷ Sur la question de l'origine des engagements sociaux, v. *infra*, n^{os} 245 et s.

²⁹⁸ M. BRILLAT, *La société civile. Instrument de la gestion du patrimoine*, Gualino, 2006, spéc. pp. 35-36.

²⁹⁹ Cass. 3^{ème} civ., 6 juill. 1994 : Bull. civ. 3, n° 140, p. 89 ; Rev. sociétés 1995. 39, note B. Saintourens. La Cour de cassation a pour la première fois dans cet arrêt, fait de manière aussi franche la distinction entre la contribution aux pertes et l'obligation aux dettes sociales. En l'espèce, l'associée d'une société civile immobilière de construction en vue de la vente d'immeubles était poursuivie par le liquidateur judiciaire de celle-ci. La cour d'appel a condamné l'associée à payer une certaine somme au liquidateur et ceci par application de l'article 1844-1 C.C. L'associée demanderesse en cassation, faisait valoir dans son pourvoi que c'est l'article L. 211-2 C. const. habit. régissant l'obligation au passif social des associés de ce type de société, qui devait être appliqué *en tant que texte spécial*. Faisant prévaloir l'application du texte général au droit commun des sociétés, en l'occurrence l'article 1844-1 C.C., sur le texte spécial qu'est l'article L. 211-2 C. const. habit., la Cour de cassation énonce pour rejeter le pourvoi, que : « *Mais attendu que les associés étant tenus du passif social sur tous leurs biens à proportion de leurs droits*

sociétés³⁰⁰, alors que celle de l'obligation au passif social varie en fonction de la forme de la société ou du groupement. L'obligation au passif social peut revêtir plusieurs formes : elle peut être indéfinie ou limitée aux apports, comme elle peut être solidaire ou exclusive de toute solidarité comme il en est dans les sociétés commerciales en général, à l'exception des sociétés en nom collectif.

C'est ainsi que dans les sociétés civiles, de droit commun, et les sociétés civiles professionnelles, elle est indéfinie et non solidaire³⁰¹, alors que dans les sociétés en nom collectif, elle est indéfinie et solidaire. Cependant, le caractère indéfini de l'obligation est écarté au profit d'une obligation qui est équivalente à un multiple des apports des membres du groupement ; il en est notamment ainsi dans les groupements agricoles d'exploitation en commun (GAEC).

182. – Une dernière remarque s'avère être *indispensable* en ce qui concerne l'obligation au passif social, elle se rapporte à la détermination des *parties engagées dans ce lien de droit*. Il faut insister sur le point selon lequel, l'obligation au passif social lie, d'une part, les associés ou membres du groupement, et, d'autre part, les tiers à la société, il s'agira alors le plus souvent des créanciers de l'être moral ou du

sociaux et en l'absence de disposition exclusive de l'application de l'article 1844-1 C.C., la cour d'appel a retenu exactement que la contribution aux pertes se manifeste dans les relations entre associés, contrairement à l'obligation aux dettes qui se caractérise par l'engagement des associés à l'égard des créanciers ».

C'est donc l'article 1844-1 C.C. qui relève du droit commun des sociétés, et en l'absence d'un texte spécial qui écarte son application, qui avait vocation à s'appliquer, que ce soit en ce qui concerne la répartition de la charge contributive de chaque associé, ou les modalités de sa mise en œuvre. Le liquidateur de la société qui exerçait une action, non pas au nom des créanciers, mais au nom de la société, se situait dans un rapport de droit circonscrit entre les associés, v. : B. SAINTOURENS, note sous l'arrêt rapporté in Rev. sociétés 1995. 39. C'est ce qui explique l'application par la Cour de cassation de l'article 1844-1 C.C., à l'exclusion de tout autre texte, plus spécialement l'article L. 211-2 C. const. habit. qui régit les rapports des associés avec les tiers.

V. aussi sur la question des pertes sociales et les rapports des associés entre eux : J. ANCEL, *La société civile immobilière*, Ed. du puits fleuri, 2004, spéc. n° 44, p. 39. – G. BARANGER, *La société civile*, GLN Joly, 1995, spéc. n° 137. – M. BRILLAT, *op. cit.*, p. 35.

Sur l'article L. 211-2 en question et le régime juridique qu'il institue, v. *infra* n°s 368 et s.

V. aussi : CA Aix-en-Provence, 19 fév. 2002 précit. : Dr. sociétés 2002, comm. 171, obs. F.-X. Lucas. Sur l'attendu de cet arrêt relatif à cette distinction fondamentale, v. *infra* n° 313 et note 638.

³⁰⁰ Soulignons ici que les pertes annuelles *demeurent normalement à la charge de la société tant qu'elle peut les supporter*, et qu'il en résulte une diminution du patrimoine social, v. : Trib. com. Vannes précit., 27 avr. 1973 : Gaz. Pal. 1973, 2, jur. 610.

³⁰¹ La règle de l'obligation indéfinie et non solidaire des associés de sociétés civiles constitue l'héritage de la jurisprudence ancienne. Celle-ci décidait en effet qu'était *exclue* la solidarité entre associés de sociétés civiles, *à moins de stipulation contraire*, v. par ex. : Cass. civ., 7 avr. 1886 : D.P. 1886. 1. 420. La Cour énonce dans un attendu de principe et sous le visa des articles 1202, 1862 et 1863 C.C., que : « *Attendu que la solidarité édictée en matière de société commerciale est exclue des sociétés civiles à moins de conventions expresses* ».

v. aussi : Y. DEREU, *La responsabilité des associés dans les sociétés civiles*, thèse Nancy II, 1977, (thèse microfiche), spéc. pp 22, 184 à 191, 202 et 251. Cet auteur explique en détail les origines de la règle contenue dans l'article 1863 C.C.

groupement. Ceci ressort très clairement des dispositions du, nouvel, article 1857 C.C. qui régit cette matière. Ce texte dispose :

« A l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements ».

C'est en son début, et comme pour mettre ce point en valeur, que le texte précise que c'est à l'égard des tiers, que les associés répondent du passif social.

183. – Nous pensons que cette règle a pour conséquence que, l'obligation au passif social ne saurait *aucunement* mettre en jeu les relations des associés à la société, mais aussi, et *a fortiori*, elle ne pourrait non plus concerner les rapports qu'entretiennent les associés entre eux.

Cette réalité qui semblerait s'imposer avec évidence, a, *heureusement*, été affirmée – pour la première fois à notre connaissance – par la Cour de cassation dans un arrêt de sa Chambre commerciale en date du 3 mai 2012³⁰², qui, au surplus, se présente comme une *décision de principe*. La Cour y énonce que, *les associés ne peuvent se prévaloir de l'obligation aux dettes sociales instituée au seul profit des tiers par l'article 1857 C.C.* Donc, selon le raisonnement de la Cour, la qualité d'associé *dominerait ou absorberait celle de créancier social*³⁰³.

184. – Même si elle a été faite un peu tardivement par la Cour de cassation, l'affirmation selon laquelle l'obligation aux dettes sociales est instituée au seul profit des tiers, se rapporte à une *composante essentielle* de l'obligation aux dettes sociales pesant sur les associés, puisqu'elle se rapporte à la *détermination des parties dans ce lien de droit*, qui, au surplus, constitue un *élément essentiel* du régime juridique applicable aux membres des sociétés, et des personnes morales à risque illimité en général³⁰⁴.

³⁰² Cass. com., 3 mai 2012 : Bull. civ. 4, n° 91 ; JurisData n° : 2012-009083 ; D. 2012. 1264, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2012. 575, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; Dr. sociétés n° 7, juill. 2012, comm. 119, note H. Hovasse ; JCP E 2012. 1437, note A. Couret et B. Dondero ; Bull. Joly soc. 2012. 571, note J.-F. Barbiéri. En l'espèce, une associée d'une société civile immobilière était, au titre d'avances en compte courant, créancière de celle-ci. Ne pouvant obtenir paiement de la société débitrice, qu'elle avait poursuivie en vain, la créancière avait actionné sa coassociée, à proportion de la part de cette dernière dans le capital social. La demande est rejetée en appel, cette solution est approuvée ultérieurement par la chambre commerciale.

³⁰³ J.-F. BARBIÉRI, note sous Cass. com., 3 mai 2012 in Bull. Joly soc. 2012. 571, spéc. n° 5. – A. COURET et B. DONDERO, note sous Cass. com., 3 mai 2012 in JCP E 2012. 1437, spéc. n° 9. Ces auteurs estiment quant à eux, que l'absorption de la qualité de créancier par celle d'associé est au moins vraie pour les sociétés civiles, mais qu'elle serait *plus incertaine* dans les autres sociétés et groupements à responsabilité illimitée.

³⁰⁴ Nous avons cité l'arrêt du 3 mai 2012 dans la partie introductive du chapitre relatif à l'obligation au passif social des associés et membres de groupements, c'est-à-dire dans la partie qui est relative aux *généralités* se rapportant aux groupements dont les membres sont soumis à l'obligation au passif social, et

185. – La distinction entre l'exigence de mise en demeure préalable et celle de préalable et vaine poursuite, revêt un *intérêt particulier* dans la présente perspective de subsidiarité. Car celle-ci aura une plus ou moins grande portée – comme nous le verrons – selon que la poursuite des associés est soumise à la *simple* mise en demeure préalable adressée à la société ou au groupement, ou, qu'elle est soumise à vaine et préalable poursuite de la société. Pour faire ressortir la fonction de la subsidiarité dans ses applications différentes, cette distinction aura le mérite de démontrer *le lien étroit* qu'entretiennent les exigences relatives à l'ouverture des poursuites contre les associés et le *caractère subsidiaire de leur obligation au passif social*³⁰⁵.

Nous allons alors étudier successivement, dans un premier sous-chapitre, le régime de l'obligation aux dettes dans les groupements soumis à l'exigence de la

non dans les sous-parties relatives aux particularités des deux grandes variétés de groupements, ceux soumis à l'exigence de mise en demeure préalable et ceux soumis à l'exigence des préalables et vaines poursuites. La raison en est que, bien que se rapportant à une société civile de droit commun dont les membres sont régis quant à l'obligation au passif social par l'article 1857 C.C., la solution que l'arrêt du 3 mai 2012 pose peut être *valablement généralisée* à tous les groupements dont les membres sont soumis à l'obligation au passif social. V. qui défend cette opinion : A. LIENHARD, obs. pour l'arrêt rapporté in D. 2012. 1264.

Comparant le régime de l'obligation au passif social applicable aux sociétés civiles immobilières visées dans l'arrêt rapporté et celui applicable aux autres groupements à risque illimité, un auteur relève, avec pertinence d'ailleurs, que les articles L. 221-1 et L. 251-6 C. com. applicables respectivement aux sociétés en nom collectif et aux groupements d'intérêt économique, tous les deux groupements à risque illimité, ne visent pas les tiers mais « les créanciers de la société », v. : J.-F. BARBIERI, note précit. sous Cass. com., 3 mai 2012 in Bull. Joly soc. 2012. 571, spéc. n^{os} 2 et 5. Nous ne pensons pas qu'il soit possible de trouver la raison de cette différence de rédaction. Relevons que l'article 1857 C.C. en question est *plus récent* que les articles L. 221-1 et L. 251-6 C. com., puisque l'article L. 221-1 résulte de la loi n^o 66-537 du 24 juillet 1966 et l'article L. 251-6 résulte de l'ordonnance n^o 67-821 du 23 septembre 1967, alors que l'article 1857 a été créé par la loi du 5 janvier 1978. Ce fait rend encore plus difficile de pouvoir donner une explication à la différence de rédaction existant entre l'article 1857 d'une part, et les articles L. 221-1 et L. 251-6 C. com. précités, d'autre part. Une analyse simpliste nous aurait conduits à penser qu'il y a dans l'article 1857 le signe d'une évolution. Il n'est cependant pas possible de raisonner ainsi, et nous pensons que la question reste ouverte dans l'attente d'autres décisions de la Cour de cassation qui viendrait y apporter quelques précisions.

Ce même auteur estime que l'arrêt a voulu opérer une distinction entre les tiers proprement dits, les *penitus extranei*, et les associés créanciers de la société, qui ne seraient pas de véritables tiers. Cette remarque est fondée, et la solution que pose l'arrêt doit – pensons-nous – être approuvée. La Cour de cassation a véritablement opéré la distinction précitée, entre les tiers au sens propre du terme et les associés qui se trouvent en même temps être créanciers de la société, puisqu'elle énonce, adoptant l'appréciation des faits telle qu'elle l'a été par la cour d'appel, que l'associée de la société civile immobilière demanderesse, est « créancière de celle-ci au titre d'avances en compte-courant ».

Sur le texte des articles L. 221-1 et L. 251-6 C. com., v. *infra* n^{os} 342 et 341.

³⁰⁵ Nous nous arrêterons longuement plus loin sur l'étude du caractère subsidiaire de l'obligation des associés aux dettes sociales. Néanmoins nous pouvons dès à présent dire que la doctrine dans sa grande majorité reconnaît le caractère subsidiaire de l'obligation des associés et ceci sans réserve aucune, à l'exception de certaines opinions demeurées minoritaires. Nous citons notamment, parmi ces auteurs : D. FIORINA, thèse précit., spéc. n^o 60, pp. 64 et 65. – V. aussi du même auteur : note précit. sous CA Paris, 8 oct. 1999 in D. 2000, jur. 586, n^o 11, 1^{ère} col. – L. GODON, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, v. spéc. n^{os} 55, 59, 82, 84 et 88. Sur les auteurs qui approuvent l'existence de ce caractère subsidiaire, v. *infra*, n^o 312.

vaine et préalable poursuite, dans un deuxième sous-chapitre, le régime de l'obligation aux dettes qui est applicable dans les groupements soumis à l'exigence de la mise en demeure préalable, et, dans un troisième sous-chapitre, les correctifs admis en droit positif aux exigences mises en place pour la poursuite des associés pour le passif social.

Sous-chapitre 1^{er} : Les groupements soumis à l'exigence de la préalable et vaine poursuite : illustration d'une subsidiarité forte.

186. – L'hypothèse des groupements soumis à l'exigence de la préalable et vaine poursuite est principalement, et parfaitement, illustrée par le régime qui régit l'obligation des associés de sociétés civiles *de droit commun*. L'étude de la notion de subsidiarité en droit privé interne ne peut valablement se faire si l'on omet d'étudier l'obligation aux dettes sociales des associés de ce type de sociétés. Le régime de l'obligation aux dettes sociales des associés de sociétés civiles, constitue, en effet, une application *pertinente* de la notion. Son étude permettra de mieux comprendre son fonctionnement dans d'autres matières du droit privé. Le texte principal qui régit la matière est l'article 1858 C.C. Cet article dispose que :

« Les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale ».

Ce texte se situe dans le Titre neuvième du Code civil relatif à *la société*, il est placé sous la section cinquième intitulée « engagements des associés à l'égard des tiers ». Cette section est celle du chapitre second qui lui-même est relatif à la *société civile*. L'article 1858 C.C. a été introduit par la réforme du droit des sociétés opérée par la loi du 4 janvier 1978³⁰⁶ qui a remanié les articles 1832 et suivants du Code civil consacrés au contrat de société. Avec la réforme, fut abrogé le système de la contribution par parts viriles institué par l'ancien article 1863 C.C.³⁰⁷. Désormais chaque associé répond indéfiniment des dettes sociales sur ses biens personnels et, à

³⁰⁶ Sur la loi du 4 janvier 1978 et les modifications qu'elle a introduites, v. par ex. : Y. CHARTIER, *La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978*, JCP 1978. 1. 2917. – J. GUYÉNOT, *Métamorphoses du régime juridique des sociétés civiles par les articles 1845 à 1870-1 nouveaux du Code civil*, Gaz. Pal. 1978, 1, doct. 337. – M. JEANTIN, *La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978*, D. 1978, chron. 173. – Ph. JESTAZ, *La loi n° 78-9 du 4 janvier modifiant le titre IX du Livre III du Code civil*, RTD civ. 1978. 440.

³⁰⁷ Sur le texte de l'ancien article 1863 C.C., v. *infra* n° 286.

*proportion de sa part dans le capital social*³⁰⁸. Cette contribution aux dettes est régie par l'article 1857 C.C. précité³⁰⁹.

187. – La jurisprudence cherche à préserver la règle de la division de l'obligation au passif social entre les associés à la part de chacun dans le capital social, en rendant *inopposables* aux créanciers sociaux les conventions visant à déroger à cette règle légale³¹⁰.

188. – L'article 1858 C.C. détermine les conditions de l'obligation des associés aux dettes sociales. Cette matière constitue une intéressante illustration de la notion de subsidiarité.

Seront ainsi envisagées successivement, les conditions de cette responsabilité (section 1^{ère}), les nécessités relatives à l'exécution de la dette à l'encontre des associés (section 2), pour qu'enfin soit tentée, une explication du fondement de la subsidiarité qui gouverne l'obligation des associés (section 3).

Section 1^{ère} : Les conditions de la responsabilité des associés aux dettes sociales.

189. – L'application de l'article 1858 a donné lieu à une jurisprudence abondante et a également alimenté une controverse en doctrine. Ceci peut se comprendre aisément dès lors qu'on observe que ce texte contient au moins deux points problématiques. Le premier point est celui de pouvoir définir l'acte qui est considéré comme une mesure de poursuite, le second consiste à déterminer comment une poursuite s'avère être vaine, autrement dit, pouvoir définir la notion de *vanité des poursuites* engagées contre la société.

³⁰⁸ La règle ainsi posée de la contribution proportionnelle aux dettes sociales est plus équitable, elle est aussi plus commode pour les créanciers car ils peuvent désormais choisir de poursuivre l'associé qui a la plus grande contribution dans le capital social.

La jurisprudence a eu d'ailleurs l'occasion d'appliquer clairement cette règle et de l'affirmer : Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 1996, n° de pourvoi : 93-13.094. En l'espèce, sous le visa de l'article 1857 C.C., la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel qui avait condamné *in solidum*, avec d'autres responsables, les associés d'une société civile à payer certaines sommes au syndicat des copropriétaires d'un immeuble appartenant à cette société, en leur qualité de créanciers d'une indemnité de réparation pour désordres apparus dans l'immeuble. Pour prononcer la censure, la Cour de cassation rappelle que, « *la condamnation de chacun des associés est limitée à proportion de sa part dans le capital social* ».

³⁰⁹ Sur le texte du – nouvel – article 1857 C.C., v. *supra* n° 182.

³¹⁰ Il a été décidé que la clause qui instaure l'engagement solidaire des associés d'une société civile envers les tiers ne saurait tenir en échec le principe de la division des dettes sociales entre les associés tel qu'il résulte de l'article 1857 C.C., v. : CA Poitiers, 7 mai 2002 : Dr. sociétés 2003, comm. 27, obs. F.-X. Lucas.

Dans ce même contexte, il a été également décidé que la résolution d'assemblée générale extraordinaire suivant laquelle il a été décidé, malgré les stipulations statutaires, de dispenser un associé de toute contribution financière personnelle pour le financement d'une opération immobilière n'a eu pour effet que de régler la contribution à la dette entre les associés, *et est inopposable aux créanciers de la société civile immobilière*, v. : CA Paris, 5 mars 2003 : Dr. sociétés 2004, comm. 4, p. 16, obs. F.-X. Lucas.

190. – Il existe un autre point qui semblerait aller de soi, mais qui – pensons-nous – mérite qu'on s'y arrête : c'est celui relatif à la dette, objet des poursuites contre les associés. Il faut qu'il s'agisse d'une dette *sociale*³¹¹, c'est-à-dire, une dette relative à l'activité de la société dans laquelle la personne poursuivie est associée.

Ceci sera étudié dans une deuxième sous-section, après que seront examinées, dans une première sous-section, les exigences qui s'imposent relativement aux poursuites contre la société pour que la voie soit ouverte à la poursuite personnelle des associés pour les dettes sociales (sous-section 1^{ère}). Pourront être ainsi appréciés en dernier, les rapports qu'entretiennent l'exigence de la vanité des poursuites et la subsidiarité de l'obligation des associés au passif social (sous-section 3).

Sous-section 1^{ère} : Les exigences relatives aux poursuites contre la société.

191. – La lecture de l'article 1858 C.C. montre que, pour que les associés puissent être valablement poursuivis pour les dettes sociales, il faut que la société ait été *préalablement* et *vainement* poursuivie. Nous voyons donc posée l'exigence de la poursuite *préalable*, ainsi que celle d'une poursuite *vaine* contre la société. Nous étudierons successivement, dans deux paragraphes, l'une et l'autre des deux exigences posées par le texte.

Par. 1^{er} : L'exigence de poursuites préalables.

192. – Le texte dispose que la société devrait être poursuivie *préalablement* aux associés. En d'autres termes, il faut que la poursuite contre la société *précède* toute tentative de poursuite contre les associés. Ceci implique que sont prohibées les poursuites entreprises *simultanément* contre la société civile et ses associés³¹².

C'est un corollaire logique de l'exigence de la poursuite préalable de la société, mais la jurisprudence a quand même eu l'occasion de l'affirmer, notamment dans un arrêt du 7 février 2001³¹³.

193. – Donc, le créancier qui veut poursuivre les associés doit, *en principe*, respecter *l'ordre de poursuite* établi par l'article 1858 C.C. C'est ainsi que la Cour de

³¹¹ V. : L. GODON, *op. cit.*, n° 83 et s. – M. PARMENTIER, note sous Cass. 3^{ème} civ., 6 juill. 2005 in Lexbase heb. éd. Aff., n° 184 du 6 oct. 2005, n° Lexbase N9090AII.

³¹² V. en ce sens : B. BOULOC, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 2 déc. 1980 in Rev. sociétés 1982. 337. – Y. CHARTIER, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 3 juill. 1996 in Rev. sociétés 1997. 125. – P. KAIGL, *La responsabilité des associés d'une société civile constituée en vue de la vente d'immeubles*, JCP (N) 1984, doct. 121, n° 6. – *Contra* : Y. DEREU, thèse précit., pp. 373 à 383.

³¹³ Cass. 3^{ème} civ., 7 fév. 2001 : Dr. sociétés 2001, comm. 94, obs. Th. Bonneau.

cassation a, dans une décision très remarquée du 18 juillet 2001³¹⁴, refusé au créancier social le droit de déclarer sa créance à la procédure collective ouverte contre un associé, faute pour lui d'avoir préalablement exercé des poursuites contre la société. Un commentateur a critiqué cette décision ; il a estimé que la Cour a mal interprété les exigences de l'article 1858 en considérant que la déclaration au passif du créancier constitue une poursuite engagée contre l'associé, alors que la déclaration d'une créance dans la procédure collective ouverte contre l'associé n'est pas la poursuite de son paiement et *qu'elle ne vise qu'à préserver son droit de poursuite*³¹⁵. Ce même auteur a estimé que la procédure de déclaration des créances aboutit, le plus souvent et à cause des délais applicables à la procédure collective, à faire *perdre* au créancier son recours contre l'associé. Nous ne pensons cependant pas que cette crainte demeure fondée aujourd'hui, car la loi du 26 juillet 2005, est venue *supprimer* l'effet qui s'attachait autrefois au défaut de déclaration de la créance, et le défaut de celle-ci *n'entraînera désormais plus l'extinction de l'obligation des associés au paiement des dettes sociales*³¹⁶.

194. – L'exigence des poursuites préalables contre la société posée par l'article 1858, démontre qu'il existe véritablement une *hiérarchie* entre l'obligation des associés et celle de la société³¹⁷. Les associés dans les sociétés civiles ne sont pas solidaires avec la société pour leur obligation au passif social. Ces associés ne sont pas placés sur le même plan que la société³¹⁸, ils ne sont ni ses codébiteurs³¹⁹, ni ses cautions³²⁰. C'est ainsi que leurs obligations respectives au passif social ne sont pas

³¹⁴ Cass. 3^{ème} civ., 18 juill. 2001 : Act. proc. coll. 2001/15, n° 192, note J.-L. Vallens ; Dr. sociétés 2001, p. 14, note Th. Bonneau ; JCP 2002. 2. 10052, note F.-X. Lucas ; *ibid.* 2002, n° 13, p. 611. En l'espèce, l'associé majoritaire d'une société civile immobilière ayant été placé en redressement judiciaire, un établissement de crédit-bail avait produit au passif au titre de loyers échus et à échoir. Sa créance avait été admise par la cour d'appel en 1999, qui avait déduit de la mise en liquidation judiciaire de la SCI, en 1997, qu'elle était irrécouvrable, ce qui – selon elle – permettait de regarder comme remplie l'exigence des poursuites vaines et préalables posée par l'article 1858 C.C. La Cour de cassation casse son arrêt pour violation de cet article. Elle considère que les motifs relevés par la cour d'appel *ne suffisaient pas à caractériser l'existence de vaines poursuites*. En effet, au moment où le créancier avait déclaré sa créance au passif de la procédure, il n'avait pas exercé la moindre poursuite contre la société puisque c'est seulement par la suite qu'il avait agi contre la personne morale en déclarant sa créance à la procédure collective ouverte à son encontre.

³¹⁵ F.-X. LUCAS, note sous Cass. 3^{ème} civ., 18 juill. 2001 in JCP 2002. 2. 10052.

³¹⁶ Sur l'innovation introduite sur cette question, v. *infra* n° 255 et note 496 et n° 446.

³¹⁷ M. ROCCA, *L'obligation au paiement des dettes sociales des associés des sociétés civiles de droit commun et de construction-vente*, Pet. Aff. 1998, n° 59, p. 6., spéc. n° 10. – Rapp. : J.-Ph. DOM, note sous Cass. com., 23 janv. 2001 in Rev. sociétés 2001. 847. – A. HONORAT, obs. sous Cass. com., 23 janv. 2001 in D. 2001. somm. 3427. – M.-H. MONSÉRIÉ-BON, note sous Cass. com., 23 janv. 2001 in RTD com. 2001. 472. – Rapp. : D. GIBIRILA, note précit. sous Cass. com., 24 janv. 2006 in Pet. Aff. 28 avr. 2006, n° 85, p. 14. – F. PÉROCHON, note sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n° 28.

³¹⁸ M. ROCCA, art. précit., spéc. n° 18.

³¹⁹ F. MAGNIN, *Les "vaines poursuites à l'encontre de la S.C.I."*, Pet. Aff. 1999, n° 222, p. 4.

³²⁰ Ch. ATIAS, obs. sur Cass. com., 20 fév. 1996 in Rép. Def. 1996, art. 36448, § 155, p. 1429.

sur le même plan, l'obligation de la société pour le passif social est *supérieure* dans la hiérarchie à celle des associés. Cette hiérarchie fonde et explique également le caractère *subsidaire* de l'engagement des associés. La subsidiarité caractérisant l'engagement de ceux-ci sera étudiée dans ses applications jurisprudentielles.

La Chambre commerciale a, dans un arrêt du 27 septembre 2005, réaffirmé la nécessité de *respecter l'ordre dans les poursuites*, en énonçant que « *l'inefficacité des poursuites contre la société doit être constatée préalablement à l'engagement de poursuites contre les associés* »³²¹.

L'exigence de devoir respecter l'ordre dans les poursuites revêt au regard de la jurisprudence une grande importance quant au sort qui sera réservé aux poursuites engagées contre les associés, cette importance est *telle* qu'il a été jugé que l'erreur initiale commise dans la chronologie des poursuites était *irréremédiable*³²², autrement dit, elle ne pourra pas être régularisée par des actes ultérieurs³²³.

195. – Dans l'hypothèse d'une société soumise à une procédure collective, l'exigence de devoir respecter l'ordre dans les poursuites, édictée par l'article 1858 en question, *impose* que le créancier déclare, *en premier*, sa créance dans la procédure collective ouverte contre la société, pour qu'il lui soit possible par la suite d'exercer des poursuites contre les associés³²⁴. Et selon l'orientation prise la Cour de cassation dans l'arrêt du 27 septembre 2005, s'il commence par exercer des poursuites contre les associés sans avoir satisfait à cette exigence, son action contre ceux-ci sera déclarée irrecevable, et ceci, *même s'il parvient par la suite à prouver que les poursuites qu'il aurait pu exercer contre la société auraient été vaines*³²⁵.

³²¹ Cass. com., 27 sept. 2005 : Bull. civ. 4, n° 188, p. 203 ; Bull. Joly soc. 2006, n° 2, p. 235, note A. Reygrobellet ; Rev. sociétés 2008. 137, note J.-F. Barbiéri ; RTD com. 2006. 616, obs. Cl. Champaud et D. Danet. Les faits de l'espèce sont simples. Un prêt consenti par une banque à une société civile immobilière demeure impayé. La banque assigne les associés, puis, alors que ces procédures sont engagées, s'avisant sans doute de son erreur, exerce des poursuites contre la société ; poursuites prenant la forme d'une déclaration de créance à la procédure de liquidation judiciaire ouverte contre la société débitrice. La cour d'appel de Nîmes avait considéré recevable l'action de la banque contre les associés en articulant deux arguments complémentaires. Le premier, purement procédural, se référait à l'article 126 CPC, selon lequel l'irrecevabilité doit être écartée lorsque la situation donnant lieu à une fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée et que sa cause a disparu, même au stade de l'appel. Or, précisément – c'est là le second argument des magistrats nîmois – la banque créancière avait satisfait aux prescriptions de l'article 1858 C.C. en ce que les poursuites engagées contre la société s'étaient révélées vaines par la clôture pour insuffisance d'actif de la liquidation judiciaire. Avec l'attendu ci-dessus reproduit, la décision est sèchement cassée par la Cour de cassation, pour violation de l'article 1858 C.C. Ce texte requérant, selon la Cour, que l'inefficacité des poursuites contre la société débitrice ait été constatée *préalablement* à l'engagement des poursuites en direction des associés.

³²² A. REYGRABELLET, note sous Cass. com., 27 sept. 2005 in Bull. Joly soc. 2006, n° 2, p. 235.

³²³ A. REYGRABELLET, *ibid.*, p. 235.

³²⁴ Rapp. : A. REYGRABELLET, *ibid.*, p. 235.

³²⁵ Rapp. : A. REYGRABELLET, *ibid.*, p. 235.

196. – Cette solution si rigide, prête le flanc à la critique³²⁶. Elle contrevient en effet, de manière franche aux dispositions de l'article 126 CPC. Ce texte dispose : « Dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue ».

Appliqué à la situation litigieuse, ce texte aurait dicté l'adoption de *la solution contraire*. Autrement dit, et selon la solution de la cour d'appel, la poursuite engagée contre la société, durant le cours de la procédure engagée contre les associés, s'étant avérée vaine par la clôture pour insuffisance d'actif de la liquidation judiciaire, ceci *prouve bien* l'inanité des poursuites contre la société exigée par l'article 1858 C.C.

Or, la Cour de cassation n'a pas suivi les juges du second degré dans ce raisonnement. S'attachant à une *application rigoureuse* des conditions de chronologie des poursuites posées par l'article 1858 C.C., la Haute juridiction fit prévaloir celles-ci sur la doctrine adoptée par la cour d'appel, *sacrifiant ainsi une application plus rationnelle des textes de portée générale du Code de procédure civile*, tels l'article 126 précité.

197. – Cette orientation critiquable devait – heureusement – céder la place à une qui est sensiblement plus souple. Cet assouplissement s'est manifesté avec l'arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 18 mai 2007³²⁷. La Cour décide en effet, que dans le cadre d'une procédure liquidative, le créancier qui a déclaré sa créance au passif de la société *remplit les conditions exigées par l'article 1858 C.C.* Faisant allusion à l'article 126 CPC précité sans pour autant le mentionner, la Cour énonce, clôturant un attendu de grande clarté, que « *l'action peut être régularisée si la créance a été régulièrement déclarée à la procédure* ». L'action visée dans l'attendu est – bien entendu – celle qu'a intenté le créancier contre l'associé de la société. L'assouplissement des conditions de chronologie posées par l'article 1858 se révèle dans le fait que la Cour a admis la possibilité de *régulariser* l'action intentée par le créancier contre l'associé, *dès lors que la société a été par la suite mise en*

³²⁶ V. les critiques formulées par A. REYGROBELLET, *ibid.*, p. 235. – Rapp. : A. MARTIN-SERF, obs. pour Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in RTD com. 2007. 597. Cet auteur estime que le bon sens impose que « *la chronologie ne soit pas un piège procédural tendu aux créanciers sociaux, mais serve à protéger les associés de poursuites intempestives* ». – V. aussi de manière implicite : A. LIENHARD, obs. pour Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in D. 2007. 1414.

³²⁷ Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 : Bull. civ., Ch. mixte, n° 4 ; Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, note F. Pérochon ; Dr. sociétés 2007, comm. 157, note J.-P. Legros ; JCP (E) 2007, n° 39, 27 sept. 2007. 2157, note A. Cerati-Gauthier ; Rép. Def. 2007, art. 38675, p. 1571, § 9, note D. Gibirila ; Rev. sociétés 2007. 620, note J.-J. Barbiéri ; RTD com. 2007. 550, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; *ibid.* 2007. 597, obs. A. Martin-Serf ; D. 2007. 1414, note A. Lienhard ; Gaz. Pal. 2007. 2521, note P.-M. Le Corre ; Lexbase heb. éd. Gén., n° 289, du 24 janv. 2008, n° Lexbase N8373BDH, note J.-B. Lenhof ; Pet. Aff. 14 août 2007, n° 162, p. 18, note F. Vinckel.

liquidation judiciaire. C'est ainsi qu'après avoir clôturé l'attendu principal par l'énoncé de la solution plus haut reproduite, elle poursuit en affirmant : « *qu'ayant relevé que la société civile immobilière avait été mise en liquidation judiciaire et dès lors qu'il n'était pas contesté que la créance avait été déclarée à cette procédure, la cour d'appel en a exactement déduit que les vaines poursuites à l'égard de la société étaient établies* »³²⁸.

198. – Entre l'arrêt de la Chambre commerciale du 27 septembre 2005 et celui de la Chambre mixte du 18 mai 2007, *l'évolution est certaine*. Le non-respect de l'ordre des poursuites institué par ledit article 1858 n'est plus considéré comme irréversible ni irréparable, et ne constitue par conséquent plus un obstacle à la régularisation ultérieure de l'action.

Cette orientation inaugurée par l'arrêt du 18 mai 2007 est assurément plus logique que celle qui l'a précédée, et correspond plus à l'esprit de l'article 126 CPC³²⁹.

De surcroît, pour que la poursuite contre la société ouvre la voie à la poursuite des associés pour les dettes sociales, il faut, selon l'article 1858 C.C., que cette poursuite entreprise par les créanciers sociaux s'avère être *vaine*. Sera ainsi envisagée dans ce qui suit la notion de vanité des poursuites.

Par. 2 : L'exigence de poursuites vaines.

200. – Cette seconde condition qui s'ajoute à celle relative au caractère préalable des poursuites, a soulevé des controverses doctrinales et a provoqué une division dans la jurisprudence à cause de l'*imprécision* de la notion de vanité des poursuites.

201. – Avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1978, dans un temps où le projet de loi sur les sociétés civiles autorisées à faire publiquement appel à l'épargne se discutait devant le Sénat, certains ont avancé l'idée selon laquelle les vaines poursuites devaient s'entendre d'une action engagée devant le tribunal, et, que la juridiction saisie ait constaté l'*impossibilité* pour la société de régler les dettes³³⁰.

³²⁸ Pour l'attendu principal de cette décision ainsi qu'une analyse de celle-ci, v. *infra* n^{os} 233 et 234.

³²⁹ Pour une opinion approuvative de cette jurisprudence, v. par ex. : A. MARTIN-SERF, obs. précit. pour Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in RTD com. 2007. 597.

³³⁰ P. BÉZARD, *La réglementation des sociétés civiles autorisées à faire publiquement appel à l'épargne*, JCP 1971. I. 2418, n^o 106.

202. – Plus que pouvoir déterminer quand il y a ou non vaine poursuite, il faut aller plus loin et tenter de déterminer la « notion de vanité des poursuites ». On pourrait ainsi se demander si la poursuite visée par l'article 1858 C.C. s'entend d'une assignation dirigée contre la société débitrice, ou alors si elle s'entend de mesures d'exécution prises et accomplies à l'encontre de la société, ou alors seulement de mesures d'exécution entreprises mais n'ayant pu aboutir, ou plus que tout ceci, d'une procédure collective ouverte contre celle-ci.

203. – L'étude de cette notion ne peut se faire à partir d'abstractions ni par la comparaison des différentes opinions doctrinales, mais à partir de l'étude de la jurisprudence. Celle-ci a été amenée à chaque fois que la question se présentait à elle, à la trancher et décider de manière explicite si les actes litigieux étaient constitutifs ou non de vaines poursuites, contribuant ainsi à la construction d'une notion de vanité des poursuites. Les décisions montrent comment la jurisprudence a réagi face aux démarches entreprises par les créanciers à l'encontre du groupement et avec quelle rigueur elle a jugé s'il s'agissait ou non de vaines poursuites.

204. – Il arrive aussi que la Cour de cassation, confrontée à la question de savoir si un associé peut être poursuivi en recouvrement des dettes sociales, n'évoque point la notion de vanité des poursuites. Dans un tel cas, ne sera donc *nullement mentionnée* par l'arrêt l'expression de vanité des poursuites. La Cour se contentera plus simplement de décider que celui-ci, *ne pourra être poursuivi en recouvrement de ce passif*. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi décidé dans un arrêt très remarqué du 23 janvier 2001, ayant par ailleurs affirmé le caractère subsidiaire de l'obligation des associés au passif social³³¹, que *l'associé peut se prévaloir des plans de continuation dûment exécutés par la société*, et que, par conséquent, le créancier de celle-ci *ne pourra poursuivre un associé en paiement des dettes sociales nées des créances qui ont été inscrites dans ces plans*³³². Rendu de

³³¹ Sur l'affirmation par la jurisprudence du caractère subsidiaire de l'obligation des associés aux dettes sociales, v. *infra* n° 311.

³³² Cass. com., 23 janv. 2001 : Bull. civ. 4, n° 24, p. 22 ; Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2001, n° 5, p. 481, § 118, note A. Couret ; D. 2001. AJ. 781, obs. A. Lienhard ; *ibid.* somm. 3427, obs. A. Honorat ; JCP (E) 2001. 850, note J.-P. Rémy ; RD bancaire et fin. 2000, n° 69, obs. F.-X. Lucas ; Rev. sociétés 2001. 847, obs. J.-Ph. Dom ; RTD com. 2001. 472, obs. M.-H. Monsérié-Bon. Dans cette espèce où la Cour de cassation a eu pour la première fois à statuer sur l'application de l'ancien article L. 621-65, al. 1^{er} C. com., le tribunal avait adopté des plans de continuation pour trois sociétés civiles d'exploitation agricole soumises à une procédure collective. L'un des créanciers de ces sociétés avait demandé paiement de sa créance à l'associé unique de ces trois sociétés. La cour d'appel l'ayant débouté, le créancier forma alors un pourvoi en invoquant l'ancien article 64 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, en vertu duquel, selon le premier moyen du pourvoi, « les coobligés du débiteur ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan de redressement ; que ce texte ne distingue aucunement selon les modalités d'ouverture des poursuites contre

cette manière, cet arrêt doit être lu comme signifiant que, si le créancier n'a pas été admis à poursuivre l'associé, c'est que, *justement, les poursuites entreprises contre les sociétés n'ont pas été vaines*, mais ont abouti, au contraire, à l'adoption des plans de continuation qui ont été respectés par la société³³³. L'adoption des plans de

les obligés, et notamment selon qu'ils peuvent être poursuivis immédiatement, comme des codébiteurs solidaires, ou ne peuvent être poursuivis qu'après le débiteur, comme les associés d'une société civile ».

Pour rejeter le pourvoi, la Cour énonce que : « *Mais attendu qu'ayant relevé que les SCEA (les sociétés civiles d'exploitation agricole) avaient bénéficié d'un plan de redressement dont elles respectaient les dispositions d'apurement du passif et énoncé à bon droit que les associés des sociétés civiles sont débiteurs subsidiaires du passif social envers les tiers et peuvent, par application de l'article 64, al. 1^{er}, de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 621-65, al. 1^{er} C. com., se prévaloir des plans de continuation, l'arrêt en déduit exactement que la société (créancière) ne peut poursuivre M. Marret (l'associé) en paiement des dettes des SCEA* ».

Était donc en cause, l'application de l'article L. 621-65, al. 1^{er} C. com., ancien article 64, al. 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985. Cet article a été transféré au Code de commerce par la loi du 26 juillet 2005. Il a été par la suite modifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008, son article 166. Il constitue désormais l'article L. 626-11 C. com. Dans sa version actuelle, ce texte dispose :

« Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous.

A l'exception des personnes morales, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent s'en prévaloir ».

Du temps où cet arrêt a été rendu, l'article L. 621-65 C. com. se présentait ainsi :

« Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous.

Toutefois, les cautions solidaires et coobligés ne peuvent s'en prévaloir ».

Nous voyons que c'est seulement le second alinéa de l'article L. 621-65, al. 1^{er} qui a été modifié. Cette modification est au surplus *radicale*, puisque selon la nouvelle version, les coobligés *peuvent* se prévaloir des dispositions du plan alors que ceci n'était pas possible en vertu de la version ancienne du texte, version qui avait été appliquée par l'arrêt. Seule la modification qui se rapporte à la situation des coobligés mérite d'être signalée dans le présent contexte à l'exclusion de tout autre édictée par le texte, car c'est la seule qui nous intéresse au regard de la situation des associés de sociétés civiles, leur situation étant le plus souvent comparée à celle des coobligés.

L'application de l'article L. 621-65 en question soulevait donc indirectement la question de savoir si les associés des sociétés civiles étaient des *coobligés* de celles-ci. En optant pour cette solution, l'arrêt a implicitement considéré que les associés de sociétés civiles *n'ont pas le statut de coobligés au sens de l'article L. 621-65, al. 1^{er} précité*.

Soulignons en dernier que si la Cour avait statué aujourd'hui, appliquant la version nouvelle de L. 621-65, al. 1^{er} C. com., en l'occurrence l'article L. 626-11 C. com., la solution *aurait été la même*.

³³³D'ailleurs, l'arrêt a été interprété de manière différente par deux commentateurs. L'un y a vu la consécration du caractère subsidiaire de l'obligation aux dettes des associés, sans plus : v. A. LIENHARD, note sous l'arrêt in D. 2001, AJ. 781. Et l'autre a estimé que la solution de l'arrêt peut être également comprise comme sous-entendant l'inexistence des vaines poursuites qui permettraient, dans le cas où elles seraient suffisamment caractérisées, de valablement poursuivre les associés pour le passif social : v. F.-X. LUCAS, note sous l'arrêt in RD bancaire et fin. 2000, n° 69, cité *supra* note 332. La première opinion peut être partiellement approuvée. C'est cette dernière opinion qui – pensons-nous – doit être pleinement approuvée.

L'arrêt du 23 janvier 2001 peut être comparé à un autre arrêt qui a été rendu en matière de société civile de construction-vente, groupement soumis pour la poursuite des associés pour le passif social à l'exigence de la simple mise en demeure préalable. Il s'agit de l'arrêt de la troisième Chambre civile du 23 février 2000 (cité *infra* n° 329 et note 660). Dans l'espèce ayant donné lieu à cet arrêt, un jugement a décidé de la continuation de l'activité de la société débitrice et arrêté un plan de redressement prévoyant le remboursement de la créance objet de la poursuite. Il est intéressant de souligner ici que dans une telle hypothèse, le fait que le groupement soit soumis à l'exigence des vaines et préalables poursuites ou qu'il soit soumis à l'exigence de la mise en demeure préalable, *ne change pas beaucoup à la situation des associés*. En effet, puisque si un plan de continuation a été adopté pour une société civile de droit commun ou si un tel plan a été adopté pour une société civile de construction-vente, ceci ferme la voie dans les deux types de groupements, à toute poursuite possible contre les associés. On voit ici que, curieusement, la situation des associés dans les groupements soumis à l'exigence des vaines et préalables poursuites et la situation de ceux-ci dans les groupements soumis à l'exigence de la mise en demeure préalable se rejoignent, puisque, justement, ni les préalables poursuites ni la mise en demeure *n'ont été vaines*. Donc, ce n'est que lorsque les poursuites aboutissent à une impasse ou que, la mise en demeure s'avère être vaine, que la situation des associés s'en trouve affectée de manière positive ou, au contraire, négative. Et c'est dans un tel cas de vanité de poursuites ou de mise en demeure, que se manifeste la *différence de*

continuation *exclut* le fait que les poursuites entreprises contre ces sociétés *puissent de quelque manière que ce soit être considérées comme vaines*. Si cet arrêt ne contribue pas à la définition de la notion de vaines poursuites, il demeure néanmoins d'un apport important en ce qu'il a rappelé l'exigence de l'existence des vaines poursuites pour que la voie soit valablement ouverte pour la poursuite des associés pour le passif social.

Nous commencerons, pour la clarté de l'exposé, par analyser les cas pour lesquels la jurisprudence a jugé que les actes ne sont pas constitutifs de vaines poursuites (sous-par. 1^{er}), pour par la suite analyser les démarches que la jurisprudence a considéré comme caractérisant suffisamment les vaines poursuites (sous-par. 2), et, pour en fin de compte pouvoir se former une idée de la notion définitivement retenue aujourd'hui en jurisprudence de la notion de vanité des poursuites (sous-par. 3).

Sous-par. 1^{er} : Les actes jugés comme non constitutifs de vaines poursuites.

205. – La Cour de cassation approuve une cour d'appel qui a considéré que deux commandements de payer pratiqués contre les locataires de l'immeuble social convertis en procès-verbaux de carence, mais *étrangers à toute mesure d'exécution*, ne caractérisent pas les vaines poursuites et ne permettent pas de poursuivre les associés en recouvrement des dettes sociales³³⁴. Les juges du fond ont récemment réaffirmé cette solution, en décidant clairement que le commandement de payer qui est étranger à toute mesure d'exécution, *ne caractérise pas la vaine poursuite*³³⁵.

De même, par un arrêt du 8 octobre 1997, la Cour de cassation a considéré que, n'a pas satisfait à l'exigence des vaines poursuites au sens de l'article 1858 C.C., lui permettant d'agir valablement contre les associés, le créancier qui a tenté en vain de *retrouver* la société débitrice³³⁶ et qu'ainsi, doit être cassé l'arrêt d'appel qui a fait

degré de la subsidiarité de l'obligation des associés aux dettes sociales entre d'une part, les membres de groupements soumis à l'exigence des poursuites préalables, et d'autre part, ceux soumis à l'exigence de la simple mise en demeure préalable.

³³⁴ Cass. 3^{ème} civ., 23 avr. 1992 : Bull. civ. 3, n° 143, p. 88 ; Rev. sociétés 1992. 763, obs. B. Saintourens ; RTD com. 1993. 332.

³³⁵ CA Versailles, 11 janv. 2001 : Bull. Joly 2001. 444, § 111, note F.-X. Lucas. La cour énonce que : « *La notion de vaines poursuites exige que les créanciers justifient de certaines diligences avant de poursuivre les associés, qu'ainsi un commandement de payer indépendant de toute mesure d'exécution et non assorti de la preuve que la société débitrice ne présente plus aucun bien saisissable ou susceptible d'être saisi ne constitue pas une vaine poursuite* ».

³³⁶ Cass. 3^{ème} civ., 8 oct. 1997 : D. 1998, jur. 139, note D. Gibrila ; *ibid.* somm. 398, obs. J.-Cl. Hallouin ; JCP 1998. I. 131, n° 9, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Rép. Def. 1998, art. 36811, p. 676, § 5, obs. J.

droit à sa demande et a décidé que la société en question qui n'était pas dissoute, était insolvable. Cet arrêt a suscité les réserves des annotateurs. Certains ont estimé qu'il est très facile à une société – être moral –, de *disparaître*, de changer de siège social sans procéder aux mesures de publicité requises³³⁷ ; et c'est pour cette raison qu'ils ont considéré comme *compréhensible* la décision de la cour d'appel d'assimiler l'impossibilité dans laquelle s'est trouvé le créancier de déclencher des poursuites contre la société faute de pouvoir la retrouver, à des poursuites infructueuses³³⁸.

D'autres ont estimé qu'on ne pouvait rester insensible à l'embarras des créanciers qui ne parviennent pas à retrouver la *trace* de leur débiteur au greffe du tribunal, et que, dans une telle situation, il s'agissait de *recherches infructueuses* et non pas de poursuites infructueuses³³⁹. Mais la recherche infructueuse peut, selon eux, être conciliée avec l'exigence des vaines poursuites³⁴⁰. C'est ainsi qu'ils préconisent³⁴¹ que les créanciers aient recours à l'application de l'article 659 CPC³⁴² pour vaincre l'obstacle de la société débitrice qui demeure introuvable.

206. – Malgré toutes ces réserves, nous ne pensons pas moins que la solution de la cour d'appel consistant à retenir l'état d'insolvabilité de la société que les créanciers ne parviennent pas à retrouver, est *excessive*. Même si elle vise à protéger les créanciers contre la mauvaise foi manifeste des associés, il ne demeure pas moins que les créanciers pourraient, pour pouvoir valablement assigner la société, recourir à l'application de l'article 659 CPC.

207. – D'ailleurs, la Cour de cassation a maintenu sa position rigoureuse dans une décision plus récente. Sa troisième Chambre civile a en effet considéré dans un arrêt du 14 juin 2000, que la vente aux enchères publiques du bien immobilier financé

Honorat ; Rev. sociétés 1998. 112, note crit. J.-F. Barbiéri ; Bull. Joly 1997. 1076, § 386, note C. Prieto. Les faits se présentent ainsi : après avoir déclaré recevable l'action d'un créancier d'une société civile immobilière engagée à l'encontre d'un membre de celle-ci, la cour d'appel a condamné l'associé au paiement dans la proportion des ses parts des sommes dues par ladite société. A l'appui de leur décision, les juges du second degré invoquaient le fait que le créancier avait vainement tenté de retrouver la SCI et qu'en raison de l'infructuosité de ses recherches, ils ont décidé qu'il convenait de considérer comme insolvable cette société dont la dissolution n'était pas établie. La Cour de cassation saisie du pourvoi reproche à la cour d'appel de n'avoir pas caractérisé l'existence de poursuites vaines et préalables à l'encontre de la personne morale et ainsi d'avoir dénaturé le contenu de l'article 1858.

³³⁷ J. HONORAT, note sous Cass. 3^{ème} civ., 8 oct. 1997 précit. in Rép. Def. 1998, art. 36811, p. 677.

³³⁸ HONORAT, *ibid.*, p. 677.

³³⁹ C. PRIETO, note sous Cass. 3^{ème} civ., 8 oct. 1997 précit in Bull. Joly 1997. 1078, § 386.

³⁴⁰ C. PRIETO, *ibid.*, p. 1078.

³⁴¹ C. PRIETO, *ibid.*, p. 1078. – V. aussi : J.-Cl. HALLOUIN, obs. pour Cass. 3^{ème} civ., 8 oct. 1997 précit. in D. 1998, somm. 398.

³⁴² L'article 659 en question régit la signification d'un acte concernant une personne morale qui n'a plus d'établissement connu au lieu indiqué comme siège social par le registre du commerce et des sociétés.

à l'aide du prêt litigieux, objet des poursuites, et les mises en demeure adressées à plusieurs reprises à la société qui a été assignée dans les formes de l'article 659 CPC, *ne caractérisaient pas suffisamment les vaines poursuites*³⁴³.

Aussi, il résulte d'une décision de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 20 novembre 2001³⁴⁴, que l'obtention par un créancier d'un jugement et la production d'une correspondance d'un notaire faisant apparaître l'existence d'une inscription en premier rang d'une hypothèque d'un autre créancier sur les biens de la société, *ne suffit point à caractériser l'existence de vaines poursuites à l'encontre du groupement*.

208. – Concernant toujours les mesures d'exécution, la Chambre commerciale a également jugé que la procédure de saisie immobilière pratiquée sur les biens d'une société civile immobilière, avant l'ouverture de la procédure collective, et qui n'était pas terminée, *ne suffisait pas* à prouver l'existence de vaines poursuites, car il n'était pas possible de savoir *si la vente de ces biens aurait permis de désintéresser totalement le créancier*³⁴⁵.

209. – Cette analyse nous a donné une idée assez claire des situations et actes que la jurisprudence ne considère pas comme *suffisamment caractéristiques* des vaines poursuites.

Il convient dans ce qui suit d'examiner quels sont les faits et actes qu'elle considère comme *caractérisant les vaines poursuites*.

Sous-par. 2 : Les actes jugés comme constitutifs de vaines poursuites.

210. – La Cour de cassation en sa Chambre commerciale, a décidé que, caractérisaient les vaines poursuites, une injonction de payer suivie d'un commandement de payer entrepris par le créancier, et le déclenchement ultérieur de la procédure de redressement judiciaire mais – curieusement –, sans qu'elle n'exige la preuve du non-paiement³⁴⁶.

³⁴³ Cass. 3^{ème} civ., 14 juin 2000 : Dr. sociétés 2000, comm. n° 152, note Th. Bonneau ; JCP 2000. 1. 282, n° 9, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain. Cet arrêt de cassation se présente assurément comme un *arrêt de principe*. La décision est rendue sous le visa de l'article 1858 C.C. et le « chapeau » en début d'arrêt indique que la solution est d'une grande portée et a vocation à être *généralisée*.

³⁴⁴ Cass. com., 20 nov. 2001 : Bull. civ. 4, n° 186, p. 180 ; JCP 2002. 2. 10092, note D. Ammar ; JCP (E) 2002. 1046, note H. Berthoud-Ribaute ; RTD com. 2002. 119, obs. M.-H. Monsérié-Bon. Sur cet arrêt, v. aussi *infra* n° 229 et note 400.

³⁴⁵ Cass. com., 11 juin 2003, n° de pourvoi : 99-17.271.

³⁴⁶ Cass. com., 6 mai 1996 : D. 1996, somm. 348, obs. J.-Cl. Hallouin.

La troisième Chambre civile de la Cour de cassation a également décidé, que la déclaration d'une créance et son admission au passif d'une société dont il est avéré qu'elle ne pouvait y faire face, *n'ayant aucune activité et ne percevant aucun revenu*, prouvait suffisamment les vaines poursuites³⁴⁷.

Il résulte aussi d'un arrêt plus récent de la deuxième Chambre civile, que caractérise suffisamment les vaines poursuites l'existence d'un jugement assorti de l'exécution provisoire contre la société civile et *qui n'a pas pu être exécuté contre celle-ci* par la créancière³⁴⁸.

211. – D'après cette analyse des décisions jurisprudentielles, nous remarquons que les décisions qui statuent sur des actes et procédures litigieux, les jugeant comme non constitutifs de vaines poursuites, sont beaucoup plus *nombreuses* que les décisions qui statuent sur les actes et procédures litigieux, les jugeant comme bel et bien constitutifs de vaines poursuites. Ceci montre que la Cour de cassation adopte une définition *par défaut* de ce qui peut constituer les vaines poursuites. Elle indique, le plus souvent, ce qui ne constitue pas une vaine poursuite, plutôt que d'en donner une définition positive³⁴⁹. Ceci est sans doute dû à *l'imprécision* de la notion de vaines poursuites³⁵⁰ ; on comprend qu'il est alors plus aisé à la Cour de cassation de procéder à une définition *négative*, que de tenter de déterminer ce que sont les actes qui répondent à la définition des vaines poursuites.

212. – Mais aussi, il est connu que ce sont les *situations pathologiques* qui donnent lieu à des litiges et ceux-ci seront ainsi portés devant les tribunaux. De telles situations se présentent plus souvent lorsqu'il y a un doute sur le fait qu'un acte ne soit pas constitutif de vaines poursuites que dans le cas où le doute est *pour* la qualification de vaines poursuites de l'acte litigieux.

En somme, de ces quelques illustrations jurisprudentielles, il peut être déduit que la notion de vaines poursuites implique, en principe, l'accomplissement de *mesures d'exécution* qui sont restées en tout ou en partie *infructueuses* établissant ainsi *l'insuffisance du patrimoine social*³⁵¹. Cette dernière donnée sera envisagée dans ce qui suit en étudiant la notion finalement retenue en jurisprudence des vaines poursuites.

³⁴⁷ Cass. 3^{ème} civ., 7 oct. 1998 : Bull. Joly 1999. 285, § 51, note J.-J. Daigre ; Dr. sociétés 1999, comm. n° 4, obs. Th. Bonneau.

³⁴⁸ Cass. 2^{ème} civ., 13 fév. 2003 : Bull. civ. 2, n° 42, p. 36.

³⁴⁹ D. AMMAR, note sous Cass. com., 20 nov. 2001 précit. in JCP 2002. 2. 10092, p. 1102.

³⁵⁰ D. AMMAR, *ibid.*, p. 1102.

Sous-par. 3 : La conception retenue en droit positif de la notion de vaines poursuites.

213. – L'étude de la jurisprudence peut nous renseigner sur la notion finalement retenue des vaines poursuites. Cette étude révèle que la jurisprudence a successivement adopté deux conceptions de la vanité des poursuites : une première conception qui est restrictive, puis une seconde conception qui est plus modérée et qui – pensons-nous – correspond mieux aux buts voulus par le législateur dans la réforme du droit des sociétés introduite par la loi du 4 janvier 1978.

214. – Cependant un auteur a préconisé une troisième conception³⁵², elle consiste à assimiler les vaines poursuites à *la mise en demeure infructueuse* instituée pour le régime de l'obligation aux dettes des associés dans les sociétés en nom collectif. Cette opinion demeura cependant isolée³⁵³ et ne fut pas suivie en jurisprudence, qui s'en tient toujours à la nécessité de la *poursuite* contre la société³⁵⁴.

Ceci dit, nous examinerons tour à tour, l'une et l'autre des manifestations jurisprudentielles des deux conceptions évoquées plus haut.

215. – La jurisprudence offre de pertinentes et utiles illustrations de l'interprétation stricte de la vanité des poursuites, exigées par l'article 1858 C.C. contre la société débitrice.

Les tribunaux ont eu à statuer pour la première fois sur l'acception à donner aux vaines poursuites, dans une affaire qui a donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 décembre 1982³⁵⁵. Il résulte de cet arrêt que, tant que la liquidation des biens d'une société civile n'est pas clôturée, il n'est pas possible de décider si la poursuite de la personnalité morale *se révélerait vaine ou non au sens de l'article 1858 C.C.*³⁵⁶.

³⁵¹ Th. BONNEAU, note sous Cass. 3^{ème} civ., 14 juin 2000 précit. in Dr. sociétés 2000, comm. n° 152.

³⁵² J. FOYER, *La réforme du titre neuvième du livre III du Code civil*, Rev. sociétés. 1978. 1, v. spéc. pp. 14-15.

³⁵³ En ce sens : C. GALL, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 3 juill. 1996 in Pet. Aff. 1997, n° 13, p. 22.

³⁵⁴ En ce sens : A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, obs. sur Cass. 3^{ème} civ., 3 juill. 1996 in JCP (E) 1996, 1, 589, n° 15.

³⁵⁵ CA Paris, 17 déc. 1982 : Rev. sociétés 1983. 763, obs. Y. Dereu ; RTD com. 1983. 247, obs. E. Alfandari et M. Jeantin.

³⁵⁶ L'arrêt énonce que : « Aux termes de l'article 1858 C. C. tel que modifié par la loi susvisée (loi du 4 janvier 1978), les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement de dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale » ; Qu'en ce qui concerne les sociétés Sofanet et Sofamontboucher que l'OCA n'a pas produit à leur liquidation des biens, que la clôture de ces liquidations des biens a été prononcée pour extinction du passif, aucun créancier ne s'étant révélé par la production de créance et non pour insuffisance du patrimoine social, qu'il s'ensuit que, faute par l'OCA d'avoir préalablement poursuivi chacune de ces deux sociétés notamment par la production à la liquidation de leurs biens, production à la liquidation de leurs biens, production dont aucun élément ne

En d'autres termes, la cour d'appel considère que les actions dirigées contre les associés n'étaient pas recevables, et que pour l'être, elles devaient intervenir beaucoup plus tard, après la liquidation définitive des sociétés civiles en cause³⁵⁷. Cette décision reflète l'interprétation *la plus exigeante* de la condition posée par l'article 1858 précité³⁵⁸.

216. – Cette solution a le mérite de rendre le patrimoine social *réellement prioritaire* devant la poursuite des créanciers³⁵⁹. Mais, on devine facilement les inconvénients qu'elle recèle. Elle procure une protection *excessive* aux associés au détriment des créanciers³⁶⁰. Une doctrine importante a considéré que cette protection créait au profit des associés une sorte de *bénéfice de discussion*, et ils ont ainsi comparé la situation de ceux-ci à celle d'une caution simple³⁶¹, opinion que nous aurons l'occasion d'évaluer plus loin³⁶². Pour pouvoir satisfaire à la condition posée par l'arrêt relativement à l'article 1858, le créancier doit passer par plusieurs étapes³⁶³. C'est le plus souvent un chemin long et coûteux qu'il doit parcourir avant d'espérer arriver à son dû. Entre-temps les associés auront eu tout le temps d'organiser leur insolvabilité³⁶⁴.

D'autres décisions, adoptant toujours une interprétation rigoureuse de l'article 1858, ont suivi. Concernant une société *in bonis*, la cour d'appel de Versailles a décidé que, dans un tel cas, le créancier social ne pourra poursuivre valablement un associé qu'après avoir *épuisé* toutes les voies d'exécution contre la société³⁶⁵. Cette solution a été suivie dans d'autres décisions³⁶⁶.

permet de dire dans quelle mesure elle aurait été vaine, celle-ci n'est pas recevable, en application de l'article 1858 C. C. à poursuivre le paiement de leur créances les associés Thévenot et Lambert ».

³⁵⁷ Y. DEREU, note sous l'arrêt rapporté in Rev. sociétés 1983. 767.

³⁵⁸ Y. DEREU, *ibid.*, p. 767.

³⁵⁹ Y. DEREU, *ibid.*, p. 768.

³⁶⁰ En ce sens : E. ALFANDARI et M. JEANTIN, obs. sur CA Paris, 17 déc. 1982 in RTD com. 1983. 24. – V. aussi du même auteur : obs. in RTD com. 1987. 77.

³⁶¹ Sur ce courant doctrinal et sur cette comparaison, v. *infra* n^{os} 312 et 313, et n^{os} 394 et s.

³⁶² V. *infra* n^{os} 314 et 315.

³⁶³ V. Y. DEREU, note précit. sous CA Paris, 17 déc. 1982 in Rev. sociétés 1983. 763. L'auteur relate en détail les actes que le créancier devait entreprendre pour arriver à l'état de clôture de liquidation des biens. Il explique que le créancier doit en premier adresser une mise en demeure à la société, puis l'assigner en vue d'obtenir à son encontre une condamnation. Ensuite, il fera tous les actes d'exécution du jugement jusqu'à prouver son insolvabilité. C'est alors que le plus souvent, une liquidation des biens de la société suivra.

³⁶⁴ En ce sens : Y. DEREU, note sous Cass. com., 24 nov. 1992 précit. in Bull. Joly 1993. 243, § 57. – D. GIBIRILA, note sous Cass. 3^{ème} civ., 8 oct. 1997 précit. in D. 1998, jur. 141. – Y. GUYON, obs. sur CA Paris, 19 mars 1991 in Rev. sociétés 1991. 606, cité *infra*.

³⁶⁵ CA Versailles, 25 juin 1987 : RTD com. 1988. 77, obs. E. Alfandari et M. Jeantin.

³⁶⁶ V. par ex. : CA Reims, 22 fév. 1993 : JCP 1994. 4. 807, p. 104.

217. – Concernant une société faisant l’objet d’une procédure collective, il faut souligner avant d’aller plus loin, que la seule considération de l’ouverture d’une procédure collective *ne constitue pas en elle-même une vaine poursuite*, même si elle sous-entend la cessation des paiements³⁶⁷. Dans le même ordre d’idées, on admet que, corrélativement, les vaines poursuites au sens de l’article 1858 C.C. *n’exigent aucunement que la personne morale poursuivie ait fait l’objet d’une procédure collective*. La jurisprudence a eu heureusement l’occasion d’affirmer ce principe de bon sens³⁶⁸. En effet, ce serait pousser *trop loin* les exigences posées à l’égard des créanciers que de vouloir imposer que la société ou le groupement fasse l’objet d’une procédure collective, c’est aussi aller à l’encontre de l’esprit de la réforme et ajouter une exigence que le texte de l’article 1858 ne prévoit pas. Autrement dit, il n’est pas requis de rapporter la preuve de l’*insolvabilité* du groupement pour pouvoir poursuivre les associés pour le passif social³⁶⁹, la seule *probabilité* du non-paiement de la dette suffit pour ouvrir la voie à la poursuite des associés. Cette orientation jurisprudentielle a, au demeurant, reçu l’approbation de la doctrine³⁷⁰.

218. – Mais si la seule ouverture d’une procédure collective ne suffit pas à établir la vanité des poursuites au sens de l’article 1858, il en va différemment, et les créanciers pourront poursuivre le paiement des dettes sociales contre les associés sans avoir besoin d’attendre la clôture de la liquidation, dès lors qu’il s’est avéré, en cours de procédure, *que l’actif social est insuffisant pour les désintéresser*. Les décisions de jurisprudence qui suivent reflètent fidèlement cette idée.

³⁶⁷ L. GODON, *op. cit.*, n° 97. – C. GALL, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 3 juill. 1996 in *Pet. Aff.* 1997, n° 13, p. 23.

³⁶⁸ CA Dijon, 17 fév. 1994 : *Bull. Joly* 1994. 1103, § 306, note M. Jeantin ; *Rev. sociétés* 1994. 787, obs. Y. Guyon. La cour décide que : « *Contrairement à ce que prétendent les appelants, l’art. 1858 C.C., qui autorise les créanciers à poursuivre les dettes sociales contre un associé, n’exige nullement que la personne morale ait fait l’objet d’une procédure collective, mais seulement qu’elle ait été “préalablement et vainement poursuivie”* ». En l’espèce, le créancier d’une société civile immobilière obtient en référé la condamnation de la société au paiement d’une certaine somme à titre provisionnel. Cette décision est confirmée en appel mais son exécution forcée se heurte à une difficulté insurmontable, l’actif immobilier de la société, qui constituait l’essentiel de son patrimoine, ayant été vendu aux enchères publiques au profit d’un créancier privilégié. Le créancier bénéficiaire de la condamnation définitive assigne alors les trois associés de la société. Ceux-ci, condamnés à régler chacun un tiers de la créance en première instance, invoquent à titre principal devant la cour d’appel que la demande est irrecevable faute de justification de la vanité des poursuites. L’argument est rejeté par la cour d’appel de Dijon.

³⁶⁹ En ce sens : H. BERTHOUD-RIBAUTE, note sous Cass. com., 20 nov. 2001 précit. in *JCP (E)* 2002. 1046, n° 31. – V. aussi : Y. GUYON, obs. sur CA Dijon, 17 fév. 1994 précit. in *Rev. sociétés* 1994. 787 – V. cependant : D. AMMAR, note sous Cass. com., 20 nov. 2001 précit. in *JCP* 2002. 2. 10092, p. 1102, qui semble estimer que la preuve de l’insolvabilité est exigée.

³⁷⁰ M. JEANTIN, note sous CA Dijon, 17 fév. 1994 précit. in *Bull. Joly* 1994. 1103, § 306. – Y. GUYON, obs. sur l’arrêt in *Rev. sociétés* 1994. 787.

219. – La Cour de cassation a admis, qu'il appartiendra dans tous les cas au créancier d'établir que le patrimoine social est *insuffisant pour le désintéresser*, pour qu'il puisse agir contre les associés³⁷¹.

Et, la cour d'appel de Paris avait admis l'action personnelle d'un créancier qui avait produit sa créance entre les mains du syndic, celui-ci ayant indiqué que, compte tenu de l'importance des créances privilégiées, *il ne sera pas procédé à la vérification des créances chirographaires*³⁷². Les annotateurs émirent des réserves sur la portée de cet arrêt³⁷³, se demandant ce qu'aurait été la solution si une chance, même *minime* de répartition, avait existé, si ceci aurait, en l'occurrence, *obligé* le créancier à attendre la clôture de la procédure collective.

Selon cette interprétation, le législateur aurait voulu donner au verbe « poursuivre » dans l'expression « préalablement et vainement poursuivi la personne morale », son sens procédural d'« exécuter »³⁷⁴.

220. – Les opinions des annotateurs sur ce courant jurisprudentiel ont divergé. Certains ont pu néanmoins trouver un avantage à la solution donnée par l'arrêt précité de la cour d'appel de Paris du 17 décembre 1982 : c'est celui de permettre au créancier de déterminer à la fin de la procédure le montant exact des sommes qu'il réclamera aux associés³⁷⁵.

221. – Nous ne pensons pas que cette opinion soit soutenable car les inconvénients d'une telle solution priment de loin ses avantages, ne serait-ce que quant à la lenteur de la procédure. C'est alors que l'on a pu estimer que, le plus souvent, après la liquidation des biens de la société, les créanciers ne pourront récupérer qu'environ 1% de leurs créances³⁷⁶. Ceci démontre que cette conception devrait être délaissée car elle protège *trop* les associés au détriment des créanciers et

³⁷¹ Cass. 3^{ème} civ., 6 janv. 1999 : Bull. Joly 1999. 455, § 94, note P. Le Cannu ; Pet. Aff. 1999, n° 50, p. 5, obs. P.M. ; Rev. sociétés 1999. 376, obs. J.-F. Barbiéri ; RTD com. 1999. 452, obs. M.-H. Monsérié-Bon. La Cour décide : « *Ayant relevé que la société Alain Chevalier Conseil n'avait pas, avant l'ouverture de la procédure collective, exercé de véritable mesure d'exécution dont pouvait s'induire l'insuffisance patrimoniale de la SCI, la cour d'appel a retenu, à bon droit, par motifs propres et adoptés, que l'article 1858 C.C. imposant au créancier d'avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale avant de former sa demande en paiement à l'encontre des associés, si l'engagement des poursuites contre les associés n'était pas subordonné à la clôture de la procédure collective, il appartenait au créancier d'établir que le patrimoine social est insuffisant pour le désintéresser, ce qui n'était pas le cas* ».

³⁷² CA Paris, 22 sept. 1987 : RTD com. 1988. 77, obs. E. Alfandari et M. Jeantin.

³⁷³ E. ALFANDARI et M. JEANTIN, obs. sur l'arrêt rapporté in RTD com. 1988. 78.

³⁷⁴ Y. DEREU, note sous Cass. com., 24 nov. 1992 précit. in Bull. Joly 1993. 243, § 57.

³⁷⁵ E. ALFANDARI et M. JEANTIN, obs. précit. sur l'arrêt rapporté, CA Paris, 17 déc. 1982 in RTD com. 1983. 248.

³⁷⁶ Y. CHARTIER, *L'évolution de l'engagement des associés*, Rev. sociétés 1980. 1, n° 37. L'auteur cite l'opinion du président du tribunal de commerce de Paris, Martineau.

conduit à *fausser* les buts voulus par l'institution de l'exigence de la préalable et vaine poursuite de la société.

222. – Peu de temps après l'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1978, certains auteurs ont estimé³⁷⁷, que, bien que voulant par la notion de *vaines poursuites*, établir un équilibre entre les intérêts des créanciers sociaux et ceux des associés, le législateur a échoué dans cette recherche d'équilibre, ceci s'est fait évidemment – disent-ils – au détriment des créanciers.

Certains auteurs³⁷⁸ ont estimé que la jurisprudence suivie en ce qui concerne les sociétés faisant l'objet d'une procédure collective est critiquable, car elle crée une discrimination entre la situation des créanciers d'une société faisant l'objet d'une procédure collective et ceux d'une société *in bonis*. Ces derniers – expliquent-ils – sont dans une situation beaucoup moins confortable car ils doivent satisfaire à l'exigence des vaines poursuites par des moyens de preuve *beaucoup plus difficiles*, ce que les créanciers des sociétés faisant l'objet d'une procédure collective n'ont aucunement à faire. C'est pour cette raison, que les créanciers auront le plus souvent intérêt à déclencher une procédure collective contre la personne morale pour faire sauter le « verrou » qui protégeait les associés³⁷⁹.

223. – Mais ce courant jurisprudentiel critiquable, qui a dominé pendant quelques années après l'entrée en vigueur de la loi réformatrice de 1978, ne devait – heureusement – pas tarder à laisser la place à une autre conception plus modérée et plus libérale de l'exigence des vaines poursuites.

Ce changement est intervenu avec un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 24 novembre 1992³⁸⁰, qui a censuré un arrêt d'appel ayant déclaré irrecevable toute intervention d'un associé, ou toute poursuite contre celui-ci,

³⁷⁷ E. ALFANDARI et M. JEANTIN, obs. in RTD com. 1988. 78.

³⁷⁸ J.-F. BARBIÈRI, note sous Cass. 3^{ème} civ., 8 oct. 1997 précit. in Rev. sociétés 1998. 115, n° 5.

³⁷⁹ J.-F. BARBIÈRI, note précit., p. 115, n° 5.

³⁸⁰ Cass. com., 24 nov. 1992 : Bull. Joly 1993. 243, § 57, obs. Y. Dereu ; JCP (E) 1993. 1. 298, n° 18, obs. Ph. Pétel ; RTD com. 1994. 68, obs. E. Alfandari et M. Jeantin. L'arrêt énonce : « Pour déclarer irrecevable l'intervention volontaire de M. Lhussier, la cour d'appel a retenu que la liquidation judiciaire qui avait été prononcée contre la SCEF-Lhussier n'était pas clôturée et qu'il n'était donc pas possible de dire si la poursuite de la dette se révélera infructueuse ou non, de sorte que M. Lhussier n'établissait pas en l'état son intérêt à intervenir dans la procédure ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la SCEF-Lhussier avait été mise en liquidation judiciaire, ce qui pouvait conduire les créanciers à rechercher la responsabilité personnelle des associés, la cour d'appel n'a pas tiré de ses constatations les conséquences légales qui s'imposaient ». En l'espèce, une société civile de droit commun était actionnée en paiement par un créancier, l'un des associés prétendait intervenir volontairement dans la procédure, son intérêt naissant du jour où il est susceptible de poursuites personnelles par le créancier. La cour d'appel avait jugé son intervention irrecevable faute d'intérêt. La question qui se posait à la Cour de cassation était celle de savoir, au regard de l'article 1858 qui subordonne l'action du créancier social contre les associés à de « vaines poursuites préalables » contre la société, à quel moment cette condition devient remplie dans le cas de l'application des procédures collectives au groupement.

avant la clôture des opérations de liquidation judiciaire. La lecture de l'arrêt renseigne, au premier abord, qu'on est loin de la conception restrictive adoptée dans les arrêts précités du 17 décembre 1982³⁸¹ et du 25 juin 1987³⁸². Mais un doute est cependant permis, car la motivation de l'arrêt n'est pas très explicite³⁸³. L'annotateur³⁸⁴ se demande quel sens donner à l'attendu de celui-ci : savoir s'il faut considérer que l'exigence des vaines et préalables poursuites est remplie dès que le créancier entame des poursuites contre la société et que celle-ci est par la suite mise en liquidation judiciaire, ce qui rend celles-ci infructueuses, ou alors, s'il faut considérer que toute poursuite n'est plus nécessaire dès lors que la société civile est mise en procédure de règlement. Il estime que c'est cette dernière interprétation qui semble correspondre au point de vue de la Cour. Nous pensons que la formule lapidaire de l'arrêt qui lie entre « la liquidation judiciaire » et la recherche de la « responsabilité personnelle des associés »³⁸⁵, laisse à penser que c'est vraiment cette interprétation-ci qui devait prévaloir.

La solution donnée par l'arrêt se révèle être très favorable aux créanciers sociaux. Après avoir adopté une solution très rigoureuse et en défaveur des créanciers, voici que la Cour de cassation adopte une position libérale, surprenante à la limite³⁸⁶, et qui est à l'extrême opposé de sa position antérieure, précédemment examinée.

224. – Mais comme on l'a déjà fait observer, l'arrêt précité du 24 novembre 1992 ne peut être pris comme référence sur la voie que la Cour de cassation a finalement empruntée en ce qui concerne la manière d'interpréter l'exigence des « vaines et préalables poursuites ». La solution de cet arrêt se rapproche de celle appliquée aux sociétés civiles de construction-vente pour lesquelles la *simple* mise en redressement judiciaire de la société, dispense les créanciers d'adresser une mise en demeure préalable contre la société pour pouvoir agir contre les associés³⁸⁷. Cet arrêt très libéral, n'a pas fait jurisprudence. Il ne peut, et ne doit être vu que comme une

³⁸¹ V. *supra* n° 215 et note 355.

³⁸² V. *supra* n° 215 et note 365.

³⁸³ Sur la question de la motivation des décisions de jurisprudence et des problèmes qu'elle soulève, v. A. TOUFFAIT et A. TUNC, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celle de la Cour de cassation*, RTD civ. 1974. 487.

³⁸⁴ Y. DEREU, note sous l'arrêt précit. in Bull. Joly 1993. 243, § 57.

³⁸⁵ V. l'attendu reproduit *supra* note 380.

³⁸⁶ Y. DEREU, note sous l'arrêt précit. in Bull. Joly 1993. 243, § 57. – V. aussi : L. GODON, *op. cit.*, n° 98.

³⁸⁷ Sur le régime des poursuites des associés et la mise en demeure préalable qui s'applique aux sociétés civiles de construction-vente, v. *infra* n°s 342 et s.

réaction aux décisions qui lui sont antérieures, celles trop sévères, qui ont exigé que, pour que les poursuites soient considérées comme vaines, la procédure de liquidation judiciaire entamée contre la société soit *clôturée*.

225. – En effet, la jurisprudence s’est écartée de la solution posée par ledit arrêt. Des décisions rendues après le 24 novembre 1992, certaines même peu avant cette date³⁸⁸, sont retournées vers une doctrine plus *défendable*, plus *justifiée* de la notion des vaines poursuites.

Un arrêt de la cour de Paris du 19 mars 1991³⁸⁹, donc de peu antérieur à celui du 24 novembre précité, a décidé que l’action des créanciers d’une société civile en redressement judiciaire était recevable « *sans qu’il y ait lieu d’attendre la clôture des opérations du redressement et de la liquidation judiciaire* » dès lors, « (...) *que le patrimoine social ne permet pas de désintéresser ces créanciers* »³⁹⁰. Les annotateurs de cet arrêt ont eu des opinions différenciées. On a estimé que la solution demeurait, malgré tout, trop sévère pour les créanciers, car elle aboutissait – et *paradoxalement* – à privilégier les créanciers ordinaires au détriment des créanciers titulaires de sûretés³⁹¹. Au contraire, un autre auteur a considéré que la solution était *raisonnable*³⁹².

226. – Nous pensons que cette solution est défendable, car elle parvient à trouver *l’équilibre recherché* entre les intérêts des associés et ceux des créanciers. Les créanciers privilégiés ne pourront être lésés, même s’ils attendent la fin de la procédure collective, car par hypothèse, leurs sûretés *garantiront* qu’ils recevront paiement de leurs dus.

227. – La Chambre commerciale de la Cour de cassation a adopté une solution semblable dans un arrêt du 18 janvier 1994³⁹³. Elle a rejeté le pourvoi formé par l’associé, qui soutenait que dans le cas de redressement judiciaire, on ne pouvait pas considérer que le créancier admis au passif avait vainement poursuivi la personne

³⁸⁸ Ces décisions sont cependant pour la plupart publiées en sommaires.

³⁸⁹ CA Paris, 19 mars 1991 : JCP (E) 1991. 1. 102, n° 18, obs. Ph. Pétel ; Rev. sociétés 1991. 606, obs. Y. Guyon.

³⁹⁰ Texte de l’arrêt tel que reproduit par Ph. PÉTEL dans ses observations sur l’arrêt JCP (E) 1991. 1. 102, n° 18. En l’espèce, la société avait fait l’objet d’un plan de cession totale pour un prix d’un million de francs, alors que le seul passif privilégié était sept fois supérieur à ce chiffre, ce qui *excluait* tout espoir de recouvrement pour le demandeur, qui était créancier chirographaire.

³⁹¹ V. *infra* n° 258 et note 508.

³⁹² Y. GUYON, obs. sur l’arrêt in Rev. sociétés 1991. 606.

³⁹³ Cass. com., 18 janv. 1994 : Banque 1994, n° 547, p. 93, obs. J.-L. Guillot ; JCP (E) 1994. 1. 363, n° 10, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain. – Rappr. Cass. 3^{ème} civ., 8 avr. 1987 : Bull. civ. 3, n° 83, p. 50 ; Bull. Joly 1987. 867, § 359, note G. Lesguillier ; JCP 1987. 4. 215.

morale tant que les opérations de redressement n'étaient pas terminées³⁹⁴. Les commentateurs ont approuvé la solution de l'arrêt, estimant qu'*il n'était pas nécessaire* d'attendre que la procédure collective soit définitivement achevée pour acquérir la certitude que les poursuites engagées contre la société seraient sans résultat³⁹⁵.

Les juges du fond ont adopté une solution analogue dans une espèce où le mandataire liquidateur avait écrit au créancier poursuivant l'informant que les opérations de la procédure collective étaient vouées à une clôture pour insuffisance d'actif et que seuls les créanciers hypothécaires pouvaient espérer obtenir un règlement total ou partiel de leurs créances³⁹⁶. Ils ont alors décidé que le caractère vain des poursuites contre la société était *suffisamment caractérisé*.

D'autres décisions ont également clairement affirmé qu'il n'est point besoin d'attendre la clôture de la procédure collective pour pouvoir établir l'existence de vaines poursuites au sens de l'article 1858 C.C.³⁹⁷.

228. – Plus récemment, fut rendu un arrêt de la cour de Paris, que l'on peut qualifier de principe, et qui est d'un *considérable apport théorique*³⁹⁸. Il décide, à

³⁹⁴ En l'espèce, une banque était tiers porteur en qualité d'escompteur d'une lettre de change tirée sur une société civile et qui était devenue impayée. La société ayant été mise en redressement judiciaire, la banque déclara sa créance au représentant des créanciers du redressement judiciaire de celle-ci au titre du montant de cette traite. Par la suite, l'établissement de crédit assigna certains associés de la société en paiement de cette lettre de change en fonction de la quote-part qu'ils détenaient dans le capital social. La banque obtint gain de cause, la cour d'appel de Paris ayant jugé recevable son action à l'encontre des associés de la société civile dès lors que sa créance avait été déclarée dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire et qu'elle était irrécouvrable.

³⁹⁵ J.-L. GUILLOT, obs. sur Cass. com., 18 janv. 1994 précit. in Banque 1994, n° 547, p. 94. – A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, obs. sur l'arrêt précit. in JCP (E) 1994. I. 363, n° 10.

³⁹⁶ TGI Paris, 5 janv. 1994 : RTD com. 1994. 525, obs. E. Alfandari et M. Jeantin.

³⁹⁷ CA Dijon, 12 sept. 1997 : Pet. Aff. 1999, n° 11, p. 16, obs. Ch. Lebel. La cour d'appel de Dijon décide que : « *L'article 1858 C.C. n'a pas pour effet d'imposer au créancier d'attendre que la clôture de la liquidation judiciaire soit prononcée pour insuffisance d'actif* ». En l'espèce, une banque a obtenu un jugement contre une société civile immobilière condamnant cette dernière au paiement d'une certaine somme. Le créancier a ensuite pris une inscription d'hypothèque judiciaire sur un immeuble appartenant à la société. Ultérieurement, la banque a fait délivrer un commandement de payer en vue de procéder à une saisie-vente, qui, par la suite, a donné lieu à un procès-verbal de carence. Le 5 mai 1994, la société civile a été mise en liquidation judiciaire et la banque a régulièrement déclaré sa créance entre les mains du liquidateur. Puis, le créancier a saisi le TGI de Chaumont en vue d'obtenir le paiement de la part des associés des sommes dues par la société à la banque. Les premiers juges ont considéré qu'il n'y avait pas eu de poursuite préalable et réelle de la personne morale. La cour d'appel de Dijon réforme le jugement en considérant que les actes de poursuites entrepris jusqu'alors par les créanciers suffisaient à établir le caractère vain des poursuites.

³⁹⁸ CA Paris, 9 nov. 2001 : Bull. Joly 2002. 270, § 56, note Y. Dereu. L'arrêt énonce que : « *Si l'ouverture d'une procédure collective ne suffit pas à établir la vanité des poursuites requise par les dispositions de l'article 1858 C.C., il n'est cependant nul besoin d'attendre la clôture de cette procédure pour tirer les conséquences légales qui s'imposent au regard des mêmes dispositions* » ; « *que l'article 1858 C.C., qui autorise les créanciers à poursuivre les dettes sociales contre les associés, exige seulement que la personne morale ait été "préalablement et vainement poursuivie"* ; qu'il est constant que le caractère infructueux des diligences du créancier résulte non de leur inefficacité intrinsèque, mais de l'insuffisance, révélées par elles, du patrimoine social ». Les faits se présentent comme suit : un créancier, après avoir obtenu condamnation d'une société civile immobilière puis vainement attendu le paiement de celle-ci, il assigne personnellement les associés. Entre-temps la société fut mise en liquidation judiciaire. Le tribunal

l'instar des décisions précitées, qu'*il n'est pas nécessaire* que les créanciers attendent l'issue de la liquidation de la société pour agir contre les associés pour le recouvrement de leurs créances, dès lors que l'actif de la société était *nul*, et c'est ce qu'avait expressément reconnu, en l'espèce, le liquidateur. Ceci rendait toute tentative de poursuite contre la société *vaine*³⁹⁹ et, ouvrait, par conséquent, la voie à la poursuite des associés. L'arrêt enseigne que pour que les poursuites soient considérées comme *vaines*, il faut et *il suffit* qu'elles soient *clairement révélatrices* de l'insuffisance du patrimoine social.

229. – D'autres décisions contemporaines à l'arrêt précité, ont suivi ce même raisonnement. Adoptant une conception *modérée* de la notion de vaines poursuites ; on a estimé que ne constituent pas de vaines poursuites les actes *qui n'établissent pas que leur inefficacité est due à l'insuffisance du patrimoine social*⁴⁰⁰. Ce qui diffère ici des solutions citées précédemment, c'est qu'il s'agissait d'une société *in bonis*, ce qui implique que la preuve de l'inanité des poursuites est *plus rigoureuse* pour les créanciers. La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel qui s'est montré très libéral⁴⁰¹, en déduisant l'existence des vaines poursuites de mesures *insuffisamment révélatrices* de l'insuffisance du patrimoine social⁴⁰². En définitive, il résulte de cette décision que le caractère vain des poursuites pourrait résulter de *la preuve de l'insuffisance du patrimoine social*, et non plus nécessairement de l'exercice d'une véritable mesure d'exécution restée infructueuse⁴⁰³ ; que la preuve, *rapportée par tout*

fit droit à sa demande. L'un des associés interjette appel au motif que la condition posée par l'article 1858 de poursuites préalables et vaines contre le groupement n'aurait pas été remplie. La cour de Paris rejette cette argumentation et confirme le jugement.

³⁹⁹ En l'espèce, le créancier après avoir obtenu un jugement de condamnation de la société civile immobilière, a déclaré sa créance au représentant des créanciers du groupement tombé en liquidation judiciaire. Ses poursuites ont été assurément vaines : il a fait délivrer un commandement aux fins de saisie-arrêt resté infructueux ; il a envisagé des saisies immobilières mais a été dissuadé par un état hypothécaire assez chargé.

⁴⁰⁰ Cass. com., 20 nov. 2001 précit. : Bull. civ. 4, n° 186, p. 180 ; JCP 2002. 2. 10092, note D. Ammar ; JCP (E) 2002. 1046, note H. Berthoud-Ribaute ; RTD com. 2002. 119, obs. M.-H. Monsérié-Bon. L'arrêt énonce : « *Attendu que pour déclarer la société (créancière) recevable à agir contre l'associé de la SCI, en paiement, à proportion de ses droits sociaux, d'une dette sociale, l'arrêt retient qu'elle a obtenu un jugement condamnant la SCI, inscrit sur ses biens une hypothèque de second rang, et qu'elle produit une correspondance d'un notaire faisant apparaître l'existence d'une inscription d'un autre créancier en premier rang sur les mêmes biens* ». Et la Cour de décider : « *Qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à établir que les poursuites diligentées préalablement contre la SCI étaient, du fait de l'insuffisance du patrimoine social, privées de toute efficacité, la cour d'appel a violé le texte susvisé (l'art. 1858 C.C.)* ».

⁴⁰¹ Pour une opinion approuvée de l'arrêt du 20 novembre 2001, v. : M.-H. MONSÉRIÉ-BON, obs. in RTD com. 2002. 119.

⁴⁰² Il s'agissait en l'occurrence d'un jugement condamnant la SCI, l'inscription sur ses biens d'une hypothèque de second rang et la production d'une correspondance d'un notaire faisant apparaître l'existence d'une inscription d'un autre créancier en premier rang sur les mêmes biens. V. *supra* note 400.

⁴⁰³ H. BERTHOUD-RIBAUTE, note sous Cass. com., 20 nov. 2001 précit. in JCP (E) 2002. 1046, n° 22.

moyen, que la créance ne sera pas payée, caractérise la vanité des poursuites⁴⁰⁴. C'est pour cette considération de portée pratique, qu'un auteur, commentant l'arrêt, a préconisé que soit supprimée la différence de traitement qui existe entre les créanciers d'une société *in bonis* et ceux d'une société faisant l'objet d'une procédure collective⁴⁰⁵. Nous ne pensons cependant pas qu'une telle solution soit envisageable, car l'application d'une procédure collective à une société influe de beaucoup sur le *degré de difficulté* des poursuites et sur *leur résultat*, pour que la distinction entre les situations des sociétés soumises à une procédure collective et celles qui ne le sont pas soit supprimée.

230. – Concernant toujours la solution réservée aux sociétés civiles faisant l'objet de poursuites mais non soumises pour autant à une procédure collective, on a récemment pu, au contraire, observer un *durcissement* de la position de la Cour de cassation quant à la conception des vaines poursuites. Il résulte en effet d'un arrêt de la troisième Chambre civile du 6 juillet 2005⁴⁰⁶, que *ne suffit pas* à établir les vaines poursuites exigées par l'article 1858 C.C. *le fait pour le créancier d'avoir diligenté une procédure de saisie immobilière sur l'immeuble donné en garantie de sa dette et n'a pu recouvrer qu'une partie de la créance* : ceci ne suffit pas à établir que toutes autres poursuites contre la société auraient été, du fait de l'insuffisance du patrimoine social, privées d'efficacité. Diversement commentée⁴⁰⁷, cette solution qui marque le

⁴⁰⁴ H. BERTHOUD-RIBAUTE, *ibid.*, 1046, n° 22.

⁴⁰⁵ H. BERTHOUD-RIBAUTE, *ibid.*, 1046, n° 37.

⁴⁰⁶ Cass. 3^{ème} civ., 6 juill. 2005 : Bull. civ. 3, n° 153, p. 142 ; Bull. Joly soc. 2006, n° 1, p. 110, note J.-P. Garçon ; Lexbase heb. éd. Aff., n° 184 du 6 oct. 2005, n° Lexbase N9090AII, note M. Parmentier ; Rev. sociétés 2006. 99, note crit. J.-F. Barbiéri ; RTD com. 2005. 781, note M.-H. Monsérié-Bon. En l'espèce, une banque avait consenti un prêt garanti hypothécairement à une société civile immobilière. La défaillance de cette dernière avait motivé une saisie immobilière. Le prix de vente ne permettant pas de désintéresser le prêteur, l'associé dont la résistance a donné lieu à l'arrêt rapporté fut assez naturellement poursuivi. La cour d'appel avait estimé cette mise en cause bien fondée parce que le créancier n'avait eu connaissance de l'insuffisance du prix d'adjudication qu'à une date très proche de celle de la dissolution de la société, alors même que la vanité de nouvelles poursuites résultait de ce que le patrimoine social avait été entièrement réalisé consécutivement à la préemption d'un autre bien immobilier. L'associé faisait valoir dans son pourvoi que le prêteur aurait pu diligenter d'autres procédures à l'encontre de cette société, notamment en appréhendant les loyers versés par le locataire de l'autre immeuble social ou en inscrivant sur celui-ci une hypothèque judiciaire. Pour l'auteur du pourvoi, la cour d'appel avait violé les articles 1844-8, al. 3, et 1858 C. civ. en ne constatant pas l'insuffisance du patrimoine de la société dissoute, ni la clôture des opérations de liquidation, alors que les poursuites *restaient possibles jusqu'à cette date*. Était subsidiairement invoquée l'existence d'une faute de la part du créancier qui aurait négligé de poursuivre à temps la personne morale en s'abstenant de saisir les loyers de l'autre immeuble de rapport. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel dont les motifs ne suffisaient pas à établir que toutes autres poursuites contre la société auraient été inefficaces.

⁴⁰⁷ V. qui approuve la solution de l'arrêt : M. PARMENTIER, note sous l'arrêt rapporté in Lexbase heb. éd. Aff., n° 184 du 6 oct. 2005, n° Lexbase N9090AII. – Pour une opinion plus nuancée, v. : J.-P. GARÇON, note sous l'arrêt rapporté in Bull. Joly soc. 2006, n° 1, p. 110.

retour vers une solution *plus rigoureuse* à l'égard des créanciers de sociétés civiles *in bonis* a suscité la critique⁴⁰⁸.

231. – Concernant en revanche les sociétés civiles faisant l'objet d'une procédure collective, on a plus récemment observé que la solution admettant la possibilité de déduire la vanité des poursuites au sens de l'article 1858 C.C., *sans le besoin d'attendre la clôture de la procédure collective*, a été réaffirmée par une décision de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 6 décembre 2005⁴⁰⁹, décision que l'on peut qualifier *de principe*. La Cour y énonce que : « *si l'exercice des poursuites contre les associés n'est pas subordonné à la clôture de la procédure collective ouverte à l'égard de la société, il appartient au créancier d'établir que le patrimoine social est insuffisant pour le désintéresser* ». Outre qu'est rappelée la solution selon laquelle la clôture de la procédure collective *n'est plus requise pour la preuve de la vanité des poursuites*, l'arrêt réaffirme de même l'exigence imposée au créancier de *prouver l'insuffisance du patrimoine social pour le désintéresser*.

Cette même orientation jurisprudentielle a été réaffirmée dans un arrêt émanant également de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 24 janvier 2006⁴¹⁰. Il résulte, *notamment*, de cet arrêt, que le créancier n'est plus tenu

⁴⁰⁸ V. J.-F. BARBIÈRI, note crit. sous Cass. 3^{ème} civ., 6 juill. 2005 in Rev. sociétés 2006. 99. – M.-H. MONSÉRIÉ-BON, note crit. sous Cass. 3^{ème} civ., 6 juill. 2005 in RTD com. 2005. 781.

⁴⁰⁹ Cass. com., 6 déc. 2005 : Dr. sociétés, fév. 2006, comm. 18, obs. F.-X. Lucas et mars 2006, comm. 38, obs. J.-P. Legros ; Gaz. Pal. 20 juill. 2007, n° 201, p. 18, note P.-M. Le Corre.

⁴¹⁰ Cass. com., 24 janv. 2006 : Bull. civ. 4, n° 17, p. 18 ; Bull. Joly soc. 2006, n° 5, p. 588, note J.-J. Daigre ; D. 2006, AJ. 445, obs. A. Lienhard ; Lexbase heb. n° 208, 30 mars 2006, éd. Aff., n° Lexbase N6251AKQ, note D. Gibirila ; Pet. Aff. 28 avr. 2006, n° 85, p. 14, note D. Gibirila ; Rev. sociétés 2006. 410, note J.-F. Barbiéri ; *ibid.* 637, note Th. Bonneau ; RTD com. 2006. 435, note M.-H. Monsérié-Bon ; *ibid.* 916, note A. Martin-Serf. Les faits révèlent une situation de procédures collectives en chaîne. Une créancière après avoir obtenu la condamnation d'une SCI à lui payer la somme due, la société est placée en liquidation judiciaire. La créancière, après avoir déclaré sa créance, agit contre l'un des associés, une autre SCI, qui ne tarde pas à être mise à son tour en liquidation judiciaire. Ne se décourageant pas, la créancière assigne une dernière SCI, associée de la précédente, détentrice de 50% du capital social de cette dernière. Elle assigne en référé celle-ci en paiement d'une provision sur le fondement de l'article 1858 C.C. La cour d'appel accueillit la demande de la créancière. Le liquidateur de la société condamnée se pourvut en cassation. Il contestait le droit d'action de la créancière contre l'associée placée en liquidation judiciaire, en invoquant que « *le liquidateur auquel sont dévolues les fonctions du représentant des créanciers a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers* », et que donc lui seul peut agir contre les associés pour recouvrer le montant des dettes sociales. La Cour de cassation rejette ce premier moyen en adoptant une toute autre position, elle affirme dans un attendu de principe, que : « *les associés d'une société civile demeurent tenus personnellement à l'égard des créanciers sociaux même en cas de procédure collective de cette société ; que, dès lors, ni le représentant des créanciers de cette société, ni, en cas de liquidation judiciaire, le liquidateur, n'ont qualité pour exercer l'action ouverte par l'article 1857 C.C. à chacun des créanciers contre les associés* ».

C'est cependant le deuxième moyen du pourvoi qui nous intéresse ici, le liquidateur se basait sur une prétendue violation de l'article 1858 C.C. Celui-ci alléguait que les opérations de liquidation judiciaire des deux sociétés civiles dont la société condamnée était associée *venaient de commencer*, ce qui, selon lui, ne permettait pas de pouvoir déterminer que ces sociétés *ne disposaient plus d'aucun actif*, et partant, que les poursuites engagées contre ces sociétés seraient vaines, ce qui ouvrirait la voie à la poursuite contre la société condamnée, associée de celles-ci.

d'attendre la fin de la procédure collective s'il parvient à *démontrer* que toute exécution contre la société serait vaine⁴¹¹. En l'espèce, celui-ci, muni d'un titre exécutoire, en avait fait la démonstration *par avance*, puisqu'il avait tenté une exécution avant la mise en liquidation judiciaire de la société, tentative qui s'était avérée sans espoir, *faute d'un actif disponible*. Cet arrêt, qui est dans le droit fil de l'orientation de jurisprudence réaffirmée par l'arrêt précité du 6 décembre 2005, fut par ailleurs pleinement approuvé par un éminent auteur⁴¹².

232. – On peut ici se demander quelle est la manière la plus convenable d'appréhender la question de l'insuffisance du patrimoine social. Nous pensons que l'actif est considéré insuffisant dès lors qu'il est *manifestement déficitaire* pour couvrir les créances exigibles⁴¹³.

Le créancier qui cherche à prouver par tous moyens que la société ne dispose pas d'actifs suffisants pour le désintéresser, peut demander au liquidateur une attestation établissant que la société ne peut pas faire face à son obligation⁴¹⁴.

233. – Puis, une évolution devait plus clairement se manifester avec un arrêt très remarqué de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 18 mai 2007, précédemment cité. Se posait à la Cour le problème de savoir si le créancier de la société civile pouvait poursuivre un associé d'une société qui avait été placée en liquidation judiciaire, *sans avoir besoin de démontrer que le patrimoine de la société civile immobilière ne suffirait pas à le remplir de ses droits*. La Cour, après avoir

La seconde branche du moyen reprochait à la cour d'appel d'avoir énoncé que le créancier avait déclaré sa créance auprès du représentant des créanciers de la société, *sans constater que cette créance avait été admise*, pour pouvoir en déduire que le patrimoine social de celle-ci était insuffisant pour désintéresser le créancier. La Cour de cassation rejette ce second moyen en ces deux branches. Elle énonce : « *qu'après avoir constaté que la société CDR (la créancière) bénéficiait à l'encontre de la SCI Azur Investissement (l'associée) d'un titre constatant une créance dont elle avait préservé l'existence et le caractère exécutoire par la déclaration qu'elle en avait faite auprès du représentant des créanciers de cette SCI, l'arrêt relève que toute poursuite préalable à l'encontre de cette dernière, qui ne disposait d'aucun actif disponible, avait été vaine ; qu'en l'état de ses appréciations et énonciations, la cour d'appel a pu retenir que la demande de paiement d'une provision dirigée contre son associée (...), qui n'était pas subordonnée à la preuve de l'admission de la créance, ne se heurtait à aucune contestation sérieuse (...)* ».

⁴¹¹ Un autre enseignement découle également de cet arrêt et qui n'est aucunement de moindre importance que celui se rapportant à la conception retenue par la Cour de cassation des vaines poursuites ; il résulte du rejet du premier moyen du pourvoi. Sur ce point, v. *infra* n° 312 et note 626.

⁴¹² Th. BONNEAU, note sous Cass. com., 24 janv. 2006 in Rev. sociétés 2006. 637, spéc. n° 9 et les réf. citées.

⁴¹³ La jurisprudence considère traditionnellement que le débiteur est en état de cessation des paiements lorsqu'il ne peut plus faire face à son passif exigible avec son actif disponible, v. : G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, L.G.D.J., 16^{ème} éd., 2003, spéc. n° 2873 et les réf. citées.

⁴¹⁴ M. STORCK, note sous Cass. com., 12 déc. 2006 in Banque et droit, janv. 2007. 53.

rappelé « *qu'il résulte des dispositions de l'article 1858 C.C. que les créanciers d'une société civile de droit commun ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre les associés, débiteurs subsidiaires du passif social envers les tiers, qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale* », décide que : « *dans le cas où la société est soumise à une procédure de liquidation judiciaire, la déclaration de la créance à la procédure dispense le créancier d'établir que le patrimoine social est insuffisant pour le désintéresser* »⁴¹⁵. C'est cette seconde tranche de l'attendu de l'arrêt, attendu de principe, qui nous intéresse dans la présente perspective de la notion retenue de la vanité des poursuites⁴¹⁶.

En se décidant dans ce sens, l'arrêt du 18 mai 2007 marque un *net progrès* par rapport aux arrêts qui l'ont précédé, dans la manière dont la jurisprudence interprétait la notion de vanité des poursuites⁴¹⁷. Auparavant, la jurisprudence permettait au créancier de poursuivre les associés sans attendre la clôture de la procédure de liquidation pour insuffisance d'actif, *mais à condition d'établir l'insuffisance du patrimoine social*⁴¹⁸.

⁴¹⁵ Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 précit. : Bull. civ., Ch. mixte, n° 4 ; Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, note F. Pérochon ; Dr. sociétés 2007, comm. 157, note J.-P. Legros ; JCP (E) 2007, n° 39, 27 sept. 2007. 2157, note A. Cerati-Gauthier ; Rép. Def. 2007, art. 38675, p. 1571, § 9, note D. Gibirila ; Rev. sociétés 2007. 620, note J.-J. Barbiéri ; RTD com. 2007. 550, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; *ibid.* 2007. 597, obs. A. Martin-Serf ; D. 2007. 1414, note A. Lienhard ; Gaz. Pal. 2007. 2521, note P.-M. Le Corre ; Lexbase heb. éd. Gén., n° 289, du 24 janv. 2008, n° Lexbase N8373BDH, note J.-B. Lenhof ; Pet. Aff. 14 août 2007, n° 162, p. 18, note F. Vinckel. En l'espèce, une société civile immobilière a été assignée par un créancier en paiement d'un solde d'honoraires. Cette société civile a été mise en redressement judiciaire, et le tribunal a arrêté un plan de continuation. Un arrêt irrévocable, en date du 28 juin 2000, a fixé la créance du demandeur au passif du redressement judiciaire de la société. Ce dernier a assigné l'associé de la société civile immobilière, pris en cette qualité-ci, en paiement de la dette sociale à proportion des parts détenues par lui. Puis, le tribunal a prononcé la résolution du plan de la société civile et sa mise en liquidation judiciaire. Un jugement a déclaré irrecevable la demande précitée en paiement du solde d'honoraires. Le créancier a alors réitéré sa demande en soutenant que la mise en liquidation judiciaire de la société civile immobilière, *suffisait à démontrer qu'il avait engagé des poursuites à l'encontre de celle-ci*. La cour d'appel a déclaré recevable la demande du créancier en paiement du solde d'honoraires. L'associé condamné au paiement s'est alors pourvu en cassation. Il reprochait aux juges du fond d'avoir déclaré recevable la demande sans avoir constaté que le créancier avait exercé des poursuites demeurées vaines en raison du fait que le patrimoine de la société était insuffisant pour le désintéresser, *au mépris des exigences que la jurisprudence déduisait jusqu'ici de l'article 1858 C.C.* La Cour commence par énoncer l'attendu reproduit plus haut, et, pour rejeter le pourvoi, relève que : « *la société civile immobilière avait été mise en liquidation judiciaire et dès lors qu'il n'était pas contesté que la créance avait été déclarée à cette procédure, la cour d'appel en a exactement déduit que les vaines poursuites à l'égard de la société civile immobilière étaient établies* ».

⁴¹⁶ La première tranche de l'attendu n'est pas moins de moindre importance, elle revêt son importance de l'affirmation du caractère subsidiaire de l'obligation des associés. La Cour a enrichi le rappel qu'elle fait de l'article 1858 de la mention de la subsidiarité de l'obligation des associés ; cette mention n'était pas moins utile dans le cas d'espèce.

⁴¹⁷ Rapp. : P.-M. Le CORRE, note sous l'arrêt rapporté in Gaz. Pal. 2007. 2521. – F. PÉROCHON, note précit. sous l'arrêt rapporté in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n° 3. – A. CERATI-GAUTHIER, note sous Cass. 3^{ème} civ., 23 mai 2007 in JCP (E), n° 39, 27 sept. 2007. 2157.

⁴¹⁸ J.-P. LEGROS, note sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Dr. sociétés 2007, comm. 157.

234. – Désormais, les vaines poursuites visées dans l'article 1858 C.C. existent dès lors que la société civile débitrice est *en liquidation judiciaire*⁴¹⁹. Cet arrêt constitue une parfaite illustration de la conception « intermédiaire » des vaines poursuites⁴²⁰. Son importance réside dans le fait qu'il a *adapté* l'exigence des vaines poursuites à la procédure de liquidation judiciaire⁴²¹. La solution inaugurée par cet arrêt revêt une grande importance non seulement du fait qu'il se présente comme un arrêt de principe, mais aussi eu égard à la *formation* dont il émane⁴²². Elle a, au demeurant, reçu l'approbation des spécialistes de la matière⁴²³. Outre qu'elle est d'un grand apport doctrinal, cette solution profite du point de vue pratique aux créanciers⁴²⁴, car elle épargne à ceux-ci la peine de devoir entreprendre des démarches contre la société dont il est certain que les chances qu'elles aboutissent à un paiement sont presque nulles⁴²⁵.

235. – L'analyse des décisions qui ont précédé démontre que la jurisprudence s'est finalement fixée sur une conception *modérée* de l'exigence des vaines poursuites, autrement appelée « intermédiaire »⁴²⁶ ou « moyenne »⁴²⁷. Celle-ci consistant – comme nous l'avons vu – en l'admission de l'existence de la vanité des poursuites sans exiger que les voies d'exécution commencées contre la société soient *épuisées*, dès lors qu'il apparaît que ces procédures ne pourront aboutir à désintéresser les créanciers à cause de la *haute vraisemblance de l'insuffisance* ou, la *faiblesse* de l'actif social⁴²⁸. Désormais, il est admis que la preuve rapportée par le créancier que le patrimoine social sera insuffisant pour le désintéresser, *suffit à*

⁴¹⁹ P.-M. Le CORRE, note précit. sous l'arrêt rapporté in Gaz. Pal. 2007. 2521. – F. PÉROCHON, note précit. sous l'arrêt rapporté in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n° 24.

⁴²⁰ A. LIENHARD, obs. précit. pour Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in D. 2007. 1414.

⁴²¹ F. PÉROCHON, note précit. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n° 19 et s. – Rapp. : A. MARTIN-SERF, obs. précit. pour Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in RTD com. 2007. 597.

⁴²² En l'occurrence, la chambre commerciale, financière et économique a renvoyé le pourvoi devant une chambre mixte. Le président de chambre le plus ancien faisant fonction de premier président a, par ordonnance, indiqué que cette chambre mixte sera composée des première, deuxième, troisième chambres civiles et de la chambre commerciale, financière et économique.

⁴²³ V. par ex. : J.-P. LEGROS, note sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Dr. sociétés 2007, comm. 157. – A. LIENHARD, obs. précit. pour Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in D. 2007. 1414. – M.-H. MONSÉRIÉ-BON, obs. pour Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in RTD com. 2007. 550. – F. PÉROCHON, note sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n°s 24 et 28.

⁴²⁴ En ce sens : M.-H. MONSÉRIÉ-BON, obs. précit. pour Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in RTD com. 2007. 550.

⁴²⁵ V. par ex. : F. PÉROCHON, *ibid.*, spéc. n°s 14 et 28. Cet auteur a relevé que les perspectives de paiement dans une liquidation judiciaire sont dérisoires pour la quasi-totalité des créanciers.

⁴²⁶ Ce qualificatif a été employé par Y. DEREU dans ses observations sous Cass. com., 24 nov. 1992 précit. in Bull. Joly 1993. 243, § 57, p. 246.

⁴²⁷ Ce qualificatif a été employé par Y. GUYON dans ses observations sous CA Dijon, 17 fév. 1994 précit. in Rev. sociétés 1994. 787. Et, également par B. SAINTOURENS dans ses observations sous Cass. 3^{ème} civ., 23 avr. 1992 précit. in Rev. sociétés 1992. 765.

établir la vanité des poursuites. Plus, il est encore désormais admis que dans le cas où la société est soumise à une procédure de liquidation judiciaire, la déclaration de la créance à la procédure collective ouverte contre la société, *dispense le créancier d'établir que le patrimoine social est insuffisant pour le désintéresser*. Et de cette manière, les exigences posées par l'article 1858 C.C. sont remplies.

Désormais et dans toutes les décisions de jurisprudence, les vaines et préalables poursuites posées par l'article 1858 ne signifient plus l'acte d'« exécuter » pris dans son sens procédural ; elles correspondent plus exactement au concept *d'agir en justice*.

Nous avons donc vu que la poursuite des associés pour les dettes sociales est conditionnée par la vanité des poursuites préalables entreprises contre la société.

236. – Mais la question peut se poser de savoir si les *mesures conservatoires* qu'un créancier veut pratiquer contre les associés de la société civile sont, de même, soumises à l'exigence de vanité des poursuites.

La logique devait commander une réponse négative, car de prime abord, une poursuite est un acte *différent* par sa nature ainsi que par ses effets d'une mesure conservatoire⁴²⁹. Un auteur commentant la loi réformatrice de 1978 peu de temps après son entrée en vigueur, a justement estimé que si les créanciers sociaux ne peuvent pas poursuivre immédiatement les associés, ils devaient être valablement fondés à prendre des mesures conservatoires à leur encontre⁴³⁰.

237. – Fort heureusement, la jurisprudence a eu l'occasion de statuer sur cette question. La Cour de cassation a, dans un arrêt du 9 octobre 2001, cassé un arrêt d'appel qui a conditionné la prise de saisies conservatoires sur les avoirs des associés d'une société civile de moyens, à l'obtention « d'un titre exécutoire à l'encontre de la société fixant de manière certaine le montant de la dette » et à la preuve que celle-ci, *ne pouvait plus faire face à ses dettes*⁴³¹, en d'autres termes, à la preuve de la *vanité*

⁴²⁸ En ce sens : F. PÉROCHON, note précit. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n° 7.

⁴²⁹ La mesure conservatoire qui sous-entend un acte juridique, une procédure judiciaire ou extrajudiciaire, est présentée en droit fondamental comme la procédure de sauvegarde d'un bien ou d'un droit, v. : S. GUINCHARD et T. MOUSSA (Dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz 2007, spéc. n° 600.05 et les réf. citées.

⁴³⁰ Y. CHARTIER, *La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978*, op. cit., n° 283.

⁴³¹ Cass. com., 9 oct. 2001 : Bull. civ. 4, n° 164, p. 156 ; Bull. Joly soc., 1^{er} fév. 2002, n° 2, p. 272, § 57, note Y. Dereu ; Rev. sociétés 2002. 70, note J.-F. Barbiéri. En l'espèce, une banque avait consenti plusieurs prêts à une société civile de moyens dont certaines devenues exigibles, n'ont pas été payées malgré des mises en demeure adressées à la société. Elle fut autorisée par le juge de l'exécution à pratiquer des saisies conservatoires sur les biens de la société et sur ceux des associés. Mais le tribunal, puis la cour

des poursuites. Pour prononcer la cassation, elle précisa que la cour d'appel « *avait à rechercher seulement l'existence d'une créance paraissant fondée en son principe contre la société et l'apparence d'une défaillance de celle-ci* ». Clairement, cet attendu se fonde sur le concept « d'apparence de créance » adopté par la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, concept qui est une exigence moindre que celle de « créance certaine, liquide et exigible »⁴³². Ce concept trouve son appui légal dans l'article 67, al. 1^{er} de cette loi⁴³³. L'apparence s'oppose d'abord à la notion juridique de certitude⁴³⁴. Non seulement il n'est pas requis pour mettre en œuvre une mesure conservatoire, que la créance soit certaine, *mais le principe même de créance lui-même peut être incertain*⁴³⁵. Donc selon la Cour de cassation, les exigences de preuve nécessaires pour parvenir à la condamnation des associés, *ne s'imposent pas au créancier qui veut former une demande de saisie conservatoire*⁴³⁶. L'arrêt du 9 octobre 2001 a ainsi été pleinement approuvé par les commentateurs⁴³⁷.

La solution de cet arrêt ne peut qu'être approuvée, car, en effet, la différence qui existe entre la poursuite des associés pour le recouvrement des créances et une mesure conservatoire destinée à se prémunir contre une possible inexécution ou insolvabilité de l'être moral, est une différence de *nature* et non une différence de *degré*. Dans cette perspective un auteur a justement estimé que les associés peuvent être rassurés car, le passage d'une saisie conservatoire à l'exécution forcée « *implique*

d'appel, ordonnèrent la rétractation de la décision du juge de l'exécution et la mainlevée de la mesure de saisie concernant les biens des associés. La Cour de cassation relève que : « *Pour confirmer le jugement par lequel le juge de l'exécution avait rétracté l'ordonnance et donné mainlevée de la mesure en ce qu'elle concernait MM. Toulza et Ballet (les associés) personnellement, l'arrêt retient que les associés d'une société civile ne sont tenus, selon l'article 1858 C.C. au paiement des dettes sociales qu'à condition que la personne morale ait été préalablement et vainement poursuivie (...), la banque ne pouvait se prévaloir d'un principe de créance à leur égard que si, après avoir obtenu un titre exécutoire à l'encontre de la société fixant de manière certaine le montant de la dette* ».

La Cour de cassation censura l'arrêt d'appel pour le motif plus haut reproduit.

⁴³² S. GUINCHARD et T. MOUSSA (Dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, *op. cit.*, spéc. n° 611.40 et s.

⁴³³ L'article 67, al. 1^{er} de la loi précitée n° 91-650 du 9 juillet 1991, modifié par la loi n°92-644 du 13 juillet 1992, dispose :

« Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement ».

⁴³⁴ S. GUINCHARD et T. MOUSSA (Dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, *op. cit.*, spéc. n° 611.42.

⁴³⁵ Ainsi, et contrairement aux procédures d'exécution qui ne peuvent être pratiquées que sur le fondement d'un titre exécutoire, les mesures conservatoires peuvent être mises en œuvre en l'absence de titre à condition de justifier d'une créance *apparemment fondée en son principe*, v. : S. GUINCHARD et T. MOUSSA (Dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, *op. cit.*, spéc. n° 611.40 et s.

⁴³⁶ En ce sens : Y. DEREU, note sous l'arrêt rapporté in Bull. Joly soc., 1^{er} fév. 2002, n° 2, § 57, p. 273.

que le créancier soit muni d'un titre exécutoire à l'égard de la personne même qui doit exécuter (...) »⁴³⁸. Ceci explique parfaitement que pour qu'une mesure de saisie conservatoire puisse être valablement pratiquée à l'encontre de ceci, *ne soient pas requises les conditions de préalables et vaines poursuites* qui, une fois remplies, permettent de valablement poursuivre l'exécution des obligations sociales contre les associés. Ce qui nous amène à envisager la notion de caractère social de la dette.

Sous-section 2 : La nécessité du caractère social de la dette.

238. – Les associés ne peuvent être poursuivis que pour une dette *sociale*⁴³⁹. Il va sans dire que, corrélativement, la société ne peut être tenue des *dettes personnelles* des associés⁴⁴⁰.

L'obligation des associés aux dettes sociales résulte clairement des textes. En ce qui concerne la société civile de droit commun, l'article 1857 C.C. dispose que les associés répondent des *dettes sociales*⁴⁴¹. Il en résulte que le créancier qui poursuit les associés doit *prouver* que les dettes, – objet des poursuites –, constituent des dettes *sociales*, à cet égard la détermination du caractère social de la dette s'avère impératif⁴⁴². L'ancienne jurisprudence avait déjà posé cette règle d'exigence de la preuve par le créancier du caractère social de la dette⁴⁴³ ; cette solution reste toujours valable actuellement.

Par conséquent, lorsque le créancier n'est pas en mesure d'apporter la preuve du caractère social de la dette, il ne peut en aucun cas se retourner contre la société ou les membres qui la composent⁴⁴⁴.

⁴³⁷ J.-F. BARBIÈRI, note sous l'arrêt rapporté in Rev. sociétés 2002. 70, spéc. n^{os} 4 et 5. – Y. DEREU, note précit. sous l'arrêt rapporté in Bull. Joly soc., 1^{er} fév. 2002, n^o 2, § 57, pp. 273 et 275.

⁴³⁸ J.-F. BARBIÈRI, note précit. sous Cass. com., 9 oct. 2001 in Rev. sociétés 2002. 70, spéc. n^o 6.

Sur la question relative à la nécessité de l'existence d'un titre contre les associés, v. *infra* n^{os} 275 et s.

⁴³⁹ En ce sens : L. GODON, *op. cit.*, n^o 83.

⁴⁴⁰ Cette règle de bonne logique a été affirmée par l'ancienne jurisprudence à propos des sociétés en nom collectif à une époque où la personnalité morale de celles-ci n'était pas encore consacrée par la loi, ni clairement reconnue par la jurisprudence. Mais la solution énoncée peut être valablement transposée aux sociétés civiles, car il s'agit ici de principes généraux qui mettent en cause la question de la personnalité morale des sociétés et qui sont applicables à toutes les sociétés fut-elles commerciales ou civiles : v. CA Lyon, 22 fév. 1883 : D.P. 1883. 2. 43, note anon.

⁴⁴¹ Pour le texte de l'article 1857 C.C., v. *supra* n^o 182.

⁴⁴² D. GIBIRILA, *L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles*, Rép. Def. 1998, art. 36808, p. 625, n^o 8.

⁴⁴³ Cass. req., 3 nov. 1920 : Gaz. Pal. 1920. 2. 623. L'arrêt énonce : « *Si le créancier d'une société qui, aux termes de l'article 1836 C.C., conserve tous ses droits et actions contre les associés eux-mêmes, ne peut les exercer qu'en rapportant la preuve que les engagements dont il poursuit l'exécution contre les associés sont des engagements sociaux (...)* ».

⁴⁴⁴ N. DONIO-JOURNO, *Le redressement et la liquidation judiciaire des personnes morales civiles*, thèse Paris II, 2002, p. 327.

La nécessité imposée au créancier de prouver le caractère social de la dette n'est au demeurant qu'une *application de l'article 1315 C.C., al. 1^{er}*⁴⁴⁵, qui dispose : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

La preuve du caractère social de la dette pourra résulter de l'aveu des associés ou de l'acceptation tacite par la société de la dette⁴⁴⁶, mais si ces données ne sont pas remplies, la Cour de cassation exige l'existence d'un titre contre la société, jugement ou acte authentique⁴⁴⁷. Cependant cette solution a évolué, la Cour de cassation s'est montrée plus souple dernièrement puisqu'elle admet comme titre exécutoire un jugement admettant à titre provisionnel la créance au passif d'une société en liquidation des biens⁴⁴⁸.

239. – Cette règle de la nécessité de la preuve du caractère social a trois conséquences : la première, c'est qu'il va falloir définir la notion de dette sociale, savoir déterminer dans chaque cas s'il s'agit ou non d'une dette *sociale* qui puisse éventuellement engager la société (par. 1^{er}) ; la deuxième, c'est qu'il faut aussi préciser la généralité des sources de l'engagement social (par. 2), et, la troisième, qui est la plus importante dans cette perspective, c'est qu'il n'est plus possible de poursuivre un associé pour une dette sociale qui est tombée en caducité ou a été anéantie (par. 3). Nous envisagerons successivement les trois conséquences ainsi définies.

Par. 1^{er} : La notion de dettes sociales.

240. – Les dettes sociales se définissent comme des engagements issus des actes accomplis par les représentants de la personne morale dans l'exercice de leurs fonctions au nom et pour le compte de cette dernière⁴⁴⁹. Nous voyons que la nature sociale d'une dette dépend des pouvoirs des dirigeants de la société⁴⁵⁰. Déterminer si un acte engage la société et constitue par conséquent une dette sociale, revient à caractériser si cet acte, de part sa *nature*, entre ou n'entre pas dans les prérogatives

⁴⁴⁵ Soulignons que l'article 1315 en question est le premier article du chapitre sixième qui est relatif à « la preuve des obligations et de celle du paiement ». Ce chapitre se situe dans le Titre troisième du Code civil qui se rapporte aux « contrats ou obligations conventionnelles en général ». L'article 1315 constitue le *texte principal* dans la matière de la preuve des obligations.

⁴⁴⁶ N. DONIO-JOURNO, thèse précit., p. 327. – V. aussi : Y. DEREU, thèse précit., spéc. pp. 47 et 48. Cet auteur estime que le juge peut s'appuyer sur des *présomptions* pour pouvoir constater la preuve de la nature sociale de l'engagement.

⁴⁴⁷ Sur ce point, v. *infra* n^{os} 275 et s.

⁴⁴⁸ Sur cette nouvelle solution, v. *infra* n^o 279.

⁴⁴⁹ D. GIBIRILA, art. précit., n^o 8.

⁴⁵⁰ L. GODON, *op. cit.*, n^o 84.

des dirigeants sociaux. Et en ce qui concerne les prérogatives des dirigeants sociaux, il faut se référer aux dispositions de l'article 1849 C.C. Ses alinéas deuxième et troisième nous intéressent ici, qui disposent respectivement :

« Dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social.

Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers ».

Ce texte introduit dans le Code civil par la loi du 4 janvier 1978 se situe au chapitre deuxième du Titre neuvième du Code relatif à la *société*, le chapitre deuxième étant consacré à *la société civile*. Plus précisément, cet article se trouve sous la section deuxième du chapitre deuxième qui concerne la *gérance*.

Ce texte est inspiré de la loi de 1966 qui a réformé le droit des sociétés commerciales. Celle-ci a introduit un article 14 régissant les pouvoirs des dirigeants dans la société en nom collectif et dont les dispositions sont presque reprises textuellement par l'article 1849 C.C. Ce texte se réfère au critère de *l'objet social*, pour fixer l'étendue des pouvoirs des dirigeants sociaux. Ainsi la notion de dettes sociales est circonscrite à celle *d'objet social*. Celui-ci permet de fixer de manière directe l'étendue des *pouvoirs* des dirigeants sociaux. L'objet social est déterminé dans les statuts sociaux, l'étendue des pouvoirs des dirigeants sociaux dépendra de la définition plus ou moins étroite de l'objet de la société adoptée dans les statuts. Les associés qui veulent apporter une *limitation sensible* aux pouvoirs du ou des gérants, devront tout simplement adopter dans les statuts une définition *précise* et *étroite* de l'objet social⁴⁵¹.

241. – Mais il y a plus. Il est aussi important de noter que l'article 1849 C.C., comme d'ailleurs l'article 14 de la loi de 1966, consacre l'*omnipotence* du pouvoir des dirigeants sociaux à l'égard des tiers⁴⁵². L'alinéa troisième de l'article 1849 C.C. rend *inopposables* aux tiers les clauses statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants sociaux. Il est indifférent que ces clauses limitatives de compétence soient publiées

⁴⁵¹ D. MARTIN, *Les pouvoirs des gérants de sociétés de personnes*, RTD com. 1973. 185, spéc. n° 12. Bien qu'il soit consacré, comme son titre l'indique, à l'étude des pouvoirs des gérants des sociétés de personnes, cet article peut être cité ici, et les opinions qu'il contient sont valablement transposables en ce qui concerne le régime applicable aux pouvoirs des dirigeants sociaux dans les sociétés civiles. Car premièrement, l'article 1857 C.C. applicable aux sociétés civiles est analogue à l'article 14 de la loi de 1966 applicable aux sociétés en nom collectif, et deuxièmement, l'auteur lui-même se réfère à l'ancien article 1857 – comme étant le texte de droit commun des sociétés –, pour expliquer une certaine interprétation qu'il préconise en ce qui concerne l'exercice de la gérance par plusieurs dirigeants sociaux (v. n° 24). Donc si l'auteur s'est appuyé sur les dispositions dudit article 1857 pour expliquer son interprétation de l'article 13 de la loi de 1966, il nous est légitime de nous appuyer sur l'interprétation qu'il donne de l'article 14 de la loi de 1966 pour transposer les solutions qu'il donne au cas des dirigeants des sociétés de personnes.

ou non ; l'inopposabilité aux tiers s'applique toujours car elle n'est pas conçue comme la sanction d'un défaut de publicité mais comme une *règle substantielle* gouvernant le régime juridique des rapports nés entre les dirigeants et ces tiers⁴⁵³. Ce texte vise à protéger ces derniers ; les dirigeants sociaux avec lesquels ils contractent engagent la société car ils sont supposés avoir la pleine compétence pour agir au nom de la société. Ceci ne les dispense pas pour autant de devoir consulter les statuts sociaux pour s'assurer que les actes projetés entrent dans les pouvoirs des dirigeants sociaux⁴⁵⁴. Mais le plus souvent, les tiers pourront compter sur l'*apparence* pour avoir une idée assez précise de l'objet social⁴⁵⁵.

242. – Nous pensons qu'en définitive, avec l'application de l'alinéa troisième de l'article 1879, rendant inopposables à leur égard les restrictions statutaires aux pouvoirs des dirigeants sociaux, les tiers seront assez protégés s'ils invoquent à leur profit la *théorie de l'apparence* dans les relations qu'ils entretiennent avec les dirigeants sociaux pour parvenir à obtenir que la société soit engagée par l'acte accompli par ceux-ci⁴⁵⁶, lorsque, notamment, cet acte a paru nécessaire à la réalisation de l'objet social⁴⁵⁷, ou même entrant dans *l'objet social apparent de la société*⁴⁵⁸.

243. – S'agissant d'objet social, il est important ici de remarquer que l'objet social ne se confond pas avec *l'intérêt social*. Ce qui veut dire qu'un acte peut être contraire à l'intérêt social mais contracté dans le respect de l'objet social tel que défini dans les statuts. Cet acte n'engage pas moins la société et conséquemment les associés pour le passif social⁴⁵⁹. Inversement un acte peut être conforme à l'intérêt social, être profitable pour la société, sans pour autant être contracté en conformité avec l'objet social, cet acte ne devrait pas logiquement engager la société. Encore une fois, nous voyons que c'est uniquement le critère de la conformité à l'objet social qui détermine si un acte engage ou n'engage pas la société, à l'exclusion d'autres considérations qui peuvent être tout aussi légitimes telles que l'intérêt social. Nous

⁴⁵² D. MARTIN, art. précit., spéc. n° 5 à 8.

⁴⁵³ P. CORLAY, art. précit., p. 251. – D. MARTIN, art. précit., n° 9.

⁴⁵⁴ D. MARTIN, *ibid.* n° 12.

⁴⁵⁵ D. MARTIN, *ibid.* n° 12.

⁴⁵⁶ M. MARTEAU-PETIT, *La notion d'acte de gestion et le droit des sociétés*, thèse Paris II, 1992, spéc. n° 468 et 469 et les réf. citées.

⁴⁵⁷ D. GIBIRILA, art. précit., n° 10.

⁴⁵⁸ Cass. 3^{ème} civ., 19 nov. 1970 : Rev. soc. 1971. 427, note M. Guilbeteau.

⁴⁵⁹ D. GIBIRILA, art. précit., n° 10.

pensons que cette solution se base sur des raisons de prévisibilité et de sécurité à l'égard des associés de la société.

244. – Jusqu'ici, il a été seulement question des dettes sociales ayant une origine *contractuelle*, qui découlent des actes juridiques que les dirigeants sociaux passent et par lesquels ils engagent la société. Mais, il serait ici utile de savoir si les dettes sociales peuvent avoir une origine *autre que contractuelle*, autrement dit, si la société est engagée par des obligations ayant une *source extracontractuelle*. Se pose alors la question de la *source* des engagements sociaux.

Par. 2 : La généralité des sources des engagements sociaux.

245. – Le législateur n'a opéré aucune distinction entre les sources contractuelles ou délictuelles des dettes sociales⁴⁶⁰. Dans tous les textes qui régissent les engagements sociaux, l'expression « dettes sociales » est employée dans sa généralité, ce qui milite en faveur d'une interprétation aussi large de la diversité des engagements sociaux⁴⁶¹. Les engagements sociaux peuvent ainsi consister en des obligations de sommes d'argent, c'est-à-dire de dettes au sens étroit, comme elles peuvent consister en des obligations *en nature*, celle par exemple consistant à effectuer des travaux de bâtiments⁴⁶². La jurisprudence a – fort heureusement –, eu l'occasion de statuer *précisément* sur cette dernière question ; ce fut sous l'empire du droit antérieur, par une décision de la cour de Montpellier du 19 avril 1979⁴⁶³. Cette décision, bien qu'elle émane des juges du fond, se prononce en termes généraux et abstraits renfermant des prescriptions et règles qui ont vocation à être suivies dans d'autres espèces, mais aussi, et selon l'opinion même de l'annotateur de l'arrêt⁴⁶⁴, à être *valablement transposées en droit actuel*. Il résulte donc de cette décision que les membres d'une société civile sont tenus des obligations de la société envers les tiers

⁴⁶⁰ L. GODON, *op. cit.*, n° 86.

⁴⁶¹ L. GODON, *ibid.*, n° 86. – Rapp. : L. BARROLIER, *Les sociétés civiles immobilières*, Performa, 1988, spéc. p. 160.

⁴⁶² D. GIBIRILA, art. précit., n° 5. – N. DONIO-JOURNO, thèse précit., p. 328.

⁴⁶³ CA Montpellier, 19 avr. 1979 : JCP 1981. 2. 19484, note F. Steinmetz. La cour énonce : « *Les membres d'une société civile sont tenus des obligations de la société envers les tiers créanciers de celle-ci (...); que cet engagement des associés envers les tiers s'étend à toutes les obligations dont la société est tenue sans qu'il y ait lieu de faire de distinction entre les obligations de sommes d'argent c'est-à-dire les dettes au sens étroit du terme, et les autres obligations spécialement les obligations en nature comme celles d'effectuer ou d'achever des travaux de bâtiment (...)* ».

⁴⁶⁴ F. STEINMETZ, note sous CA Montpellier, 19 avr. 1979 in JCP 1981. 2. 19484.

sans qu'il y ait lieu de faire une distinction entre les obligations de sommes d'argent et les autres obligations⁴⁶⁵.

246. – En plus de l'indifférence se rapportant à la nature des obligations résultant d'engagements contractuels, cette même indifférence se vérifie également quant aux *sources* de ces engagements, en ce sens que les engagements de la société qui lient les associés peuvent pareillement résulter de délits ou quasi-délits commis par les représentants de la personne morale durant l'exercice de leurs fonctions.

Aucune distinction n'est opérée entre les dettes sociales ayant une source contractuelle et celles qui ont une source délictuelle⁴⁶⁶; la société se doit, notamment, de supporter la faute des gérants commise dans l'accomplissement de leur mandat social⁴⁶⁷. La société répond également des dommages occasionnés à une propriété voisine, lors de travaux de construction entrepris par elle⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ Cependant, il est important de noter que la cour de Montpellier prévoit une exception à la règle de la généralité des engagements sociaux envers les associés et qui est celle où l'engagement contracté l'a été en considération de la personne même du débiteur, elle énonce dans la suite de son attendu principal : « *qu'il ne pourrait y avoir exception à cette règle en ce qui concerne l'assujettissement des associés à l'engagement de la société d'accomplir une obligation en nature, que dans l'hypothèse d'une convention arrêtée en fonction de considérations d'"intuitu personae", et quand l'exécution de la promesse nécessite l'activité personnelle du débiteur dans les conditions telles qu'il ne serait pas possible de l'y contraindre* ».

⁴⁶⁶ N. DONIO-JOURNO, *op. cit.*, p. 328. – P. WALET, *La société civile de construction-vente*, GLN Joly, 1995, spéc. p. 112, n° 180.

⁴⁶⁷ D. GIBIRILA, art. précit., n° 11.

⁴⁶⁸ Cass. 3^{ème} civ., 23 janv. 2002 : AJDI 2002. 714, note S. Porcheron ; Bull. civ. 3, n° 14, p. 11 ; Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2002, n° 5, p. 640, § 142, note F.-X. Lucas ; D. 2002. 647, note A. Lienhard ; RD imm. 2003. 350, obs. F. Magnin ; Rev. sociétés 2002. 304, note J.-F. Barbière ; RTD com. 2002. 332, obs. M.-H. Monsérié-Bon. Cet arrêt, où était en cause un problème de conflits de lois dans le temps, possède le mérite de préciser que c'est la *date de la survenance du dommage qui constitue le fait générateur de la créance d'indemnisation*, et qui par conséquent détermine la loi applicable au litige. C'est, notamment, au visa de l'article 2 C.C., qu'a été censuré l'arrêt d'appel en ce qu'il a décidé que pour apprécier l'obligation d'un associé aux dettes délictuelles d'une société civile, la date à retenir était la date de signification de l'arrêt confirmant la condamnation de la société civile immobilière à l'égard des victimes bénéficiaires de l'indemnité. L'arrêt est d'autant plus important que c'est par un moyen relevé d'office que la cassation s'est faite ; la troisième chambre civile déplace la discussion du terrain de l'exigibilité de la dette à celui du fait générateur de celle-ci. La condamnation de l'associé par la cour d'appel s'est faite sur le fondement de l'article 1857 C.C., ce qui concrètement a abouti à ce qu'il soit condamné à payer une part dérisoire de la dette sociale (76 F.), celui-ci ne détenant plus au jour de la signification de l'arrêt confirmant la condamnation de la société qu'une participation infime dans le capital social, soit deux parts sur dix mille. C'est le principe antérieur de la répartition des dettes sociales par parts viriles qu'il fallait appliquer, et l'enjeu qui s'y attachait était en l'espèce d'une très grande importance. Un des commentateurs de l'arrêt l'a interprété comme signifiant que l'obligation à la créance de réparation était née à l'égard de l'associé, *en même temps que la dette de la société*, c'est-à-dire en l'occurrence, le jour de la survenance du dommage. Ceci fait – selon lui – de cette obligation, une obligation de garantie, v. : F.-X. LUCAS, note sous Cass. 3^{ème} civ., 23 janv. 2002 in Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2002, n° 5, p. 640, § 142.

Alors qu'il aurait été plus exact d'adopter l'analyse selon laquelle c'est à l'égard de la société que la créance de réparation était née le jour de la survenance du dommage, et non à l'égard de l'associé. L'associé aura à répondre de la dette pesant sur la société au cas où celle-ci se trouverait défaillante dans l'exécution de son obligation. Le problème de droit posé par l'arrêt reposait sur la question de la détermination de la date de naissance de la dette, et par conséquent, celle de la loi applicable au litige. Ainsi a été soulevée la question de conflit de lois dans le temps, et la solution au litige s'appuyait sur le principe de non-rétroactivité des lois, d'où la référence faite dans le visa à l'article 2 C.C. et le chapeau qui est on ne peut plus clair, énonçant que, « la loi ne dispose que pour l'avenir ; qu'elle n'a pas d'effet rétroactif ».

247. – Cette généralité admise pour les sources des engagements sociaux s’explique par la volonté de préserver les intérêts des tiers⁴⁶⁹.

La généralité des engagements sociaux revêt une grande envergure ; cette envergure est telle qu’elle couvre *l’ensemble* des engagements de la société et inclut également les *obligations accessoires*⁴⁷⁰.

248. – Sous l’empire du droit antérieur, s’était déjà posée la question du domaine d’application de l’ancien article 1863 C.C., texte de base qui régissait l’obligation aux dettes sociales des associés de sociétés civiles. Les tribunaux ont eu à statuer sur des litiges où se posait le problème de savoir si ledit article 1863, incluait dans son champ d’application les dettes dont les sociétés civiles étaient tenues envers l’Etat, plus précisément les dettes résultant d’impôts dus à l’Administration fiscale. La jurisprudence a évidemment donné une réponse positive à cette question de droit : l’article 1863 a – dit-elle – l’un des domaines *les plus vastes*, il englobe les dettes de la société quelle que soit leur source⁴⁷¹ ; et celles-ci incluent les dettes de la société

⁴⁶⁹ D. GIBIRILA, *ibid.*, n° 11. – L. GODON, *op. cit.*, n° 86.

⁴⁷⁰ Cass. com., 1^{er} oct. 1996 : Bull. Joly soc. 1^{er} janv. 1997, n° 1, p. 37, § 10, note P. Le Cannu. La solution résulte de manière implicite de cet arrêt.

Était en l’espèce – notamment – en cause l’inopposabilité du changement de la forme sociale de la société envers le créancier de celle-ci. L’ancien associé en nom invoquait le principe de la relativité des contrats, en l’occurrence l’article 1165 C.C., pour écarter l’application à son égard de l’inopposabilité de cette transformation. Effectivement, il n’était pas intervenu comme partie à l’acte litigieux source de la clause instaurant l’inopposabilité. Cet argument ne convainc cependant pas la Cour de cassation. Et le pourvoi de l’ancien associé est rejeté. L’arrêt a été approuvé par l’annotateur de l’arrêt, qui a estimé que les engagements du débiteur principal – la société en nom collectif – sont par nature *opposables aux garants que sont les associés de cette société*, v. : P. Le CANNU, note sous l’arrêt rapporté in Bull. Joly soc. 1^{er} janv. 1997, n° 1, p. 37, § 10.

Bien que se rapportant à une hypothèse de société en nom collectif et non de société civile, nous pensons que la solution qui peut être dégagée de cet arrêt s’applique *valablement* au cas des sociétés civiles de droit commun, et est parfaitement transposable à ce type de groupements.

Pour en savoir plus sur cet arrêt, v. *infra* n° 363 et note 721.

⁴⁷¹ CE, 24 juin 1960 : D. 1960, jur. 631, concl. Fournier. La Haute juridiction administrative a décidé que : « *Par la généralité de leurs termes, les prescriptions ci-dessus rappelées (les articles 1862 et 1863 C. C.) sont applicables à toutes les dettes sociales, quelle que soit la nature juridique des obligations qui en sont la source ; que, par suite, le sieur Dubonnet (associé de la société civile contribuable) n’est pas fondé à se prévaloir du caractère non contractuel des dettes de la Société civile d’encouragement aux courses de lévriers en France et aux colonies envers le Trésor* ». Le Conseil d’Etat a suivi les conclusions du commissaire du Gouvernement Fournier dans cette importante décision. Celui-ci a reconnu que la référence à la lettre de l’article 1863 laisse à penser que ce texte ne doit se rapporter qu’aux dettes d’origine contractuelle de la société, puisque – précise-t-il – ce texte dispose que les associés sont tenus « envers le créancier avec lequel ils ont contracté ». Mais retournant au contexte historique du texte, ce contexte qui a permis que les sociétés civiles qui n’étaient considérées que comme des contrats unissant les associés et la société, se sont peu à peu vues reconnaître la personnalité morale, qu’ainsi les articles 1862 et 1863 C.C. n’avaient pas pour but de poser la responsabilité personnelle des associés mais simplement de l’aménager. Il explique que les aménagements permis par l’article 1862 C.C. ne peuvent logiquement, et selon les auteurs du Code civil, concerner uniquement les contrats mais, plus généralement, *tout engagement* même non contractuel de la société.

On pourrait aussi pour la même affaire, opposant la Société d’encouragement aux courses de lévriers et ses associés au Trésor public, valablement voir mais qui statue d’une façon moins claire : Trib. civ. Seine, 4 et 11 oct. 1954 : Gaz. Pal. 1954. 2. 343, concl. Blondeau.

V. aussi : Y. DEREU, thèse précit., pp. 35 et 177 et 178.

envers l'Etat. En conséquence, pour ces dettes, les associés seront poursuivis sur leurs biens propres en proportion de leur part virile dans le capital social.

Ceci dit, il faut souligner que, plus importante que les impératifs de protection des tiers possédant une créance contre la société et qui sont consacrés par la loi, est le caractère qui gouverne l'obligation qui pèse sur les associés prise dans les rapports qu'elle entretient avec la société, celle-ci en tant que débitrice du passif social. Sera ainsi envisagé le caractère non autonome de l'engagement des associés au passif social.

Par. 3 : Le caractère non autonome de l'engagement des associés.

249. – Ne plus pouvoir poursuivre les associés pour une dette tombée en caducité traduit une notion très importante qui gouverne l'obligation des associés aux dettes sociales, et qui est celle du caractère *non autonome*, ou adjoint, de l'obligation aux dettes des associés. En d'autres termes, l'obligation des associés aux dettes sociales est *tributaire* de l'existence et de la validité de la dette sociale, si celle-ci – pour quelque cause que ce soit – venait à disparaître, l'obligation des associés s'en trouvera corrélativement *anéantie*. C'est ce qu'enseigne un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 10 juillet 1996⁴⁷².

250. – Cette règle qui effectivement met en cause la relation existant entre les associés d'une part et la société de l'autre relativement aux dettes de cette dernière, ne se cantonne pas au domaine des sociétés civiles de droit commun, elle est également applicable aux autres groupements, tels notamment, les sociétés en nom collectif, les sociétés civiles de construction-vente, ainsi que les groupements

⁴⁷² Cass. 3^{ème} civ., 10 juill. 1996 : Bull. Joly 1996. 958, § 349, obs. J.-M. Calendini ; D. 1997, somm. 80, obs. A. Honorat. L'arrêt énonce : « Pour accueillir la demande, l'arrêt retient que l'associé, tenu personnellement à la dette, est en relation directe avec le créancier, de sorte que l'extinction de la créance, par application de l'article 53 de la loi du 25 janvier 1985, n'a pas d'effet sur son obligation » ; « Qu'en statuant ainsi, alors que l'associé d'une société civile immobilière est un débiteur subsidiaire du passif social et que la créance antérieure à l'ouverture d'une procédure collective est éteinte en l'absence de toute déclaration au représentant des créanciers, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». En l'espèce, une société civile immobilière (SCI) avait vendu des locaux commerciaux à une société commerciale. En vertu d'une décision devenue irrévocable, la SCI fut condamnée à verser une indemnité à la société commerciale. La SCI ayant été dissoute puis mise en redressement puis en liquidation judiciaires, la société commerciale assigna l'un des associés de la SCI en paiement de sa part contributive dans le passif de celle-ci, mais elle s'abstint de déclarer sa créance dans le redressement judiciaire de la SCI. La cour d'appel de Metz accueillit la demande de la société commerciale et condamna l'associé poursuivi. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel. Elle considère qu'il ne peut être demandé à l'associé de répondre de cette dette sociale qui n'a pas été déclarée sur la société, pas plus qu'il ne peut être d'ailleurs demandé à la société elle-même d'en répondre.

d'intérêt économique⁴⁷³. Commentant la décision précitée, un auteur désigne l'engagement de l'associé comme étant *accessoire* à celui de la société⁴⁷⁴, puis un peu plus loin, il désigne cet engagement par le qualificatif de *subsidaire*. Il commet, semble-t-il, la confusion entre notion de l'accessoire ou, d'« accessoirité », et le caractère subsidiaire se rapportant à l'engagement des associés⁴⁷⁵.

Il nous faut examiner la situation de l'engagement des associés par rapport à celui de la société.

251. – Sur cette question, les opinions ont divergé. Certains auteurs – tout en reconnaissant son caractère subsidiaire – ont considéré que l'obligation des associés aux dettes sociales prenait naissance *en même temps que l'obligation de la société*⁴⁷⁶. Cette opinion rappelle le droit antérieur, plus précisément la solution qui découlait de l'interprétation de l'ancien article 1863 C.C.⁴⁷⁷

D'autres ont au contraire estimé, se basant sur l'article 1857 C.C.⁴⁷⁸ tel que modifié par la loi de 1978, que l'obligation des associés aux dettes ne naît plus à la date de la naissance de la créance, comme il en était sous l'empire du droit antérieur, mais à la date de *l'exigibilité de la créance* ou à la date de *la cessation des paiements*⁴⁷⁹.

C'est à cette dernière opinion que nous souscrivons. En effet, l'obligation des associés est *décalée dans le temps*, elle ne prend naissance pour eux qu'à la date de l'exigibilité de la créance⁴⁸⁰. Le droit des créanciers de la société à l'égard des associés est un « droit dérivé », non un droit propre⁴⁸¹. Ceci est une consécration de la création de la personnalité morale de la société⁴⁸², celle-ci a pour conséquence que la personne des associés soit devenue *distincte* de celle de la société ; l'engagement qui naît à l'égard de la personne morale reste sans incidence sur les rapports existant entre les créanciers de celle-ci et de ses membres⁴⁸³.

⁴⁷³ Sur l'application de cette règle auxdits groupements, v. *infra* n^{os} 416 et s.

⁴⁷⁴ J.-M. CALENDINI, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 10 juill. 1996 in Bull. Joly 1996. 958, § 349.

⁴⁷⁵ Sur la notion de l'accessoire et l'obligation au passif social des associés de sociétés civiles, v. *infra* n^o 254.

⁴⁷⁶ En ce sens : L. GODON, *op. cit.*, n^o 84. – V. aussi : F.-X. LUCAS, note sous Cass. 3^{ème} civ., 18 juill. 2001 précit. in JCP 2002. 2. 10052, n^o 16. – V. aussi du même auteur : note précit. sous Cass. 3^{ème} civ., 23 janv. 2002 in Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2002, n^o 5, p. 640, § 142.

⁴⁷⁷ Sur le texte de l'ancien article 1863 C.C. et les solutions qu'il commandait, v. *infra* n^{os} 286 et s.

⁴⁷⁸ Sur le texte de l'article 1857 C.C. et les solutions qu'il a introduites, v. *infra* n^{os} 267 et s.

⁴⁷⁹ J.-F. WEBER, concl. pour Cass. 3^{ème} civ., 8 nov. 2000 in JCP 2001, 2, 10450.

⁴⁸⁰ Y. CHARTIER, note sous Cass. 3^{ème} civ., 8 nov. 2000 précit. in JCP 2001, 2, 10450.

⁴⁸¹ P. Le CANNU, note sous Cass. com., 25 nov. 1997 in Bull. Joly soc. 1^{er} fév. 1998, n^o 2, p. 156, § 57. Bien qu'il émette son opinion à propos d'une société en nom collectif, ce que défend cet auteur peut être *valablement transposé aux sociétés civiles de droit commun*.

⁴⁸² Sur la personnalité morale des sociétés civiles, v. *infra* n^o 293.

⁴⁸³ Y. CHARTIER, note précit. sous Cass. 3^{ème} civ., 8 nov. 2000 précit. : JCP 2001, 2, 10450.

252. – C'est la réforme du droit des sociétés qui a introduit cette nouvelle solution, elle s'est écartée de la solution ancienne qui faisait naître l'obligation sur la tête des associés et à l'égard de la société, de manière *simultanée*. La Cour de cassation a notamment affirmé cette règle dans un arrêt rendu après l'entrée en vigueur de la loi réformatrice du 4 janvier 1978 mais qui concernait une société civile immobilière régie par le droit antérieur, car constituée sous l'empire de celui-ci. Ce fut l'arrêt du 17 février 1981⁴⁸⁴ par lequel sa première Chambre civile a censuré l'arrêt d'appel qui a décidé que l'obligation des associés aux dettes sociales devait s'apprécier à *la date de l'exigibilité de la dette*.

On voit dans l'arrêt d'appel une solution comparable à celle que pose l'article 1857 C.C., dans sa rédaction qui résulte de la loi du 4 janvier 1978, puisque la Cour avait raisonné à partir de la notion de *dette sociale*, et non celle d'obligation⁴⁸⁵. Selon ce raisonnement, la dette ne naît que si le cocontractant avait fourni la prestation promise et si le prix était devenu *exigible* aux termes du contrat⁴⁸⁶.

253. – La solution de la Haute juridiction de 1981 révèle au demeurant, que la personnalité morale de la société civile était, avant la susdite réforme de 1978, *très limitée*⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 17 fév. 1981 : D. 1981, jur. 293, note Ph. Derouin. L'arrêt énonce : « *Aux termes du premier de ces articles (l'ancien art. 1863 C.C.), les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales ; qu'aux termes du second (l'ancien art. 1864 C.C.), la stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir (...)* » ; « *Que pour débouter la Société de sa demande à l'égard de Lasserre et de dame Burdin qui avaient cédé leurs parts sociales avant l'achèvement des travaux, la cour d'appel a retenu que si l'associé qui cède ses parts sociales reste tenu des dettes sociales contractées antérieurement à la cession, l'existence des dettes des associés devait s'apprécier non pas à la date du contrat du 19 mars 1965, mais à la date où le montant des travaux exécutés était devenu exigible selon le contrat ; qu'en statuant ainsi alors que dès la date du contrat les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté et que l'obligation contractée par le gérant de la société civile les lie comme s'ils l'avaient contractée eux-mêmes, la cour a violé les textes susvisés* ». Les faits sont simples : une SCI passe, en 1965, un marché de travaux avec une importante entreprise de construction. L'ouvrage à construire est un immeuble collectif d'habitation, et le prix qui est forfaitaire est révisable suivant une certaine formule. Les travaux furent achevés à la fin de l'année 1966 et la prise de possession eut lieu au début de 1967. Cependant la société civile n'a pas voulu consentir à la réception et elle a refusé de payer le solde du prix. Cela ne l'a pas empêché de vendre les appartements construits. L'entrepreneur a poursuivi la société qui a été condamnée à lui payer la somme de 566 926 F par jugement devenu définitif. Ce jugement n'a pu être exécuté contre la société civile qui ne disposait plus d'aucun actif. L'entrepreneur a donc assigné les cinq associés, membres de la société au jour du contrat d'entreprise, en paiement de leur part virile dans la dette sociale. Le tribunal de grande instance de Paris a condamné les associés à payer leur portion de la dette. Deux de associés ont interjeté appel en faisant valoir qu'ils avaient cédé leurs parts sociales, l'un peu après la signature du contrat d'entreprise, l'autre peu avant l'achèvement des travaux. La cour d'appel leur a donné raison. Son arrêt est censuré pour violation des articles 1863 et 1864 C.C. dans leur rédaction antérieure à la loi du 4 janvier 1978. La Cour de cassation rappelle en cassant l'arrêt, que les associés sont engagés envers le créancier dès la date du contrat *comme s'ils avaient contracté eux-mêmes l'obligation*.

⁴⁸⁵ Ph. DEROUIN, note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 fév. 1981 précit. in D. 1981, jur. 294.

⁴⁸⁶ Ph. DEROUIN, *ibid.*, p. 294.

⁴⁸⁷ Sur la conception de la société civile telle qu'appliquée dans le droit antérieur, v. *infra* n^{os} 286 et s.

Le nouvel article 1857 se réfère aux *dettes sociales* sans aucune mention du *contrat*, source de ces dettes. Il s'éloigne ainsi clairement du droit antérieur, fort bien illustré par l'arrêt du 17 février 1981, d'où il résultait que l'engagement des associés à l'égard des tiers est un effet du *contrat*⁴⁸⁸. Désormais, c'est sur la base des *dettes sociales*⁴⁸⁹ que l'engagement des associés prend naissance et non sur celle des contrats ou faits juridiques qui engagent la personne morale.

254. – Il faudra s'arrêter sur la qualification d'engagement accessoire⁴⁹⁰. Nous préférons au qualificatif « accessoire » celui d'*adjoind*, car il est plus approprié pour désigner l'engagement des associés. En effet, « accessoire » signifie complémentaire ou *celui qui suit le principal*, or l'engagement des associés et celui de la société *ne s'additionnent pas*, ne sont pas exigibles simultanément. C'est envers la société que l'engagement est exigible en premier lieu, ce n'est que si la société n'exécute pas cet engagement ou n'est pas en mesure de l'exécuter qu'il devient exigible à l'égard des associés. C'est *l'exigibilité* de la dette qui est retardée pour les associés après que la société a été vainement et préalablement poursuivie en application de l'article 1858 C.C. ; l'obligation des associés et celle de la société aux dettes sociales ne sont pas conjointes⁴⁹¹, elles sont *hiérarchisées*⁴⁹². C'est alors que la dette ne peut être exigible *simultanément* envers la société et envers les associés.

Si l'obligation au passif social de la société s'exécute, celle des associés s'en trouve corrélativement *disparue*. C'est pour cette raison qu'il est plus exact de parler d'une obligation *adjoind* ou *non autonome*⁴⁹³ des associés envers la société. En ce sens que le sort de leur obligation au passif social *dépend* de l'existence de la dette à l'égard de la société. Si l'obligation n'existe plus à l'égard de la société, *il n'est pas possible qu'elle soit exigible envers les associés*⁴⁹⁴.

⁴⁸⁸ Ph. DEROUIN, note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 fév. 1981 précit. in D. 1981, jur. 294.

⁴⁸⁹ Sur la notion de dettes sociales, v. *supra* n^{os} 240 et s.

⁴⁹⁰ V. par ex. qui considère que l'obligation des associés est « accessoire » : F.-X. LUCAS, *Les associés et la procédure collective*, Pet. Aff. 2002, n^o 7, p. 7, spéc. n^o 17. – V. aussi du même auteur : note précit. sous Cass. 3^{ème} civ., 23 janv. 2002 in Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2002, n^o 5, p. 640, § 142 ; note sous Cass. com., 14 janv. 2004 in Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2004, n^o 5, p. 717, § 141.

⁴⁹¹ A. HONORAT, obs. sur Cass. 3^{ème} civ., 10 juill. 1996 précité in D. 1997, somm. 80. – J.-F. WEBER, concl. précit. pour Cass. 3^{ème} civ., 8 nov. 2000 in JCP 2001, 2, 10450.

⁴⁹² P. Le CANNU, note précit. sous Cass. com., 25 nov. 1997 in Bull. Joly soc. 1^{er} fév. 1998, n^o 2, p. 156, § 57.

⁴⁹³ A. HONORAT, obs. précit. sur Cass. 3^{ème} civ., 10 juill. in D. 1997, somm. 80. – F.-X. LUCAS, note précit. sous Cass. com., 14 janv. 2004 in Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2004, n^o 5, p. 717, § 141. Cet auteur, tout en reconnaissant le caractère non autonome de l'obligation des associés au passif social, défend cependant l'opinion selon laquelle il s'agit d'un engagement « accessoire », *qui naît en même temps que celui de la société*.

⁴⁹⁴ J.-P. SORTAIS, note sous CA Paris, 16 fév. 1978 in Rev. sociétés 1978. 512.

255. – Notons qu'avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005, la raison de l'extinction de la dette sociale, était, le plus souvent, *le défaut de déclaration* dans la procédure de redressement judiciaire de la société débitrice. Pour les procédures ouvertes à compter du 1^{er} janvier 2006, date de l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005, le défaut de déclaration *n'entraîne plus extinction de la créance contre la société*, donc, et corrélativement, *n'entraînera pas extinction de l'obligation des associés au paiement des dettes sociales*⁴⁹⁵. Cette modification législative a, au demeurant, pour effet de rendre *plus difficile* la situation des associés quant au passif social, car elle *aggrave* considérablement le risque d'un recours exercés contre eux par les créanciers en recouvrement du passif social⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ Si le créancier a omis de déclarer sa créance à la procédure collective ouverte entre-temps contre la société, il est *seulement* exclu des répartitions et doit donc attendre de recouvrer son droit individuel de poursuite contre la société, faire la preuve de son insolvabilité, ensuite de quoi il pourra actionner à nouveau en paiement les associés. Sur l'exclusion du créancier des répartitions, v. l'article L. 622-26, al. 1^{er} C. com.

⁴⁹⁶ J.-F. BARBIÈRI, note sous Cass. com., 24 janv. 2006 précit. in Rev. sociétés 2006. 410, n° 7. L'auteur souligne cependant que même si désormais, en cas d'omission de la déclaration, l'extinction de la créance est exclue, le créancier risque fort de se heurter à *la prescription* lorsqu'il se tournera enfin vers les associés. Il rappelle que, selon la Cour de cassation, les cinq ans de la prescription prévue par l'article 1859 C.C., courent à compter de la publication du jugement qui a prononcé la liquidation judiciaire de la société. Et, selon lui, il ne servirait à rien que le créancier engage une action contre les associés sans attendre de pouvoir prouver la vanité de devoir poursuivre la société, il doit *impérativement* suivre l'ordre des poursuites imposé par l'article 1858 sous peine de voir son action déclarée *irrecevable*. Cette solution a été clairement consacrée par la Cour de cassation, sur cette jurisprudence, v. : Cass. 3^{ème} civ., 18 juill. 2001 précit. : Act. proc. coll. 2001/15, n° 192, note J.-L. Vallens ; Dr. sociétés 2001, p. 14, note Th. Bonneau ; JCP 2002. 2. 10052, note F.-X. Lucas ; *ibid.* 2002, n° 13, p. 611. – Cass. com., 27 sept. 2005 précit. : Bull. civ. 4, n° 188, p. 203 ; Bull. Joly soc. 2006, n° 2, p. 235, note A. Reygrobellet ; Rev. sociétés 2008. 137, note J.-F. Barbiéri ; RTD com. 2006. 616, obs. Cl. Champaud et D. Danet.

Rappelons ici que cette orientation jurisprudentielle a cependant connu récemment, un certain assouplissement, v. : Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 précit. : Bull. civ., Ch. mixte, n° 4 ; Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, note F. Pérochon ; Dr. sociétés 2007, comm. 157, note J.-P. Legros ; Rép. Def. 2007, art. 38675, p. 1571, § 9, note D. Gibirila ; Rev. sociétés 2007. 620, note J.-J. Barbiéri ; RTD com. 2007. 550, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; *ibid.* 2007. 597, obs. A. Martin-Serf ; D. 2007. 1414, note A. Lienhard ; Gaz. Pal. 2007. 2521, note P.-M. Le Corre ; Lexbase heb. éd. Gén., n° 289, du 24 janv. 2008, n° Lexbase N8373BDH, note J.-B. Lenhof ; Pet. Aff. 14 août 2007, n° 162, p. 18, note F. Vinckel. Sur cet arrêt, et une analyse de celui-ci, v. *supra* note 415 sous n° 233.

Du temps où cet auteur a émis son opinion, la nouvelle conception de la Cour de cassation sur le respect de l'ordre des poursuites imposé par l'article 1858 C.C. ne s'était pas encore manifestée, puisque – bien entendu – l'arrêt du 18 mai 2007 lui est postérieur. Si cet auteur devrait donner son opinion aujourd'hui, nous pensons que celle-ci devrait être *sensiblement nuancée*.

Et sur la situation des créanciers d'une société faisant l'objet d'une procédure de redressement, v. aussi : N. RONTCHEVSKY, *Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises* : Banque et Droit 2006. 17, v. spéc. n°s 21 et s. Cet auteur considère que, désormais, avec la suppression de l'article L. 621-46 C. com., *la sécurité des créanciers est renforcée*.

Par ailleurs, l'article 1859 C.C. précité dispose que :

« Toutes les actions contre les associés non liquidateurs ou leurs héritiers et ayants-cause se prescrivent par cinq ans à compter de la publication de la dissolution de la société ».

Appliquant cet article, la Cour de cassation a l'occasion de préciser que la liquidation judiciaire d'une société *emporte de plein droit sa dissolution*, v. : Cass. com., 8 mars 2005 : Bull. civ. 5, n° 54, p. 59 ; RTD com. 2007. 397, obs. M.-H. Monsérié-Bon.

Et aussi, sur la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle les cinq ans de la prescription prévue par l'article 1859 en question, courent à compter de la publication du jugement qui a prononcé la liquidation judiciaire de la société, v. : Cass. 3^e civ., 13 nov. 2003 : Bull. civ. 3, n° 198, p. 176 ; RTD com., 2004. 114, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; Bull. Joly soc. 2004, p. 212, § 31, note P. Le Cannu ; Rev. sociétés 2004. 149, note J.-F. Barbiéri. – Cass. com., 12 déc. 2006 : Bull. civ. 4, n° 247, p. 272 ; D. 2007. 93, obs. A. Lienhard ; Bull. Joly soc. 2007, p. 511, § 132, note Y. Dereu ; Banque et droit, janv. 2007. 52,

256. – La solution consacrant le caractère non autonome de l'obligation des associés au passif social, fut réaffirmée par un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 28 juin 2005⁴⁹⁷.

Et ici, il est important de noter que l'opération de déclaration des créances dans le cadre de la procédure collective, qui – rappelons-le – équivaut à une demande en justice par la reconnaissance expresse de la jurisprudence⁴⁹⁸, et qui – par ailleurs – est approuvée par une doctrine dominante⁴⁹⁹, a pour effet de *prouver le caractère*

obs. M. Storck ; Rev. sociétés 2007. 406, obs. J.-J. Barbiéri. – Cass. com., 13 déc. 2011 : Bull. civ. 4, n° 211.

⁴⁹⁷ Cass. com., 28 juin 2005, n° de pourvoi : 03-11.915. En l'espèce, une société civile immobilière a été condamnée par une cour d'appel à payer une certaine somme à sa créancière. Deux particuliers ont été condamnés à payer à celle-ci, en leur qualité d'associés de cette société civile immobilière, les montants des diverses condamnations prononcées à son bénéfice. Au cours de l'instance d'appel, la société civile a été mise en liquidation judiciaire. En appel, les deux associés ont opposé que la créance objet de la condamnation était éteinte, faute d'avoir été déclarée au représentant des créanciers de la société et qu'en conséquence, la créancière ne pouvait leur en réclamer le paiement en leur qualité d'associés. Le second moyen du pourvoi, qui seul nous intéresse ici, se basait sur l'article 1857 C.C. et l'ancien article L. 621-46 C. com. L'alinéa premier de ce texte se présentait ainsi :

« A défaut de déclaration dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et dividendes à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion s'ils établissent que leur défaillance n'est pas due à leur fait. En ce cas, ils ne peuvent concourir que pour la distribution des répartitions postérieures à leur demande ».

Les demandeurs en cassation invoquaient l'extinction de la créance faute d'avoir été déclarée dans la procédure collective dans les délais légaux.

La cour d'appel avait, pour condamner les demandeurs en cassation, en leur qualité d'associés de la société civile, à payer à la société créancière chacun la moitié de plusieurs sommes, retenu que, même si la créance était réellement éteinte, cette extinction, compte tenu de la chronologie rappelée au jugement attaqué et de la date du jugement de liquidation, aurait été *postérieure* à la naissance de la créance contre les associés en application des articles 1857 et 1858 C.C., de sorte que la prétendue extinction était en toute hypothèse invoquée de façon inopérante.

Pour casser l'arrêt attaqué, la Cour de cassation énonce dans un attendu de principe : « *qu'en statuant ainsi, alors que les associés de sociétés civiles ne sont tenus à l'égard des tiers que du passif social et qu'à défaut de déclaration de la créance dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement de liquidation judiciaire le créancier est forclus pour en réclamer le paiement, ce qui fait disparaître l'obligation des associés, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

Soulignons que si cet arrêt avait été rendu sous l'empire du droit actuel, la solution aurait été tout à fait différente. La solution qu'adopte la Cour de cassation concernant la question de l'extinction de la créance non déclarée, n'est plus valable aujourd'hui. En effet, comme déjà dit, depuis le 1^{er} janvier 2006, le défaut de déclaration n'entraîne plus l'extinction de la créance contre la société, et donc *n'entraînera pas l'extinction de l'obligation des associés de sociétés civiles au paiement des dettes sociales*, v. *supra* note 496. En effet, l'ancien article L. 621-46 C. com. qui était originairement l'article 53 de la loi du 25 janvier 1985 transféré au Code de commerce, fut abrogé par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000.

Cette réalité n'ôte cependant aucunement sa valeur à l'arrêt rapporté, puisqu'il affirme que « *les associés de sociétés civiles ne sont tenus à l'égard des tiers que du passif social* ». Ceci constitue une règle de portée générale et *hautement* invariable, et, elle est toujours valable aujourd'hui.

⁴⁹⁸ Cass. com., 15 oct. 1991 : Bull. civ. 4, n° 297, p. 206 ; Banque 1992, n° 532, p. 1058, obs. J.-L. Rives-Lange. – Cass. com., 14 déc. 1993 : Banque 1994, n° 545, p. 93, obs. J.-L. Guillot.

⁴⁹⁹ V. par ex. : J.-L. GUILLOT, obs. sur Cass. com., 18 janv. 1994 précit. in Banque 1994, n° 547, p. 94. – C. GALL, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 3 juill. 1996 in Pet. Aff. 1997, n° 13, p. 24. – D. GIBIRILA, note sous Cass. 3^{ème} civ., 8 oct. 1997 précit. in D. 1998, jur. 142. – Y. DEREU, note sous CA Paris, 9 nov. 2001 précit. in Bull. Joly 2002. 270, § 56, p. 274. – J.-F. BARBIÉRI, note sous Cass. com., 19 déc. 2006 in Rev. sociétés 2007. 410. – V. aussi du même auteur : note précit. sous Cass. com., 24 janvier 2006 in Rev. sociétés 2006. 410, n° 5. – A. MARTIN-SERF, obs. pour Cass. com., 19 déc. 2006 in RTD com. 2007. 595. – V. aussi : A. GHOZI, *Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives de règlement du passif*, RTD com. 1978. 1. – A. LIENHARD, obs. précit. pour Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in D. 2007. 1414. – v. aussi du même auteur : *Procédures collectives*, Delmas, 2009, n° 1104.

social de la dette. Et l'admission de la créance par le juge-commissaire à la procédure collective, constitue une *décision juridictionnelle qui a autorité de la chose jugée*⁵⁰⁰.

Ayant examiné les conditions de l'obligation des associés aux dettes sociales, il nous faut à présent évaluer l'incidence du régime juridique de l'obligation au passif social pesant sur les associés sur le caractère subsidiaire de leur engagement et sur son étendue.

Sous-section 3 : Appréciation critique des rapports qu'entretiennent l'exigence de la vanité des poursuites et la subsidiarité de l'obligation des associés au passif social.

257. – L'article 1858 C.C. en exigeant la vanité des poursuites engagées préalablement contre la société, a rendu *hautement prioritaire* le patrimoine social et a consacré le caractère subsidiaire de l'obligation des associés aux dettes sociales. Ce caractère subsidiaire a été reconnu par une doctrine quasi unanime ; une majorité d'auteurs reconnaissent ce caractère et qualifient clairement l'obligation des associés de *subsidiaire*⁵⁰¹. Mais aussi et surtout, cette subsidiarité a été consacrée par la

– E. SCHOLASTIQUE, *Titre exécutoire et procédures collectives*, Dr. et Proc. 2005. 7, spéc. n° 24, p. 14.
– F. PÉROCHON, note précit. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n°s 21 et 22. – F. PÉROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2009, n° 267.

⁵⁰⁰ J.-J. DAIGRE, note sous Cass. 3^{ème} civ., 7 oct. 1998 précit. in Bull. Joly 1999. 285, § 51, p. 289. – J. BONNARD, *Le droit des entreprises en difficulté*, Hachette, 4^{ème} éd. 2009, p. 96. – D. GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, Defrénois, Lextenso éditions, 2009, n° 577. – M. JEANTIN et P. Le CANNU, *Droit commercial, entreprises en difficulté*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2007, n° 516. – F. PÉROCHON et R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 543. – C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 6^{ème} éd. 2009, n° 728. – J.-L. VALLENS, note sous Cass. com., 2 mai 2001 in RTD com. 2001. 773.

Plus important de ces opinions doctrinales de grande autorité, est l'enseignement qui découle d'un texte ; il s'agit de l'article R. 624-7 C. com. Ce texte dispose que :

« Le recours contre les décisions du juge-commissaire statuant sur l'admission des créances est formé devant la cour d'appel ».

Ce texte démontre bien que les décisions du juge-commissaire prises relativement à l'admission des créances ont véritablement *la nature de décisions juridictionnelles*, puisqu'elles peuvent faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel tels les jugements rendus par les juges du premier degré.

⁵⁰¹ V. par ex. : J.-F. BARBIÈRI, note précit. sous Cass. com., 24 janv. 2006 in Rev. sociétés 2006. 410, n° 2. – Y. CHARTIER, *La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978, op. cit.*, n° 281 ; *L'évolution de l'engagement des associés*, Rev. sociétés 1980. 1, n° 21 et s. – J.-J. DAIGRE, note sous Cass. com., 24 janv. 2006 in Bull. Joly soc. 2006, n° 5, p. 588. – A. COURET, note sous Cass. com., 23 janv. 2001 in Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2001, n° 5, p. 481, § 118, spéc. n° 3. – N. DONIO-JOURNO, thèse précit., p. 324. – D. GIBIRILA, *L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles*, Rép. Def. 1998, art. 36808, p. 625, art. précit., n° 23 et s. – V. aussi du même auteur : note sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Rép. Def. 2007, art. 38675, p. 1571, § 9. – L. GODON, *op. cit.*, n° 55 et s. – M. JEANTIN, *op. cit.*, n° 51. – J. JULIEN, *Observations sur l'évolution jurisprudentielle du sort des associés dans la société civile*, RTD com. 2001. 841, n° 5 et s. – F.-X. LUCAS, *Interrogations sur la qualité de commerçant de l'associé en nom*, in Mélanges Adrienne Honorat, 2000, éd. Frison-Roche, p. 281, spéc. p. 286. – V. aussi du même auteur : *Les associés et la procédure collective, op. cit.*, spéc. n° 18. – Et : note sous Cass. com., 9 janv. 2001 in Bull. Joly soc. 2001, p. 365, § 92. – F. MAGNIN, *op. cit.*, p. 4. – J.-Ph. DOM, note précit.

jurisprudence sans équivoque. Celle-ci a bien employé l'adjectif qualificatif « subsidiaire » pour rendre compte de la nature de l'engagement des associés aux dettes sociales.

C'est, notamment, dans l'arrêt précité du 23 janvier 2001 que la Chambre commerciale a clairement consacré ce caractère subsidiaire⁵⁰². Rappelons que dans l'espèce ayant donné lieu à cet arrêt, les sociétés débitrices avaient fait l'objet de plans de continuation. Était principalement soulevée par l'arrêt, la question de l'interprétation de l'ancien article L. 621-65 C. com., devenu l'actuel article L. 626-11 C. com., dont l'alinéa second privait dans sa version en vigueur au temps où l'arrêt a été rendu, les cautions solidaires et les coobligés du droit de se prévaloir des dispositions du jugement arrêtant le plan⁵⁰³. La Cour ayant décidé que l'associé pouvait se prévaloir des dispositions de ces plans, et que, le créancier ne pouvait le poursuivre en recouvrement des dettes sociales, ceci ne peut s'expliquer que par le *défaut d'existence des vaines poursuites telles que exigées par l'article 1858 C.C.*⁵⁰⁴. Rappelons encore qu'en appliquant l'article L. 621-65, la Cour n'a, *de manière implicite*, pas admis que les associés des sociétés civiles soient les *coobligés* de celles-ci au sens de ce texte⁵⁰⁵. Une réponse affirmative aurait abouti à *nier* le

sous Cass. com., 23 janv. 2001 in Rev. sociétés 2001. 847. – M.-H. MONSÉRIÉ-BON, note précit. sous Cass. com., 23 janv. 2001 in RTD com. 2001. 472. – J.-P. RÉMERY, note sous Cass. com., 23 janv. 2001 in JCP (E) 2001. 850. – A. MARTIN-SERF, obs. précit. pour Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in RTD com. 2007. 597. – F. PÉROCHON, note précit. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n°s 1, 21 et 27. – A. CERATI-GAUTHIER, note précit. sous Cass. 3^{ème} civ., 23 mai 2007 in JCP (E), n° 39, 27 sept. 2007. 2157. – F.-X. LUCAS, note sous Cass. 3^{ème} civ., 23 mai 2007 in Dr. sociétés 2007, comm. n° 131. – J.-P. SORTAIS, note précit. sous CA Paris, 16 fév. 1978 in Rev. sociétés 1978. 512. – Comp. : F. DERRIDA, *De la solidarité commerciale*, RTD com. 1953. 329, spéc. n° 7.

⁵⁰² Cass. com., 23 janv. 2001 précit. : Bull. civ. 4, n° 24, p. 22 ; Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2001, n° 5, p. 481, § 118, note A. Couret ; D. 2001. AJ. 781, obs. A. Lienhard ; *ibid.* somm. 3427, obs. A. Honorat ; JCP (E) 2001. 850, note J.-P. Rémy ; RD bancaire et fin. 2000, n° 69, obs. F.-X. Lucas ; Rev. sociétés 2001. 847, obs. J.-Ph. Dom ; RTD com. 2001. 472, obs. M.-H. Monsérié-Bon. Pour l'attendu de l'arrêt ainsi qu'une analyse de celui-ci, v. *supra* n° 204 et note 332.

Et pour l'affirmation de la jurisprudence du caractère subsidiaire de l'obligation des associés, v. *infra* n° 311.

⁵⁰³ Sur les versions ancienne et actuelle de l'article L. 626-11 C. com., v. *supra* note 332.

⁵⁰⁴ En ce sens : F.-X. LUCAS, note sous Cass. com., 23 janv. 2001 précit. in RD bancaire et fin. 2000, n° 69. – V. aussi du même auteur : *Les associés et la procédure collective*, Pet. Aff. 2002, du 9 janv. 2002, p. 7, n° 21.

⁵⁰⁵ L'arrêt précité de la Chambre commerciale du 23 janvier 2001 est à rapprocher d'un arrêt rendu par rapport à une société en nom collectif, v. : Cass. com., 20 mars 2012 : Bull. civ. 4, n° 61 ; Bull. Joly soc., 1 mai 2012, n° 5, p. 388, note J.-F. Barbiéri ; Dr. sociétés n° 6, juin 2012, comm. 102, note M. Roussille ; EDCO 1^{er} mai 2012 n° 5, p. 7, obs. M. Caffin-Moi ; Gaz. Pal. 12 avril 2012, n° 103, p. 25 ; Rev. sociétés 2012. 577, note O. Dexant - de Bailliencourt.

A la différence de l'arrêt du 23 janvier 2001, où il résulte *seulement de manière implicite*, que la Cour n'admet pas que les associés soient les coobligés de la société, dans l'arrêt du 20 mars 2012, l'affirmation que les associés ne sont pas les coobligés de la société est faite de manière expresse et, on ne peut *plus claire*.

Sur l'attendu de la Cour dans lequel cette affirmation est faite, v. *infra* n° 402 et note 810.

caractère subsidiaire de l'obligation des associés au passif social⁵⁰⁶. Une question importante se pose naturellement ici, c'est celle de savoir si, dans le raisonnement de la Cour le fait d'affirmer que l'associé pouvait se prévaloir des dispositions des plans de continuation était intimement lié à l'affirmation par celle-ci, *faite d'ailleurs de manière générale*, du caractère subsidiaire de l'obligation des associés aux dettes sociales. Nous ne le pensons pas, et la Cour de cassation aurait pu se contenter d'appliquer l'article L. 621-65 précité⁵⁰⁷, et de mettre en relief le fait que les poursuites entreprises contre les sociétés ne se sont pas avérées être vaines, ceci impliquerait logiquement *que toute voie serait fermée devant la poursuite de l'associé*. Et de cette manière la subsidiarité de l'obligation des associés au passif social est *assurée*, sans qu'il soit besoin de mentionner que les associés sont débiteurs subsidiaires du passif social, mention que d'ailleurs nous ne critiquons point.

258. – Il arrive par ailleurs que le droit des procédures collectives pervertisse l'application du droit des sociétés. Comme certains auteurs l'ont relevé, le plus souvent, les décisions adoptant une conception modérée des vaines poursuites consistant à permettre aux créanciers sociaux de poursuivre les associés avant la clôture de la procédure collective, *aboutissent à un résultat surprenant*⁵⁰⁸. C'est en effet, que, l'actif de la société se révélant insuffisant à désintéresser les créanciers chirographaires, ceux-ci peuvent alors agir contre les associés avant d'attendre la clôture de la procédure collective, alors que les créanciers privilégiés doivent pour

⁵⁰⁶ En ce sens : M.-H. MONSÉRIÉ-BON, note précit. sous Cass. com., 23 janv. 2001 in RTD com. 2001. 472. – Rapp. : J.-Ph. DOM, note précit. sous Cass. com., 23 janv. 2001 in Rev. sociétés 2001. 847. – V. cependant : F.-X. LUCAS, obs. sur Cass. com., 23 janv. 2001 précit. in RD bancaire et fin. 2000, n° 69. L'auteur adopte une autre signification du terme « coobligé », il considère que les associés sont des coobligés de la société, pour lui ceci n'exclut pas l'existence d'une hiérarchie entre l'obligation de la société et celle des associés. Or ce n'est pas cette acception du terme « coobligé » que nous adoptons dans la présente étude car celui-ci suppose l'absence de hiérarchie, ce que nous n'admettons pas pour l'obligation au passif social des associés.

V. par ex. un arrêt relatif aux sociétés en nom collectif qui adopte cette acception-ci du terme « coobligé » : CA Paris, 8 oct. 1999 : JurisData n° 1999-111534 ; Bull. Joly soc. 2000, p. 93, § 18, note P. Le Cannu ; D. 2000, jur. 583, note D. Fiorina ; JCP E 1999, n° 47, p. 1851.

⁵⁰⁷ Un auteur a d'ailleurs très pertinemment souligné que ce texte aurait seul suffi à justifier la solution, v. : A. HONORAT, obs. précit. sous Cass. com., 23 janv. 2001 in D. 2001. somm. 3427. C'est pour cette raison qu'il est légitime de penser que la mention par l'attendu du caractère subsidiaire de l'obligation des associés aux dettes sociales, est quelque peu superflue. Cette mention trouve cependant une justification et ne conserve pas moins une certaine utilité. Elle peut se justifier valablement, car la Cour de cassation a voulu par le rappel du caractère subsidiaire de l'obligation des associés nettement distinguer la situation de ceux-ci de celle des coobligés visés dans l'article L. 621-65 C. com., texte qui leur interdit le droit de se prévaloir des dispositions du plan. Elle conserve également une certaine utilité du fait qu'elle constitue un *rappel* clair de ce caractère subsidiaire que, relativement, peu de décisions de jurisprudence ont eu l'occasion de réaffirmer.

⁵⁰⁸ C. GALL, obs. précit. sous Cass. 3^{ème} civ., 3 juill. 1996 in Pet. Aff. 1997, n° 13, p. 24. – L. GODON, *op. cit.*, n° 99. – D. GIBIRILA, note sous Cass. 3^{ème} civ., 8 oct. 1997 précit. in D. 1998, jur. 142. – J. HONORAT, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 3 juill. 1996 in Rép. Def. 1996, art. 36423, p. 1296. – Ph. PÉTEL, obs. sur CA Paris, 19 mars 1991 précit. in JCP (E) 1991. 1. 102, n° 18, p. 526. – B. SAINTOURENS, obs.

pouvoir entreprendre des poursuites contre les associés, attendre que les répartitions effectuées par le commissaire à l'exécution du plan et la clôture de la procédure démontrent l'inanité de leurs poursuites. Si cette opération se prolonge un peu, les créanciers chirographaires de la société seront *avantagés* par rapport aux créanciers titulaires de sûretés. La crainte exprimée par ces auteurs est fondée et risque malheureusement de se produire souvent. Ce cas de figure illustre un cas pathologique du droit des procédures collectives qui entraîne un renversement anormal et illogique des rapports qu'entretiennent l'inanité des poursuites et l'obligation des associés au passif social. L'exigence de la vanité des poursuites devait normalement créer une protection en faveur des associés, protection qui ne devait pas être contrecarrée par les aléas liés au fonctionnement de certaines institutions du droit.

259. – Mais, si la protection dont bénéficient les associés trouve son support dans un texte clair du droit des sociétés – en l'occurrence l'article 1858 C.C. – et devait ainsi revêtir une certaine *légitimité* au regard des personnes intéressées à la vie d'une entreprise connaissant des difficultés, cette protection a cependant suscité la réprobation. Un auteur a particulièrement critiqué l'exigence de vaines poursuites posée par ledit article 1858⁵⁰⁹, la considérant comme une *incitation à la fuite* devant la responsabilité et un moyen ouvert aux responsables d'organiser leur insolvabilité.

260. – Cependant, il est surtout important de faire le constat que la conception plus ou moins rigoureuse de la vanité des poursuites est en *rapport direct* avec le principe de subsidiarité qui gouverne l'obligation aux dettes des associés. En ce sens que plus les exigences sont rigoureuses quant aux poursuites préalables et vaines contre la société, plus la subsidiarité de l'obligation des associés aux dettes est *accentuée*. Le degré de subsidiarité de l'obligation des associés au passif social est proportionnel à la rigueur relative à l'exigence des vaines poursuites⁵¹⁰. Plus les exigences sont rigoureuses pour la poursuite contre la société, plus il devient difficile

sous Cass. 3^{ème} civ., 23 avr. 1992 in Rev. sociétés 1992. 766. – F. PÉROCHON, note précit. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n°s 12 et 13.

⁵⁰⁹ J.-F. BARBIÈRI, note sous Cass. 3^{ème} civ., 8 oct. 1997 précit. in Rev. sociétés 1998. 117, n° 10.

⁵¹⁰ En ne sens : D. GIBIRILA, note précit. sous Cass. com., 24 janv. 2006 in Pet. Aff. 28 avr. 2006, n° 85, p. 14. F. – PÉROCHON, note précit. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n° 5 et les réf. citées.

de rechercher la responsabilité des associés pour le passif social⁵¹¹, et plus le degré de la subsidiarité de leur obligation au passif social est *élevé*, d'où l'incidence de la conception plus ou moins rigoureuse des vaines poursuites sur le *degré de subsidiarité de l'obligation des associés aux dettes*. Donc la subsidiarité est susceptible de degrés⁵¹², ces degrés varient en fonction du régime applicable au groupement, selon que celui-ci impose des exigences plus ou moins rigoureuses quant aux mesures de poursuites applicables à l'obligation au passif social et fait par conséquent varier le degré de subsidiarité de l'obligation des associés. Nous déduisons que si l'exigence des vaines poursuites qui conditionne l'obligation des associés aux dettes sociales, est proportionnelle au degré de subsidiarité des associés aux dettes sociales, il s'ensuit que dans les groupements qui sont uniquement soumis à l'exigence de la *simple mise en demeure* préalable, exigence qui, *par hypothèse*, est moins rigoureuse de celle des vaines poursuites, la subsidiarité de l'obligation des associés aux dettes est d'un degré – évidemment – *moindre* que celle qui gouverne l'obligation aux dettes des associés des groupements soumis à l'exigence de la préalable et vaine poursuite⁵¹³. C'est ainsi que dans les sociétés civiles, de droit commun, régies par l'article 1858 C.C., que le degré de subsidiarité de l'obligation des associés au passif social est *le plus important*, ainsi que la protection qui leur est assurée par application de cet article⁵¹⁴. Ce degré dans la subsidiarité est plus

⁵¹¹ Rappr. : M. STORCK, note précit. sous Cass. com., 12 déc. 2006 in Banque et droit, janv. 2007. 53. L'auteur évoque les conditions de poursuite des associés des sociétés en nom collectif pour le passif social qu'il considère être *moins rigoureuses* pour le créancier que celles applicables aux sociétés civiles.

⁵¹² Y. CHARTIER, art. précit. in Rev. sociétés 1980, n° 30. – F. PÉROCHON, note précit. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n° 5. – Rappr. : L. GODON, *op. cit.*, n° 88. Cet auteur estime quant à lui, que les « modalités de mise en œuvre de l'obligation aux dettes des associés », sont *susceptibles de degrés*.

⁵¹³ J.-F. BARBIÈRI, note précit. sous Cass. com., 24 janv. 2006 in Rev. sociétés 2006. 410, spéc. n° 5. L'auteur met en relief très clairement l'idée de degrés dans la subsidiarité. Il illustre très justement cette idée de degrés dans la subsidiarité, en faisant ressortir la différence de régime qui sépare l'obligation au passif social des associés de sociétés en nom collectif de l'obligation au passif social des associés de sociétés civiles. – V. aussi du même auteur : note précit. sous Cass. com., 19 déc. 2006 in Rev. sociétés 2007. 410, spéc. p. 413. Il n'est pas de doute que l'auteur considère qu'il existe bel et bien des degrés dans la subsidiarité puisqu'il emploie l'expression de « gradation dans la subsidiarité ». – V. aussi qui défend cette même idée de degrés dans la subsidiarité de l'obligation des associés au passif social dans les différents types de personnes morales : F. PÉROCHON, note précit. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n° 5. – V. aussi qui met en relief le fait que la subsidiarité de l'obligation des associés est « *moins marquée* » dans les sociétés en nom collectif que dans les sociétés civiles : F.-X. LUCAS, *Les associés et la procédure collective*, *op. cit.*, spéc. n° 30. – V. aussi du même auteur : note précit. sous Cass. com., 9 janv. 2001 in Bull. Joly soc. 2001, p. 365, § 92. – V. aussi qui soutiennent cette même idée : F. KENDERIAN, note sous Cass. 3^{ème} civ., 14 fév. 2007 in Bull. Joly soc., 1^{er} juin 2007, n° 6, p. 705, spéc. n° 2. – M.-H. MONSÉRIÉ-BON, obs. pour Cass. com., 20 nov. 2001 in RTD com. 2002. 119. – Rappr. : Y. DEREU, note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 2006 (2 esp.) in Bull. Joly soc., 2006, n° 6, p. 818, § 171.

⁵¹⁴ J.-F. BARBIÈRI, note précit. sous Cass. com., 19 déc. 2006 in Rev. sociétés 2007. 410, spéc., pp. 413 et 414 *in fine*. – Rappr. : D. GIBIRILA, note précit. sous Cass. com., 24 janv. 2006 in Pet. Aff. 28 avr. 2006, n° 85, p. 14. – L. TOMASINI, obs. pour Cass. 3^{ème} civ., 5 déc. 2001 in Lexbase heb. éd. Aff., n° 4, 3 janv. 2002, n° Lexbase N1602AAL.

considérable par rapport aux groupements qui ne sont soumis qu'à l'exigence de la mise en demeure préalable. Ceux-ci seront étudiés plus loin⁵¹⁵.

260. – Nous constatons aussi et surtout que si l'on parle de degrés dans la subsidiarité, ceci nous amène évidemment à exclure l'idée selon laquelle il puisse exister entre les régimes des obligations des associés dans les sociétés civiles et les autres groupements étudiés *une différence de nature*. Il s'agit uniquement d'une différence de *degré*.

261. – Mais cette analyse devait nous mener vers la question de l'éventuelle existence d'un lien entre la personnalité morale du groupement et le degré de subsidiarité de l'obligation des associés et membres aux dettes sociales, ce qui fera l'objet de développements ultérieurs⁵¹⁶.

Après avoir étudié les exigences qui, une fois remplies, permettent de rechercher la responsabilité des associés pour le passif social, il faut dans ce qui suit étudier les exigences relatives à *l'exécution* des dettes sociales à l'encontre des associés.

Section 2 : Les exigences relatives à l'exécution de la dette à l'encontre des associés.

262. – Deux exigences sont imposées en droit positif pour que puisse être exécutée la dette à l'encontre des associés ; la première est relative à *la qualité d'associé* (par. 1^{er}), et la seconde est relative à l'existence d'un titre contre les associés (par. 2).

Par. 1^{er} : La nécessité de la qualité d'associé.

263. – Si les poursuites contre la société s'avèrent être vaines, c'est alors que les associés seront ou pourront être poursuivis en recouvrement de ses dettes sociales. La poursuite pour les dettes sociales se fait contre les associés *en considération de cette qualité*. Ils sont poursuivis pour les dettes sociales en *leur qualité d'associés*, et nullement pour toute autre qualité.

264. – La Cour de cassation contrôle l'application exacte de cette règle ; c'est ainsi qu'elle a censuré un arrêt d'appel qui a condamné le gérant associé d'une société civile immobilière (de droit commun) au paiement d'une facture, aux motifs

⁵¹⁵ Sur le régime des poursuites des associés et membres soumis à l'exigence de la mise en demeure préalable, v. *infra*, n^{os} 342 et s.

⁵¹⁶ Sur cette question, v. *infra* n^{os} 284 et s.

que celui-ci cumulait dans le cadre de la société les fonctions d'associé, de gérant et de liquidateur⁵¹⁷. Ainsi, l'arrêt de la troisième Chambre civile du 3 juillet 1996 enseigne qu'il n'est pas possible d'assigner un associé qui est en même temps gérant pour demander sa condamnation personnelle et vouloir de cette manière faire en sorte que la société ait été *vainement poursuivie*, et obtenir la condamnation de l'associé en question⁵¹⁸.

A de même été censuré l'arrêt qui pour condamner une personne au paiement d'une dette sociale, retient que celle-ci *s'est toujours présentée en qualité de représentant de la société civile*, se déclarant habilitée à la représenter⁵¹⁹. Cette décision signifie encore que, *seul un associé peut être condamné au paiement d'une dette sociale*, et, le seul fait de se présenter comme la personne habilitée à représenter la société ne le permet pas.

265. – Par ailleurs, et d'un autre point de vue, il serait intéressant de se demander quelle serait la solution si les deux qualités d'associé et de créancier social *se cumulaient sur la tête d'une même personne*. Une telle hypothèse a heureusement été soumise à la jurisprudence ; et il résulte d'un arrêt du 3 mai 2012⁵²⁰ – précédemment cité –, que la qualité d'associé *dominerait ou absorberait celle de créancier social*.

266. – Il est également important d'étudier quelles sont les conséquences de la perte de la qualité d'associé sur l'obligation aux dettes sociales de l'ancien associé cédant, ainsi que sur les obligations du nouvel associé cessionnaire.

La perte de la qualité d'associé peut résulter soit de la cession par l'associé de ses parts sociales qui est régie par les articles 1861 C.C. et suivants, soit par son

⁵¹⁷ Cass. 3^{ème} civ., 3 juill. 1996 : Bull. civ. 3, n° 174, p. 112 ; Bull. Joly 1996. 1043, § 379, note Y. Dereu ; Rép. Def. 1996, art. 36423, p. 1294, § 2, obs. J. Honorat ; JCP (E) 1996, 1, 589, n° 15, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Pet. Aff. 1997, n° 13, p. 21, obs. C. Gall ; Rev. sociétés 1997.123, note Y. Chartier. L'arrêt énonce : « Pour condamner M. d'Antuono, à titre personnel, l'arrêt retient que celui-ci cumulant dans le "cadre" d'une société civile les fonctions d'associé, de gérant et de liquidateur et n'ayant pas hésité devant les premiers juges à plaider en cette dernière qualité, il apparaît que la SITP a valablement dirigé, à son encontre, sa demande en paiement des dettes sociales » ; « Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

⁵¹⁸ Y. CHARTIER, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 3 juill. 1996 précit., in Rev. sociétés 1997. 123.

⁵¹⁹ Cass. 3^{ème} civ., 9 fév. 2000 : Dr. sociétés 2000, comm. 87, p. 17, obs. Th. Bonneau. La cassation est faite sous le visa des articles 1846 et 1857 C.C. L'article 1846 dispose notamment en ses alinéas premier et deuxième que :

« La société est gérée par une ou plusieurs personnes, associées ou non, nommées soit par les statuts, soit par un acte distinct, soit par une décision des associés.

Les statuts fixent les règles de désignation du ou des gérants et le mode d'organisation de la gérance ».

⁵²⁰ Cass. com., 3 mai 2012 précit. : Bull. civ. 4, n° 91 ; JurisData n° : 2012-009083 ; D. 2012. 1264, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2012. 575, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; Dr. sociétés n° 7, juill. 2012, comm. 119, note H. Hovasse ; JCP E 2012. 1437, note A. Couret et B. Dondero ; Bull. Joly soc. 2012. 571, note J.-F. Barbiéri. Sur cet arrêt, v. aussi *supra* n° 183 et note 302.

retrait de la société ou son décès, événements qui sont régis par les articles 1869 C.C. et suivants.

267. – Mais sur le point de connaître les motifs de mise en cause d'un associé pour le passif social, ainsi que l'incidence de la perte de cette qualité sur l'obligation aux dettes, il faut se référer aux dispositions de l'article 1857, al. 1^{er} C.C., dont nous jugeons utile de reproduire les dispositions encore ici⁵²¹. Cet article donne un début de réponse et dispose :

« A l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de cessation des paiements ».

Ce texte rattache l'obligation de l'associé aux dettes à l'*exigibilité* de celle-ci, ou à la date de la cessation des paiements. Ceci veut dire en premier, qu'est *exclue* à l'égard de l'associé l'obligation aux dettes par référence à la *date de la conclusion du contrat*, ou de la survenance de l'acte générateur de l'engagement. Et deuxièmement, nous voyons que le texte définit deux critères pour la détermination de la date à laquelle l'on doit se référer pour décider quelles sont les personnes qui doivent supporter le passif social ; ainsi il s'agit de la date d'exigibilité de la dette⁵²², ou, celle de la cessation des paiements. Cette dernière hypothèse se présenterait dans un contexte mettant en cause une entreprise en difficulté⁵²³ dont les associés seraient poursuivis en recouvrement des dettes sociales, et de telles hypothèses ne sont pas rares dans la pratique.

⁵²¹ Les dispositions de l'article 1857 en question ont été déjà reproduites précédemment dans ce chapitre, v. *supra* n° 182.

⁵²² Constitue un exemple de date d'exigibilité de la dette, la date de la signification de l'arrêt confirmant la condamnation d'une société civile immobilière à l'égard des victimes d'un sinistre causé par celle-ci lors de travaux de construction, v. : Cass. 3^{ème} civ., 23 janv. 2002 précit. : AJDI 2002. 714, note S. Porcheron ; Bull. civ. 3, n° 14, p. 11 ; Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2002, n° 5, p. 640, § 142, note F.-X. Lucas ; D. 2002. 647, note A. Lienhard ; RD imm. 2003. 350, obs. F. Magnin ; Rev. sociétés 2002. 304, note J.-F. Barbière ; RTD com. 2002. 332, obs. M.-H. Monsérié-Bon.

Soulignons que la date d'exigibilité de la dette était soulevée de manière seulement secondaire par l'arrêt, le problème de droit principal qui y était posé était la détermination de la date valable pour apprécier l'obligation d'un associé aux dettes délictuelles d'une société civile. Sur cet arrêt, v. *supra* n° 246 et note 468.

⁵²³ Il nous a semblé hautement évident d'interpréter la formule de « cessation des paiements » comme visant la situation dans laquelle la société devient dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Des commentateurs de l'arrêt se sont – légitimement d'ailleurs – posés la question de savoir s'il faut déconnecter la notion de cessation des paiements du droit des entreprises en difficulté, il s'agirait alors, dans cette optique, du *simple fait* pour le débiteur de *cesser d'effectuer des paiements* au profit de son créancier, ou s'il faut, au contraire, comprendre que « la cessation des paiements » doit s'entendre comme en droit des procédures collectives ; il s'agirait du fait pour le débiteur de ne plus pouvoir faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Ces auteurs ont estimé que la logique commande de considérer que l'article 1857 C.C. s'intéresse, en visant la « cessation des paiements », *exclusivement* à la situation de la société, non à la question du non paiement de la dette, v. : P.-M. Le CORRE et E. Le CORRE-BROLY, obs. pour l'arrêt in Lexbase heb. n° 395, éd. privée,

268. – Et le droit des entreprises en difficulté imprime de sa particularité la question de l'obligation au passif social des associés ; ce droit, en globalisant la situation débitrice de l'entreprise, évoque plutôt l'exigibilité du passif que l'exigibilité de la créance⁵²⁴. C'est en ceci qu'il entretient des affinités avec la question de l'obligation au passif social des associés, obligation se rattachant au passif social dans son *intégralité*, et pas à une créance considérée individuellement. Il est par ailleurs possible de trouver des *rappports* entre l'exigibilité de la créance et le passif social : c'est ainsi qu'une créance qui n'est pas certaine, *ne s'intègre pas au passif exigible*⁵²⁵.

269. – On pourrait se demander ici si les critères d'exigibilité de la dette et de la cessation des paiements sont alternatifs, ou bien, s'il existe entre eux une *hiérarchie*. Autrement dit, si l'option entre l'un ou l'autre est libre de toute contrainte ou, au contraire, si l'un prime l'autre, rend celui-ci subsidiaire par rapport à lui.

Cette question s'est heureusement posée à la Cour de cassation, et celle-ci a eu l'occasion de la trancher dans une espèce où il était question de déterminer qui de l'ancien ou de l'actuel associé d'une société civile immobilière était débiteur à l'égard d'un créancier social. C'est ainsi que, par un arrêt du 13 avril 2010, la Chambre commerciale *a fait prévaloir la date de l'exigibilité de la dette sur celle de la cessation des paiements*⁵²⁶. Ayant opté pour la date d'exigibilité de la dette, la

n° Lexbase N1927BP3. Cette manière de raisonner ne peut – pensons-nous – qu'être approuvée, et la conclusion à laquelle sont parvenus ces auteurs s'impose avec grande évidence.

⁵²⁴ J.-C. BOULAY, *Réflexion sur la notion d'exigibilité*, RTD com. 1990. 339, spéc. n° 98.

⁵²⁵ J.-C. BOULAY, *ibid.*, n° 103.

⁵²⁶ Cass. com., 13 avr. 2010 : Bull. civ. 4, n° 80 ; Bull. Joly soc., 1^{er} oct. 2010, n° 10, p. 826, note J.-P. Garçon ; D. 2010. 2797, obs. A. Rabreau ; Gaz. Pal. 06 mai 2010, n° 126, p. 28 ; Lexbase n° 392, éd. Le quotidien, n° Lexbase : N9472BN7 ; *ibid.* heb. n° 395, éd. privée, n° Lexbase : N1927BP3, obs. P.-M. Le Corre et E. Le Corre-Broly ; *ibid.* heb. n° 396, éd. privée, n° Lexbase : N2125BPE, obs. J.-B. Lenhof ; RD imm. 2010. 313, note H. Heugas-Darraspen ; Rev. sociétés 2011. 104, note J.-F. Barbiéri. En l'espèce, les dirigeants d'une société anonyme ont créé le 3 décembre 1988, une société civile immobilière. Cette dernière se voit consentir, le 24 décembre 1988, un emprunt pour acheter un immeuble dont la société anonyme devait devenir locataire. La société anonyme, locataire, ayant été mise en règlement judiciaire par jugement du 6 mars 1992, ses dirigeants cèdent la totalité des parts de la société civile. C'est ainsi que, trois ans et demi après l'octroi du prêt, un nouvel associé acquiert, par acte du 17 juin 1992, la totalité des parts de la société civile. Puis, un jugement en date du 11 juin 1993, étend la procédure de redressement de la société anonyme à la société civile. Et la date de cessation de paiement a été fixée au 1^{er} mars 1991. Après avoir déclaré sa créance au passif de la société civile, l'organisme prêteur assigne le nouvel associé de celle-ci, détenteur de ses parts sociales, au paiement du solde du prêt sur le fondement de l'article 1857 C.C. Condamné à payer le prêteur de la société civile par arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 24 mai 2007, l'associé forme alors un pourvoi devant la Cour de cassation, au motif que, l'article 1857, al. 1^{er} C.C. qui établit que : « les associés répondent (...) des dettes sociales (...) à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements », signifiait que l'associé ne devait répondre que des dettes devenues exigibles postérieurement à son acquisition des parts sociales, ou, en cas de cessation de paiement, au jugement de cessation de paiement. À cet égard, la date de cessation de paiement de la société civile fixée au 1^{er} mars 1991, était antérieure à l'acquisition de parts sociales par l'associé, acquisition faite le 17 juin 1992 ; d'où il résultait, selon le moyen, que l'associé ne pouvait être poursuivi à ce titre. L'arrêt a pourtant

Cour de cassation a établi une *hiérarchie* entre les deux critères fixés dans l'article 1857 C.C.⁵²⁷, qui, pourtant, dans ce texte, semblent se présenter comme étant alternatifs⁵²⁸. Des arguments solides puisés dans le droit commun des contrats militent en faveur de la *primauté* de la date d'exigibilité de la dette sur celle de la cessation des paiements⁵²⁹. Et donc, si certains éléments de faits propres à l'espèce devaient commander que soit préférée la date d'exigibilité de la dette sur celle de la cessation des paiements⁵³⁰, il demeure *certain* que la date d'exigibilité de la dette conserve une *supériorité originelle* – si l'on peut dire – qui fera en sorte qu'elle conservera sa primauté dans la grande généralité des hypothèses possibles⁵³¹. Il faut évidemment réserver le cas de *l'ouverture d'une procédure collective*, qui conduira à la prise en considération de la date de la cessation des paiements pour déterminer qui sont les responsables de la dette sociale. Et dans l'hypothèse qu'offrait l'arrêt du 13 avril 2010, il est utile de relever encore que la procédure collective ne s'est appliquée à la société civile dont l'associé unique, cessionnaire des parts sociales de celle-ci,

rejeté le pourvoi, approuvant les juges du fond qui ont retenu pour la détermination de la date de cessation de paiement, celle de la cessation des remboursements du prêt par la société civile, intervenue postérieurement au 24 janvier 2004. De ce fait, l'associé poursuivi ne pouvait s'exonérer de l'exigibilité du paiement du solde du prêt contracté par la société civile, intervenu après l'acquisition faite par lui des parts sociales.

⁵²⁷ J.-F. BARBIÈRI, note sous l'arrêt rapporté in Rev. sociétés 2011. 104.

⁵²⁸ J.-F. BARBIÈRI, *ibid.*, p. 104. – V. aussi : J.-P. GARÇON, note sous Cass. com., 13 avr. 2010 in Bull. Joly soc., 1^{er} oct. 2010, n° 10, p. 826, qui considère que les motifs de mise en cause d'un associé visés dans ce texte sont *alternatifs et non cumulatifs*.

⁵²⁹ Rappr. : J.-F. BARBIÈRI, *ibid.*, p. 104.

⁵³⁰ L'espèce présentait un cas – devenu si fréquent d'ailleurs – de confusion de patrimoines. Comme le montrent les faits reproduits plus haut, la procédure de redressement judiciaire de la société anonyme décidée par un jugement du 6 mars 1992, a été étendue à la société civile par un jugement du 11 juin 1993, ceci – bien entendu – sur le fondement de la confusion des patrimoines. Existait donc une hypothèse de *décalage de dates*. Cet élément de fait rendait délicate la question du choix entre les deux critères fixés dans l'article 1857 C.C. : exigibilité de la dette ou cessation des paiements, pour décider si le nouvel associé serait tenu de la dette litigieuse. Rappelons que la date de cessation des paiements a été fixée au 1^{er} mars 1991. Or, par l'effet de la confusion, le jugement d'extension faisait remonter la cessation des paiements à une date *antérieure* à l'arrivée du nouvel associé de la société civile, arrivée survenue le 17 juin 1992. Celui-ci, demandeur en cassation, invoquait cet élément de fait dans son moyen de cassation, et faisait ainsi valoir qu'il ne pouvait être poursuivi en paiement de la dette sociale. Mais comme un auteur l'a relevé, la dette sociale litigieuse était demeurée exigible après l'arrivée du nouvel associé, et pendant l'année qui a précédé le jugement d'extension qui, de façon artificielle, a fait rétroagir la cessation des paiements à une date antérieure à la cession des parts sociales, il a considéré que la fiction de cette rétroactivité *ne pouvait changer l'ordre des dates*, le défendeur à l'action en paiement de la dette sociale étant déjà associé à une date où cette dette était exigible, v. : J.-F. BARBIÈRI, note précit. sous l'arrêt rapporté in Rev. sociétés 2011. 104.

Et nous pensons que c'est pour cette raison, que la Cour de cassation a été amenée à préférer la date de l'exigibilité de la dette sur celle de la cessation des paiements.

⁵³¹ Faire prévaloir la date d'exigibilité de la dette sur celle de la cessation des paiements possède – au moins – l'avantage d'assurer *la prévisibilité des solutions*. Autrement dit, la date d'exigibilité de la dette découle de la convention des parties et a été arrêtée par ceux-ci, elle est donc connue par eux. Quant à ceux qui désirent devenir cessionnaires des parts de la société, ils auront à s'informer de l'état du passif de celle-ci au jour de leur arrivée pour être avertis de l'importance du passif qu'ils auraient éventuellement à supporter et du risque qu'ils encourent sur ce plan. V. aussi qui adopte cette même opinion : J.-F. BARBIÈRI, note précit. sous l'arrêt rapporté in Rev. sociétés 2011. 104.

était poursuivi en recouvrement du passif social, *qu'à la suite d'une extension de procédure*⁵³². Dans cette optique, la solution adoptée par la Chambre commerciale dans l'arrêt du 13 avril 2010, dans lequel elle donne *la priorité à l'exigibilité de la dette* sur la cessation des paiements, pour décider si le nouvel associé supportera ou non la dette sociale, semble logique et défendable⁵³³.

270. – Soulignons que, sous l'empire du droit antérieur, l'associé cédant ses parts restait obligé par les engagements de la société contractés au moment où il faisait partie de celle-ci et son retrait, *ne le libérait que des dettes contractées dans l'avenir*⁵³⁴. Et donc, avant la réforme opérée par la loi de 1978, le nouvel associé était par conséquent tenu des dettes contractées *postérieurement* à son entrée dans la société, mais non des dettes antérieures⁵³⁵. Pour savoir si une dette avait pris

⁵³² Rappelons encore que l'arrêt rapporté illustre l'hypothèse d'une confusion de patrimoines, qui a mené à une extension de procédure collective. Décidée pour la société anonyme, la procédure collective a été étendue à la société civile immobilière. L'extension de procédure collective répond à la situation dans laquelle les éléments d'actif et de passif de deux patrimoines distincts sont « *mélangés de telle façon qu'on ne peut les distinguer* », ou, plus précisément, dans le cas de deux sociétés, ceci répond à la situation de « *l'imbrication des comptes* » de ces deux sociétés, v. : Cass. com., 3 avr. 2001, n° de pourvoi : 98-16.070. L'extension de procédure collective, de création prétorienne à l'origine, fondée sur l'interprétation des dispositions de l'ancien article L. 621-5 C. com., a été endossée par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, en son article L. 621-2, al. 2. Ce texte dispose :

« A la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministère public ou d'office, la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale. A cette fin, le tribunal ayant ouvert la procédure initiale reste compétent ».

Il est aussi significatif de relever, que malgré l'existence de cette extension de procédure, la société civile immobilière n'a pas été défaillante à l'égard de l'établissement de crédit, puisque les paiements avaient continué pendant plus de dix ans après le jugement d'extension, avant qu'ils ne cessent, le 24 février 2004. Et l'arrêt a, dans son attendu, pris soin de faire référence à ces fait et date. La date de cessation des paiements fixée pour la société anonyme au 1^{er} mars 1991, ne reflétait *aucunement* – malgré l'existence de l'extension de procédure collective – l'état d'activité de la société civile. Cette situation n'avait rien d'anormal, mais correspondait au contraire à l'état du droit positif, puisque la Cour de cassation a admis que « *pour étendre la procédure collective ouverte à l'égard d'une personne à une autre personne, les juges du fond n'ont pas à constater la cessation des paiements de la personne à laquelle la procédure est étendue* », v. : Cass. com., 3 avr. 2001 précit., n° de pourvoi : 98-16.070. Et nous pensons, que cette donnée de fait a été *décisive* dans la décision de la Cour. C'est ainsi qu'elle a préféré se baser sur la date d'exigibilité de la dette, et non sur celle de la cessation des paiements, pour décider que l'associé cessionnaire *pourra être valablement poursuivi par le créancier social en recouvrement du passif social*.

Il existait au surplus, un élément de fait important qu'il nous faut encore rappeler : la cessation des paiements avait été fixée au 1^{er} mars 1991, alors que l'associé poursuivi n'avait acquis les parts de la société civile immobilière que le 17 juin 1992. L'associé, demandeur en cassation, s'appuyait sur cet élément de fait dans la troisième branche de son pourvoi, pour faire valoir, qu'aux termes de l'article 1857 C.C., il ne pouvait répondre des dettes sociales à partir du moment où, au jour de la cessation des paiements, il n'avait pas la qualité d'associé.

L'arrêt rejette cette branche du pourvoi ainsi que toutes les autres, et, par le renvoi qu'il fait, dans son attendu principal, à la lettre de l'article 1857 C.C., il écarte la possibilité de la prise en considération des effets du jugement d'extension pour une éventuelle modification des principes relatifs à la contribution aux dettes sociales, v. : J.-B. LENHOF, note sous l'arrêt rapporté in Lexbase heb. n° 396, éd. privée, n° Lexbase N2125BPE.

⁵³³ V. dans le même sens : J.-F. BARBIÈRI, *ibid.*, p. 104. – V. aussi qui approuve la solution de l'arrêt : J.-B. LENHOF, note précit. sous l'arrêt rapporté in Lexbase heb. n° 396, éd. privée, n° Lexbase N2125BPE. – V. cependant une opinion critique de l'arrêt : A. RABREAU, obs. pour l'arrêt rapporté in D. 2010. 2797.

⁵³⁴ V. par ex. : CA Douai, 24 déc. 1883 : D.P. 1885. 2. 108, note anon.

⁵³⁵ D. GIBIRILA, art. précit., n° 62.

naissance avant ou après la cession de parts sociales, on prenait en considération la date de sa naissance et non celle de sa constatation judiciaire ou de son exigibilité⁵³⁶.

271. – Nous voyons, d’après les dispositions dudit article 1857, que c’est sur ce dernier point que le législateur a apporté le changement le plus significatif.

Dans la perspective de la perte de la qualité d’associé, c’est la perte qui *survient par suite de cession des parts sociales de l’associé vers un cessionnaire étranger à la société* qui nous intéresse ici, car c’est cette situation qui pourrait créer un *conflit* entre l’ancien associé, cédant, et le présent associé, cessionnaire, quant à l’obligation au passif social et quant au montant de ce passif et créer aussi la difficulté de l’*identification* de l’associé responsable du passif.

L’interprétation de l’article 1857 enseigne que si un associé cède ses parts dans une période où une dette a été contractée mais n’est pas encore devenue exigible, c’est le nouvel associé cessionnaire des parts sociales – qui succède au cédant parmi les membres de la société –, qui devait répondre de la dette. Car même contractée avant son entrée dans la société, il est en tenu si elle est *devenue exigible* après l’acquisition par lui des parts sociales et son entrée dans la société. C’est la date de l’*exigibilité* de la dette sociale qui détermine l’engagement de l’associé cessionnaire à la dette sociale. C’est l’associé qui est dans la société à la date de l’*exigibilité* de la dette qui sera tenu du passif social.

Ceci n’est pas suffisant pour autant, car ce n’est qu’à compter de l’*accomplissement des mesures de publicité requises par la loi*, que la cession des parts sociales devient opposable aux tiers⁵³⁷, en l’occurrence les créanciers sociaux. Cette solution résulte des dispositions de l’article 1865 C.C. qui dispose :

« La cession de parts sociales doit être constatée par écrit.

Elle est rendue opposable à la société dans les formes prévues à l’article 1690, ou, si les statuts le stipulent, par transfert sur les registres de la société.

Elle n’est opposable aux tiers qu’après accomplissement de ces formalités et après publication ».

272. – Par conséquent et à défaut de publicité, l’obligation aux dettes de l’associé cédant *survit*, et il sera tenu du passif social comme s’il faisait encore partie de la société. Ceci constitue la conséquence logique de la règle de l’inopposabilité aux tiers de la cession de parts sociales qui n’a pas fait l’objet des mesures de

⁵³⁶ D. GIBIRILA, *ibid.*, n° 62.

⁵³⁷ D. GIBIRILA, *ibid.*, n° 62.

publicité imposées par la loi, et c'est d'ailleurs une règle d'application très généralisée dans diverses matières du droit où il est question de faire passer des droits de certains titulaires vers d'autres.

Cette solution qui tient compte de la date d'exigibilité de la dette, pourrait au demeurant aboutir à des situations inéquitables, comme lorsque l'associé cessionnaire procède à l'acquisition de parts sociales dans l'ignorance, totale ou partielle, de l'importance du passif social ou lorsque le passif social s'avère être très lourd, tellement lourd que les valeurs des parts sociales s'en seraient ressenties au point d'être *sensiblement dépréciées*, et que l'associé cessionnaire ne les aurait point acquises s'il était suffisamment éclairé sur la situation financière de la société.

273. – C'est pour ces raisons et pour éviter que le nouvel associé cessionnaire ne supporte un passif social lourd et à la survenance duquel il n'a pas contribué, que la pratique a créé le recours à des « clauses de garantie de passif » qui visent à garantir le cessionnaire du passif social existant avant son entrée dans la société⁵³⁸. Ces clauses sont destinées à conférer aux cessionnaires des garanties *plus larges et plus certaines*, que celles offertes par le droit commun⁵³⁹. De cette manière, le cessionnaire ne supportera que le passif survenu postérieurement à son entrée dans la société et non celui devenu exigible après la publication de la cession, mais relatif à un contrat antérieur⁵⁴⁰.

274. – Par ailleurs, il est possible qu'au sein d'une même société, l'associé bénéficie *également* du statut de salarié. Dans ce cas, se pose la question de savoir si ce cumul des deux qualités d'associé et de salarié est licite. Cette question a été posée à la jurisprudence en ce qui concerne les associés des sociétés en nom collectif ; et la jurisprudence y a, après quelques hésitations, donné une réponse positive⁵⁴¹. Posée dans le contexte des sociétés civiles, la question du cumul de la qualité d'associé avec celle de salarié *ne se posera cependant pas avec une telle acuité*. En effet, c'est la responsabilité indéfinie et solidaire, qui caractérise le statut de l'associé en nom, qui

⁵³⁸ J.-Cl. GROSLIÈRE, obs. pour Cass. 3^{ème} civ., 12 déc. 1990 in Rev. dr. imm. 1991. 70.

⁵³⁹ A. GALIA-BEAUCHESNE, *Les clauses de garantie du passif dans les cessions d'actions et de parts sociales*, Rev. sociétés 1980. 27, spéc. p. 33 *in fine*. L'auteur fait une analyse complète des risques contre lesquels protègent les clauses de garantie du passif, et des effets de ces clauses. – Sur les questions de fondement, de validité et de mise en œuvre de ce type de clauses, v. aussi : G. NOTTÉ, *Les clauses dites "de garantie de passif" dans les cessions de droits sociaux*, JCP 1985. 1. 3193.

⁵⁴⁰ D. GIBIRILA, art. précit., n° 64.

⁵⁴¹ Sur ce point, v. *infra* n°s 365 et s.

rend *difficilement conciliable* son statut avec celui de salarié⁵⁴². Cette caractéristique n'existe pas à l'égard de l'associé de société civile ; la différence essentielle qui sépare ces deux régimes étant la *responsabilité solidaire*. Donc pour l'associé de société civile, le cumul de son statut avec celui de salarié, et l'état de subordination qui s'ensuit, ne se heurte pas à un tel obstacle, ce cumul paraît *plus conciliable* avec les règles qui régissent son statut d'associé que dans le cas d'un associé en nom, à cause précisément du caractère *conjoint et non solidaire de son obligation au passif social*⁵⁴³. Par conséquent, la question du cumul du statut de l'associé de société civile avec celui de salarié ne posera *a priori* pas d'obstacle dirimant. Et la jurisprudence l'a d'ailleurs admis sans difficulté. C'est alors qu'il résulte d'un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 28 janvier 1988⁵⁴⁴, l'affirmation « *qu'il n'y a aucune incompatibilité légale dans le cumul d'un mandat social et d'un emploi salarié (...)* »⁵⁴⁵.

Après avoir examiné la nécessaire exigence de la qualité d'associé pour l'exécution de la dette contre l'associé, il nous faut à présent étudier une exigence de non moindre importance et qui celle du titre existant contre les associés.

Par. 2 : La nécessité d'un titre contre les associés.

275. – Il reste à s'arrêter sur la seconde exigence relative à l'exécution de l'obligation des associés aux dettes sociales. Il faut en premier lieu préciser que la

⁵⁴² Comme un auteur l'a si bien démontré, la responsabilité pécuniaire du salarié ne peut être engagée envers son employeur *que pour faute lourde*, v. : A. LECOURT, note sous Cass. com., 29 sept. 2009 in Rev. sociétés 2010. 314, spéc. n° 12. Ce qui montre pourquoi le statut de salarié est *difficilement conciliable* avec celui d'associé.

⁵⁴³ A. LECOURT, note précit. sous Cass. com., 29 sept. 2009 in Rev. sociétés 2010. 314, spéc. n° 12.

⁵⁴⁴ CA Paris, 28 janv. 1988 : n° JurisData 1988-020121.

⁵⁴⁵ Et la cour de compléter cet attendu, et de poursuivre en précisant : « *lorsque le contrat de travail porte sur l'exercice de tâches distinctes de la gérance et que, pour leur exécution, le gérant reste sous la subordination de la société même si, en fait, il n'en reçoit pas d'ordre* ». Cette précision est d'une importante *majeure* ; d'une part, elle imprime à l'attendu le caractère d'attendu de *principe*, et, d'autre part, elle marque la volonté de la Cour de cassation d'insister sur l'*effectivité* du contrat de travail.

Par ailleurs, commentant une espèce où était en cause le cumul d'un mandat social d'un associé de société en nom collectif et un contrat de travail, un auteur a insisté sur la nécessité de l'associé en nom désirant exercer des fonctions salariées d'apporter la preuve, d'une part, de l'*effectivité* de son contrat de travail, en l'occurrence l'existence d'un lien de subordination, et, d'autre part, du *caractère distinct des fonctions*, notamment, par la perception de deux rémunérations, v. : A. LECOURT, note précit. sous Cass. com., 29 sept. 2009 in Rev. sociétés 2010. 314, spéc. n° 15. Ceci – pensons-nous – s'applique pareillement au cas de l'associé de société civile. Cependant, l'auteur ajoute que preuve en question est quasi impossible à rapporter. Ce que nous pensons est exagéré ; et l'aptitude à apporter la preuve de l'existence du contrat de travail dépend de l'*activité* de la société et de l'*objet du contrat de travail*. Plus l'activité de la société se distingue du travail qu'effectue le salarié en vertu du contrat de travail qui le lie à la société, plus la preuve de l'existence de ce contrat sera *aisée à rapporter*.

V. par ailleurs pour le cas d'un gérant de société à responsabilité limitée qui revendique le statut de salarié : Cass. soc., 29 janv. 2008, n° de pourvoi : 06-43.581. La Cour énonce dans un attendu de principe : « *qu'il incombe au gérant social, qui invoque l'existence d'un contrat de travail conclu pendant l'exercice*

poursuite contre la société, qui pourrait ouvrir la voie à une poursuite des associés, suppose l'existence ou l'obtention d'un *titre exécutoire* contre celle-ci⁵⁴⁶. Plus encore, si la poursuite contre la société s'avérait être vaine, ceci n'ouvrirait pas pour autant la voie à l'exécution des dettes découlant du passif social contre les associés. L'exécution des créances contre les associés requiert l'obtention d'une condamnation et d'un titre *contre eux* ; le titre exécutoire contre la société ne suffit pas⁵⁴⁷. Tout ceci va être expliqué dans ce qui suit.

276. – C'est en effet, qu'avant de pouvoir rechercher la responsabilité des associés, le créancier doit commencer par obtenir *contre la société* un titre exécutoire⁵⁴⁸. S'il ne possède pas un acte authentique constatant ses droits, il lui faut obtenir un jugement contre la société et à partir d'ici, il pourrait éventuellement procéder à des saisies. Mais il semble que cette exigence va plus loin, en ce sens que la jurisprudence conditionne la possibilité de pouvoir agir contre les associés des sociétés civiles, à l'obtention d'un titre contre *ceux-ci*.

Ceci a été clairement affirmé, pour la première fois – à notre connaissance –, dans un arrêt de la cour d'appel de Paris du 16 octobre 1986⁵⁴⁹. De cet arrêt, il résulte que les créanciers sociaux d'une société civile mise en liquidation judiciaire, ne peuvent valablement exécuter sur les biens de l'associé la dette dûment produite dans la procédure, qu'après avoir obtenu un *titre exécutoire* contre celui-ci.

de son mandat, d'établir l'existence de fonctions techniques distinctes de son mandat social, dans un lien de subordination à l'égard de la société ».

⁵⁴⁶ D. GIBIRILA, note sous Cass. 3^{ème} civ., 8 oct. 1997 précit. in D. 1998, jur. 141.

⁵⁴⁷ V. : J.-J. DAIGRE, note sous Cass. 3^{ème} civ., 7 oct. 1998 précit. in Bull. Joly 1999. 285, § 51, p. 289.

⁵⁴⁸ Cass. 2^{ème} civ., 13 fév. 2003 : Bull. civ. 2, n° 42. L'arrêt énonce : « *Qu'après avoir constaté l'existence d'un titre exécutoire contre la personne morale, l'arrêt relève que toute poursuite préalable à l'encontre de celle-ci avait été vaine ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu retenir que la demande de paiement d'une provision dirigée contre les associés, ne se heurtait à aucune contestation sérieuse* ». – V. aussi : H. BERTHOUD-RIBAUTE, note sous Cass. com., 20 nov. 2001 précit. in JCP (E) 2002. 1046, p. 1153. – J. HONORAT, note sous Cass. 3^{ème} civ., 3 juill. 1996 précit. in Rép. Def. 1996, art. 36423, § 2, p. 1296.

⁵⁴⁹ CA Paris, 16 oct. 1986 : Bull. Joly 1986. 1028, § 314. L'arrêt énonce : « *Les créanciers sociaux même super-privilegiés, sont des tiers par rapport aux associés ; si les art. 1857 et 1858 C.C. leur ouvrent le droit de poursuivre le paiement de leur dette contre les associés, dans certaines limites, au cas de défaillance de la personne morale, il s'agit d'une action distincte qui doit être engagée à titre principal après l'échec des poursuites contre la personne morale* ». En l'espèce, une banque avait ouvert un crédit à une société civile. Un associé de la société s'est porté caution solidaire à l'égard de la banque pour le crédit en question, et lui avait consenti une garantie hypothécaire sur un bien immobilier lui appartenant. Le tribunal de grande instance de Bobigny a prononcé la liquidation des biens de la société civile. La banque s'est fait autoriser à prendre des hypothèques conservatoires sur l'immeuble. Elle fit assigner l'associé caution, en vertu de l'art. 1857 C.C. pour le voir condamner personnellement à lui payer le montant de la dette. C'est alors que le Tribunal de grande instance de Bobigny a condamné la caution à payer à la banque le montant de la dette et permis, aux fins d'exécuter ladite condamnation, à ce que celle-ci puisse requérir la transformation de l'hypothèque conservatoire en hypothèque définitive. La cour d'appel de Paris infirme le jugement pour les raisons expliquées plus haut.

Notons que cette même solution s'applique pour le cas des associés dans les sociétés en nom collectif, comme nous verrons plus loin⁵⁵⁰.

L'arrêt précité de la cour de Paris nous donne un autre enseignement très utile, celui qui se rapporte à la *nature de la relation* qui existe entre les associés des sociétés civiles et les créanciers de ces sociétés. L'arrêt désigne les créanciers comme des *tiers* par rapport aux associés ce qui incite à se demander quelle est la nature du lien existant entre ces derniers et les créanciers.

277. – La question de la nature des rapports existant entre les associés et les créanciers de la société n'a pas été soumise à la jurisprudence pendant les années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la réforme du 4 janvier 1978, la doctrine ne s'est pas non plus intéressée à cette question, jusqu'à un arrêt assez récent de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation qui a décidé que les associés de la société civile immobilière *ne sont pas liés contractuellement au créancier de la société*⁵⁵¹. En l'espèce, la Cour n'a pas suivi les conclusions de l'avocat général qui défendait la thèse de l'application de la responsabilité contractuelle pour les rapports qui existent entre les associés et les créanciers de la société. Cet arrêt de cassation ne peut être qu'approuvé car le raisonnement de la cour d'appel se rattache à l'ancienne législation, celle-ci a été complètement modifiée par la réforme et une nouvelle conception de l'obligation au passif social a été introduite ainsi. Ceci fera l'objet plus loin de plus amples développements⁵⁵², afin de mettre en lumière l'innovation accomplie par rapport au droit antérieur et son incidence sur la subsidiarité qui gouverne l'obligation au passif social des associés.

278. – La solution inaugurée par la cour de Paris dans son arrêt du 16 octobre 1986 a été réaffirmée par la Cour de cassation, sa Chambre commerciale, dans un

⁵⁵⁰ Sur cette question v. *infra* n^{os} 398 et s.

⁵⁵¹ Cass. 3^{ème} civ., 8 nov. 2000 : Bull. civ. 3, n^o 168, p. 117 ; D. 2000, AJ. 444, obs. crit. A. Lienhard ; JCP 2001. 2. 10450, concl. J.-F. Weber, note Y. Chartier. La Cour pour casser l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier, énonce que : « Pour accueillir la demande de la CRCAM, l'arrêt retient que les associés d'une société civile sont tenus envers le créancier avec lequel la société a contracté, dès la date du contrat, que l'obligation contractée par le gérant les lie comme s'ils avaient contracté eux-mêmes, qu'ils ne peuvent donc pas être considérés comme des tiers par rapport aux actes souscrits par la société et qu'ils sont irrecevables à invoquer à l'encontre du créancier de la société les dispositions de l'article 1382 C.C. ». Pour décider que : « En statuant ainsi alors que les associés d'une SCI ne sont pas contractuellement liés au créancier de la société, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». En l'espèce, une caisse régionale de crédit agricole avait prêté des fonds à une société civile immobilière pour le financement d'un programme de construction. Faute d'être désintéressée par la société, elle s'était retournée contre les associés en paiement de leur part dans la dette sociale. Or, l'un des associés avait demandé à être déchargé de toute obligation envers la Caisse, en invoquant sa responsabilité sur le fondement de l'article 1382 C.C. Alors que le premier juge avait fait droit à ce moyen, la cour d'appel avait infirmé sa décision par les motifs qui sont rappelés dans l'arrêt reproduit plus haut. La troisième Chambre civile casse l'arrêt au visa de l'article 1165 C.C.

⁵⁵² Sur cette question, v. *infra* n^{os} 301 et s.

arrêt du 3 mai 2006 dans lequel elle énonce que « *le titre délivré à l'encontre d'une société n'emporte pas le droit de saisir les biens des associés, fussent-ils tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales, à défaut de titre exécutoire pris contre eux* »⁵⁵³.

L'exigence d'un titre exécutoire pris à l'encontre des associés est une *conséquence du caractère subsidiaire de l'engagement de ceux-ci au passif social*⁵⁵⁴. Cette exigence contribue à *protéger* ceux-ci contre toute mesure d'exécution *prise directement contre eux*, et participe de l'idée tendant à assurer la protection à ceux-ci par le biais du rempart que constitue la *personnalité morale de la société*⁵⁵⁵.

La solution réaffirmée par l'arrêt du 3 mai 2006 fut encore réitérée par un arrêt d'appel très remarqué, il s'agit de l'arrêt de la cour de Colmar du 21 avril 2008⁵⁵⁶.

279. – Nous avons parlé de titre exécutoire, titre qui puisse valablement servir de base à une procédure d'exécution contre un associé, ce pourrait être un jugement de condamnation ou un acte authentique revêtu de la formule exécutoire⁵⁵⁷. Mais il semble que la jurisprudence s'oriente plus récemment vers une solution plus souple en ce qui concerne l'exigence de titre ; une décision récente estimant qu'un jugement admettant à titre *provisionnel* la créance au passif d'une société civile constitue un *titre permettant valablement au créancier d'agir contre les associés*⁵⁵⁸. Il reste à vérifier si cette solution va être toujours appliquée avec constance ultérieurement.

280. – Il serait intéressant de se demander quelles solutions s'appliquent aux sociétés et groupements soumis à une procédure collective, quant à la question de l'exigence d'un titre exécutoire.

Sur ce point, nous avons déjà souligné que la décision d'admission des créances rendue par le juge-commissaire à la procédure collective, est reconnue comme constituant une *décision juridictionnelle* qui a autorité de la chose jugée⁵⁵⁹. Cependant, ce qui a suscité la controverse c'est la question de pouvoir déterminer si

⁵⁵³ Cass. com., 3 mai 2006 : Bull. civ. 4, n° 112, p. 112 ; Bull. Joly soc., 1^{er} oct. 2006, n° 10, p. 1177, note P. Serlooten ; RDC 2006. 1182, note F.-X. Lucas.

⁵⁵⁴ P. SERLOOTEN, note sous Cass. com., 3 mai 2006 in Bull. Joly soc. 2006, n° 10, p. 1177.

⁵⁵⁵ Sur les liens entre la personnalité morale des sociétés et le caractère subsidiaire de l'engagement des associés aux dettes sociales, v. *infra* n°s 284 et s.

⁵⁵⁶ CA Colmar, 21 avr. 2008 : JurisData n° 2008-370596 ; Dr. sociétés 2009, comm. n° 4, note R. Mortier.

⁵⁵⁷ V. *supra* n°s 213 et s.

⁵⁵⁸ Cass. 3^{ème} civ., 24 oct. 1990 : Bull. civ. 3, n° 198, p. 114. – V. aussi dans le même sens : CA Douai, 19 mai 1994 : Gaz. Pal. 1994, 2, somm. 811.

⁵⁵⁹ Sur cette question, v. *supra* n° 256.

cette décision *constitue ou non un titre exécutoire*. La doctrine est divisée sur cette question⁵⁶⁰.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation semble avoir tranché la question : elle a décidé dans un arrêt du 2 mai 2001 que « *l'état des créances, même visé par le juge-commissaire, ne confère pas à ce relevé le caractère d'un titre exécutoire au sens de l'article R. 145-1 C. trav.* »⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ Certains auteurs ont considéré que la décision d'admission des créances constitue bien un titre exécutoire, v. par ex. : D. GIBIRILA, note précit. sous Cass. com., 24 janv. 2006 in Pet. Aff. 28 avr. 2006, n° 85, p. 14.

D'autres auteurs ont au contraire, défendu l'opinion selon laquelle cette décision ne constitue aucunement un titre exécutoire, v. par ex. : E. SCHOLASTIQUE, art. précit., n° 24, p. 14.

⁵⁶¹ Cass. com., 2 mai 2001 : Bull. civ. 4, n° 82, p. 79 ; RTD com. 2001. 773, note J.-L. Vallens. L'espèce opposait un salarié à son ancien employeur mis en liquidation judiciaire. Le liquidateur judiciaire, agissant en qualité de représentant des créanciers, a demandé au tribunal d'instance la saisie des rémunérations dues à l'employé. Le tribunal d'instance a rejeté la requête du liquidateur judiciaire. La cour d'appel, réformant ce jugement, a déclaré le liquidateur judiciaire recevable et bien fondé en sa demande à fin d'autorisation de saisie des salaires à concurrence du passif de la procédure collective, liquidé à la somme de 6 997 034,50 francs. Pour statuer ainsi, l'arrêt d'appel a retenu que l'état des créances de la liquidation judiciaire de l'employeur, arrêté par le juge-commissaire, constitue un titre exécutoire au sens de l'article R. 145-1 C. trav.

C'est ainsi, après avoir énoncé l'attendu plus haut reproduit, que la Cour de cassation censure cet arrêt. La cassation est faite sans renvoi par application de l'article 627, al. 1^{er} CPC, car il n'y a pas lieu de statuer à nouveau sur le fond.

Il faut cependant s'arrêter au terme « visé » employé par la Cour. Ce terme laisserait à penser que la décision du juge-commissaire constitue un « visa », en ce sens que celui-ci n'exercerait pas un contrôle juridictionnel sur les créances qu'il admet ou rejette. Or, il n'en est rien, et la décision du juge-commissaire constitue bien une décision juridictionnelle, celui-ci examine la validité des créances qu'il admet ou qu'il rejette, v. : Cass. soc., 22 avr. 1985 : Bull. civ. 5, n° 249, p. 180

L'arrêt de la Chambre commerciale du 2 mai 2001 attire d'autant plus l'attention, qu'une décision de la deuxième Chambre civile qui lui est antérieure de moins d'un an semble avoir opté pour *la solution contraire*, v. : Cass. 2^{ème} civ., 21 sept. 2000 : Bull. civ. 2, n° 130, p. 92. En l'espèce, un salarié a, à la suite de la rupture de son contrat de travail, obtenu par arrêt la condamnation à une créance en dommages-intérêts de son ancien employeur, une société mise en redressement judiciaire. Ce salarié a saisi de juge d'exécution. Il demandait que l'Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (AGS), à laquelle l'arrêt qui la disait tenue à garantie avait été déclaré opposable, assure au commissaire à l'exécution du plan de cession de la société l'avance de la somme qui lui était due à titre de dommages-intérêts. Le juge de l'exécution a alors rendu un jugement prescrivant que l'AGS avance sous astreinte cette somme. L'Association a interjeté appel de ce jugement. La cour d'appel a décidé que l'AGS devait avancer au salarié la somme de 250 000 francs dans la limite de la garantie applicable. L'AGS se pourvut en cassation. Le moyen du pourvoi faisait valoir qu'une décision déclarant opposable à l'AGS le montant des dommages-intérêts fixé au passif d'un employeur qui fait l'objet d'une procédure collective, en l'occurrence l'arrêt du 2 juillet 1996, ne constitue pas une décision de la juridiction de l'ordre judiciaire qui a force exécutoire en application de l'article 3 de la loi du 9 juillet 1991. La demanderesse en cassation reprochait à l'arrêt attaqué d'avoir violé l'article 3 de la loi du 9 juillet 1991 en décidant que l'arrêt précité du 2 juillet 1996, qui a fixé la créance de dommages-intérêts du salarié à l'égard de son employeur, constituait un titre exécutoire à son égard.

L'article 3 en question qui fut modifié par loi n° 99-957 du 22 novembre 1999, dispose :

« Seuls constituent des titres exécutoires :

- 1° - Les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif ainsi que les transactions soumises au président du tribunal de grande instance lorsqu'elles ont force exécutoire ;
- 2° - Les actes et les jugements étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarés exécutoires par une décision non susceptible d'un recours suspensif d'exécution ;
- 3° - Les extraits de procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ;
- 4° - Les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ;
- 5° - Le titre délivré par l'huissier de justice en cas de non-paiement d'un chèque ;

L'ancien article R. 145-1 C. trav. est aujourd'hui devenu l'article R. 3252-1 C. trav., crée en vertu du décret n° 2008-244 du 7 mars 2008. Ce texte dispose que :

« Le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut faire procéder à la saisie des sommes dues à titre de rémunération par un employeur à son débiteur ».

281. – Pour pouvoir déterminer si la décision du juge-commissaire fixant l'état des créances constitue ou non un titre exécutoire, il convient de partir de la définition qu'a donnée la Cour de cassation du titre exécutoire. Elle a considéré que « *toute exécution forcée implique que le créancier soit muni d'un titre exécutoire portant condamnation de la personne qui doit exécuter* »⁵⁶².

Or, et contrairement aux décisions de justice ordinaires, le jugement arrêtant l'état des créances *ne condamne personne*. Le plan de continuation est *proposé* par le débiteur, et le tribunal *ne peut imposer* aucune autre charge que les engagements que

6° - Les titres délivrés par les personnes morales de droit public qualifiés comme tels par la loi, ou les décisions auxquelles la loi attache les effets d'un jugement ».

La Cour de cassation répondant au moyen du pourvoi, réfute le raisonnement soutenu par les demandeurs et énonce que : « *Mais attendu que l'arrêt retient exactement, abstraction faite de motifs surabondants, qu'ayant force de chose jugée, la décision, déclarée opposable à l'AGS et la disant tenue à garantie, constitue à son égard un titre exécutoire* ».

Et pour rejeter le pourvoi, la Cour poursuit en énonçant que : « *Attendu qu'après avoir constaté que l'AGS avait refusé de faire l'avance des fonds, la cour d'appel, qui n'était pas saisie de conclusions sur ce point, n'avait pas à rechercher si la société ou ses représentants avaient eux-mêmes saisi le juge de l'exécution de contestations élevées à l'occasion de l'exécution forcée de la décision* ».

Nous pensons que ce qui explique l'adoption par la Cour de cette solution, c'est le fait que la décision qui a été jugée être constitutive d'un titre exécutoire à l'égard de l'AGS est un arrêt de cour d'appel *proprement dit*, et il ne s'agit donc aucunement d'une décision émanant du juge-commissaire constatant l'état des créances.

L'arrêt rendu consacre, à la différence d'une décision du juge-commissaire constatant l'état des créances, l'existence d'une créance certaine, liquide et exigible, figurant sur un relevé opposable à un tiers, en l'occurrence l'AGS.

La solution s'explique aussi et surtout, par la *nature des créances* objet de la condamnation ; il s'agit de créances salariales qui suivent un régime spécifique et sont prises en charge intégralement soit par l'employeur dans la mesure des fonds disponibles, soit par l'AGS dans la limite des plafonds de garantie, v. : J.-L. VALLENS, note précit. sous Cass. com., 2 mai 2001 in RTD com. 2001. 773.

⁵⁶² Cass. 2^{ème} civ., 21 mars 2002 : Bull. civ. 2, n° 56, p. 46. Cet arrêt se présente incontestablement comme un arrêt de principe. L'attendu reproduit plus haut est énoncé au début de l'arrêt après la référence faite aux textes de lois, en l'occurrence les articles 1351 C.C., 8 du décret du 31 juillet 1992. En l'espèce, un arrêt de la cour d'appel de Paris avait ordonné l'expulsion des deux époux et une société à responsabilité limitée de l'appartement qu'ils occupaient et fixé à 50 000 francs l'indemnité mensuelle d'occupation. Une société en nom collectif a, en exécution de cet arrêt, présenté une requête aux fins de saisie de rémunérations de travail de l'épouse. La cour d'appel a autorisé cette saisie. Et pour se décider dans ce sens, elle a retenu que si la décision servant de fondement aux poursuites ne contient pas formellement de condamnation, *elle permet cependant de déterminer, sans ambiguïté, les obligations qu'elle décide*. La Cour de cassation relève que l'arrêt d'appel précité *ne condamnait pas l'épouse à payer une somme à la société en nom collectif*, et décide qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés. La censure de l'arrêt était alors *inévitabile*.

le débiteur a souscrits au cours de sa préparation⁵⁶³. Ainsi, le jugement arrêtant le plan *donne-t-il plus acte aux parties de leurs engagements*, qu'il ne les condamne à les exécuter⁵⁶⁴.

282. – Plus, la nature de la décision arrêtant l'état des créances obéit *au cadre dans lequel elle intervient*, en l'occurrence les procédures collectives s'appliquant aux entreprises en difficulté. Ainsi, l'arrêt des poursuites individuelles, et la discipline collective qui régleme le paiement des créances antérieures selon les dispositions d'un plan de redressement, *interdit de condamner le débiteur à payer toute dette antérieure à l'ouverture de la procédure*⁵⁶⁵. En ce sens, l'ordonnance du juge-commissaire n'équivaut pas à une condamnation du débiteur failli, mais constitue seulement *une étape préalable au paiement éventuel des créances* selon les règles de la procédure⁵⁶⁶.

283. – Ainsi, l'admission de sa créance permettra au créancier d'exercer ultérieurement une action en paiement contre son débiteur pour recouvrer sa créance. C'est ce qu'a clairement admis la Cour de cassation dans un arrêt que l'on peut qualifier de principe, rendu par sa Chambre commerciale le 14 mars 1995⁵⁶⁷.

Au regard de ce qui a précédé, l'arrêt de la Chambre commerciale du 2 mai 2001 par lequel la Cour de cassation a clairement affirmé que la décision arrêtant l'état des créances n'est pas constitutive de titre exécutoire⁵⁶⁸, est en *parfaite*

⁵⁶³ E. SCHOLASTIQUE, art. précit., n° 24.

⁵⁶⁴ E. SCHOLASTIQUE, *ibid.*, n° 24.

⁵⁶⁵ J.-L. VALLENS, note précit. sous Cass. com., 2 mai 2001 in RTD com. 2001. 773.

⁵⁶⁶ J.-L. VALLENS, *ibid.*, p. 773.

⁵⁶⁷ Cass. com., 14 mars 1995 : Bull. civ. 4, n° 81, p. 74. L'arrêt constitue *incontestablement* un arrêt de principe ; il débute par l'énoncé de la Cour de cassation dans un attendu de grande clarté et à portée générale que : « *Attendu que le jugement qui arrête le plan de continuation de l'entreprise autorise tout créancier à exercer, après l'échéance, une action en paiement du dividende fixé par le plan dès lors que sa créance a été définitivement admise au passif* ». En l'espèce, un tribunal a arrêté le plan de redressement d'une société. Ce plan prévoyait l'apurement du passif hypothécaire en douze annuités. Un créancier de cette société a saisi le juge des référés. Il demandait que ladite société soit condamnée à lui verser une provision correspondant au montant impayé de la première échéance. L'arrêt attaqué déclare irrecevable cette demande, pour le motif que selon les articles 47 à 49 et 80 de la loi du 25 janvier 1985 que le non-respect des échéances du plan à l'égard des créanciers admis a pour seule sanction, non la condamnation à paiement, mais la résiliation du plan et l'ouverture d'une nouvelle procédure collective. La Cour de cassation relève que le créancier poursuivant demandeur en cassation et dont la créance avait été admise au passif du redressement judiciaire de la société débitrice *pouvait* demander en référé le paiement d'une provision sur le montant du dividende échu fixé par le plan de redressement, et qu'en déclarant irrecevable la demande de celui-ci tendant à condamner la société débitrice à lui verser une provision correspondant au montant impayé de la première échéance, la cour d'appel a violé les textes susvisés. C'est ainsi, et sur le fondement de l'attendu de principe plus haut reproduit que la cassation de l'arrêt intervient, elle était – pensons-nous – *inévitabile*.

⁵⁶⁸ Rappelons ici que l'attendu de l'arrêt contient la précision selon laquelle la décision arrêtant l'état des créances n'est pas constitutive de titre exécutoire *au sens de l'article R. 145-1 C. trav.* Nous ne pensons pas que cette précision amoindrit la portée de l'arrêt ou limite sa valeur doctrinale, et nous avons préféré

harmonie avec la définition que donne la Cour de cassation du titre exécutoire, et avec la nature de la décision du juge-commissaire fixant l'état des créances.

L'étude de l'exigence d'un titre à l'encontre de la société étant faite, il nous faut aborder une question centrale à la présente étude, celle d'expliquer le fondement de la subsidiarité de l'obligation aux dettes des associés.

Section 3 : Explication du fondement de la subsidiarité de l'obligation des associés : la personnalité morale des sociétés civiles.

284. – Il existe une opinion selon laquelle, ce n'est pas l'obligation des associés aux dettes sociales qui est subsidiaire mais c'est l'action des créanciers sociaux contre ces associés pour l'exécution des dettes sociales qui elle est *subsidiaire* par rapport à leur action contre la société qui est *principale*⁵⁶⁹. Nous ne pouvons souscrire à une telle opinion, car elle est démentie par le droit positif. La jurisprudence admet sans réserve aucune que l'obligation aux dettes sociales des associés est bel et bien *subsidiaire*, et, elle est approuvée par une doctrine majoritaire⁵⁷⁰. De plus il ne saurait être fait référence à l'action judiciaire qui est destinée à l'obtention d'un droit substantiel pour donner une qualification de ce droit.

Cette action ne constitue que l'*instrument judiciaire* qui puisse servir au demandeur pour arriver à son dû, elle n'influe aucunement sur la substance du droit qu'elle sert à protéger.

285. – C'est par le renforcement de la personnalité morale de la société civile que la subsidiarité de l'obligation des associés au passif social a été instituée. C'est ce que nous allons démontrer dans ce qui va suivre, en faisant en premier la comparaison avec le droit antérieur (par. 1^{er}), pour par la suite évaluer l'apport de la jurisprudence ancienne (par. 2), et pour enfin apprécier les innovations de la loi réformatrice sur les sociétés civiles (par. 3).

Par. 1^{er} : La comparaison avec le droit antérieur.

ne pas la mentionner plus haut. La raison en est que si l'on se base sur les dispositions R. 145-1 précité, il est certain que le texte comprend de manière assez exhaustive les hypothèses d'exécution forcée pouvant intervenir dans le cadre d'une procédure collective appliquée à une entreprise en difficulté.

⁵⁶⁹ M. ROCCA, art. précit., spéc. n° 16 et s.

⁵⁷⁰ Pour ces références doctrinales, v. *infra* n° 312.

286. – Dans le droit antérieur à la réforme du droit des sociétés, le droit commun des sociétés civiles était régi par l'article 1863 C.C.⁵⁷¹. Ce texte constituait le siège de la matière. Il se présentait ainsi :

« Les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre (...) ».

Ce texte institue la responsabilité personnelle et indéfinie des associés pour les engagements contractés. Il établit également une relation contractuelle *directe* entre le créancier de la société et les associés de la société civile. On a l'impression qu'il est fait abstraction de l'existence de la société et que l'obligation naît *directement* dans la personne des associés sans égard pour la personnalité de la société. Selon ce régime juridique, la société et les associés sont des *coobligés*, ils sont placés sur le même plan quant à l'engagement pour les dettes sociales. Il n'existe pas donc de *hiérarchie*, à la différence du droit introduit par la réforme et qui est exprimé par les dispositions de l'article 1858 C.C.⁵⁷², qui instaure une telle hiérarchie entre l'obligation de la société et celle des associés. Les associés assument la charge des engagements sociaux, ils sont à l'égard des tiers tenus en qualité de *débiteurs principaux*⁵⁷³.

287. – Ceci a une incidence importante en ce qui concerne les poursuites des créanciers et l'éventuelle existence d'un ordre de priorités dans leurs poursuites pour le paiement de leurs dettes. L'obligation des associés et ceux de la société sont régis par le droit commun des obligations. L'engagement des associés à l'égard des tiers est un *effet du contrat* qui a été conclu entre les associés et le créancier – tiers à la société civile – et ne résulte aucunement de leur qualité d'associés mais bien de celle de *contractants*⁵⁷⁴, leur obligation naissait en vertu du contrat, *comme si la société n'existait pas*⁵⁷⁵. Le fait que l'obligation des associés naît du contrat conclu avec le créancier constitue simplement une application de l'article 1101 C.C., selon lequel :

« Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à (...) ».

288. – Plus, ce qui prouve davantage que le droit ancien sur les sociétés civiles était régi par le droit commun des obligations, c'est la règle qui consistait à diviser

⁵⁷¹ C. HOUPIN, *De la limitation de responsabilité des membres d'une société civile*, Journ. sociétés 1925. 5, spéc. pp 7 et 10.

⁵⁷² Sur cette question, v. *supra* n^{os} 186 et s.

⁵⁷³ Ph. DEROUIN, note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 fév. 1981, précit. in D. 1981, jur. 294, n^o 4. – M. CRÉMIEUX, *Les obligations des associés envers les tiers dans les sociétés civiles*, JCP 1973. 1. 2252, n^o 23.

⁵⁷⁴ Ph. DEROUIN, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 fév. 1981 in D. 1981, jur. 294, n^o 5.

⁵⁷⁵ B. BOULOC, note sous Cass. 3^{ème} civ., 6 fév. 1969 in D.S. 1969. 435, 2^{ème} col, et les réf citées.

l'obligation des associés au passif social par parts égales⁵⁷⁶ – autrement appelées parts viriles –, quelle que soit leur contribution au capital social. Cette règle est une application de l'article 1202 C.C. selon lequel la solidarité ne se présume en matière civile et l'obligation conjointe y est la règle, cet article dispose que :

« La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée ».

La jurisprudence antérieure à la réforme du 4 janvier 1978, donne de nombreuses illustrations de la règle précitée, en vertu de laquelle c'est le contrat qui est la source de l'engagement des associés⁵⁷⁷, ainsi que sur celle de *l'absence de hiérarchie* entre les obligations de la société et celle des associés. Les associés étaient tenus *concomitamment* avec la société⁵⁷⁸ ; le créancier pouvant en vertu de ce principe poursuivre à son choix la société ou les associés⁵⁷⁹. D'éminents auteurs⁵⁸⁰ en ont – à juste titre – déduit que ce régime constituait une *négation complète* de la personnalité morale de la société civile, précisant par là même que l'existence de la

⁵⁷⁶ Nous ne consacrerons pas davantage de développements sur la règle de la division par parts viriles de l'obligation des associés au passif social dans le droit ancien régissant les sociétés civiles. La raison en est que cette règle de répartition des dettes ne nous intéresse pas au point de vue de la subsidiarité de l'obligation des associés, nous l'avons évoquée pour simplement démontrer que le droit antérieur régissant les sociétés civiles était fortement imprégné des règles du droit commun des obligations.

Pour une application de cette règle, v. par ex. : CA Nancy, 6 avr. 1905 : S. 1906. 2. 273, note A. Wahl. – Cass. 3^{ème} civ., 22 fév. 1972, D. 1972, jur. 614, note B. Bouloc. En l'espèce, a été cassé l'arrêt qui a condamné les associés d'une société civile à rembourser la dette à concurrence du pourcentage de leurs parts dans le capital social.

⁵⁷⁷ V. par ex. : CA Paris, 21 oct. 1942 : Gaz. Pal. 1942, 2, jur. 229 ; D.A. 1943, somm. 16 ; RTD civ. 1943. 49, obs. J. Carbonnier. La cour énonce que : « *Le droit romain et notre ancienne jurisprudence ne considéraient la société civile que comme un contrat engendrant des obligations de comptes réciproques entre les associés, les obligations envers les tiers naissant en vertu du droit commun comme si le contrat de société n'existait pas à leur égard ; que l'art. 1863 C.C., adoptant cette opinion, décide que les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales* ». – V. aussi : Cass. 1^{ère} civ., 17 fév. 1981 précit. : D. 1981, jur. 293, note Ph. Derouin. Qui applique le droit antérieur à la réforme et qui énonce, notamment, que : « *dès la date du contrat les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté et que l'obligation contractée par le gérant de la société civile les lie comme s'ils l'avaient contractée eux-mêmes* ».

Sur cet arrêt, v. aussi *supra* n° 252 et note 484.

⁵⁷⁸ V. par ex. qui énonce cette règle : CA Paris, 16 fév. 1978 : Rev. sociétés 1978. 512, note J.-P. Sortais.

⁵⁷⁹ CA Paris, 21 oct. 1942 précit. : Gaz. Pal. 1942, 2, jur. 229. La cour dans son attendu suivant énonce : « *Qu'ainsi le créancier pourra poursuivre à son choix, sans solidarité, et alors qu'il n'est pas contesté qu'il s'agit bien d'une dette sociale, la Société pour sa dette ou les associés conformément à l'art. 1863, ou encore les associés dans les mêmes conditions si la société n'est pas en mesure de payer la totalité de sa dette* » ; « *Qu'il ne peut être question de bénéfice de discussion, s'agissant d'obligations l'une et l'autre principales, et par ailleurs le cautionnement ne se présument pas* ». – V. aussi dans le même sens : Cass. 3^{ème} civ., 6 fév. 1969 : D.S. 1969. 434, note B. Bouloc. L'arrêt énonce que : « *Si l'associé gérant, qui a traité au nom de la société et dans la limite de ses pouvoirs, engage la société, il s'oblige concomitamment avec celle-ci, mais n'est tenu lui-même, comme ses associés, sauf stipulation différente des statuts, que pour une part virile de la dette ; qu'il en découle, conformément aux stipulations de l'art. 1863 C.C., que l'engagement personnel de l'associé existant concomitamment avec celui de la société, la cour d'appel, qui a répondu aux conclusions prétendument délaissées, a pu décider que les créancières ont la faculté "de poursuivre à leur choix la société ou les associés (...)"* ». Plusieurs décisions rendues dans le même sens ont suivi, v. par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 20 déc. 1973 : Bull. civ. 2, n° 344, p. 280. – CA Paris, 9 juin 1977 : Rev. sociétés 1977. 516, obs. A. Honorat. – Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 1977 : Rev. sociétés 1978. 277, obs. Y. Dereu ; JCP 1977. 4. 240.

⁵⁸⁰ B. BOULOC, note précit. sous Cass. 3^{ème} civ., 6 fév. 1969 in D.S. 1969. 434, spéc. p. 436, 1^{ère} col. – J. CARBONNIER, obs. pour CA Paris, 21 oct. 1942 in RTD civ. 1943. 49.

personnalité morale de celle-ci impliquait une *certaine subsidiarité* de l'engagement personnel des associés⁵⁸¹.

289. – C'est justement l'existence des obligations conjointes de la société et des associés, négation de toute subsidiarité de l'obligation au passif de ceux-ci, à laquelle la réforme du droit des sociétés devait mettre fin par l'exigence de la *poursuite préalable et vaine* de la société en vertu de l'article 1858 C.C. L'obligation imposée au créancier social de poursuivre en premier la société avant toute tentative de poursuite des associés, met fin à la *concomitance* des obligations respectives de la société et des associés pour le passif social et crée une *hiérarchie* entre ces obligations, cette hiérarchie instituant la *subsidiarité* de l'obligation au passif social des associés.

290. – Soulignons qu'avant l'introduction de l'article 1858 C.C. par la loi du 4 janvier 1978, qui a institué la subsidiarité de l'obligation des associés au passif social, la jurisprudence ancienne avait fait une œuvre non négligeable en ce qui concerne la construction du régime juridique des sociétés civiles, il serait intéressant de retracer dans ce qui suit l'historique de cette évolution, pour, par la suite, en évaluer l'apport.

Par. 2 : L'apport de la jurisprudence ancienne.

291. – Le droit ancien avait une conception révolue de la société civile, celle reprise du droit romain puis adoptée par les rédacteurs du Code civil⁵⁸².

Au début du 19^{ème} siècle, la société civile était encore considérée comme un *simple contrat*⁵⁸³, aucune existence juridique ne lui était reconnue.

292. – Devant cette question, la jurisprudence était divisée. Certaines décisions, appuyées par les opinions doctrinales⁵⁸⁴, étaient hostiles à la reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés civiles⁵⁸⁵, d'autres, témoignant

⁵⁸¹ On souligne la pertinence de ce raisonnement ; rares sont les auteurs de cette époque-là (1942) qui avaient mis en relief le rapport entre la personnalité morale de la société civile et la subsidiarité de l'obligation au passif des associés.

⁵⁸² M. CRÉMIEUX, art. précit., n° 2.

⁵⁸³ P. CORLAY, *La protection des tiers dans le droit des sociétés*, RTD com. 1981. 233, spéc. p. 234.

⁵⁸⁴ V. par ex. : Ch. LYON-CAEN, obs. sur CA Paris, 18 déc. 1885 in S. 1887. 2. 121, spéc. p. 122.

⁵⁸⁵ V. par ex. : Cass. civ., 26 mai 1841 : S. 1841. 1. 483. – Cass. crim., 21 juill. 1854 : S. 1854. 1. 489. – CA Nancy, 19 mai 1872 : S. 1872. 2. 197 ; D.P. 1873. 1. 103. L'arrêt énonce : « *La société formée pour l'exploitation de la minière de Mandres et Norroy constituait une société civile, (...)* » ; « *Qu'elle a conservé jusqu'à la fin ce caractère, et qu'en tant que société civile, elle ne pouvait être assignée que dans la personne de tous ses membres, "nul en France, hormis le chef de l'état, ne plaidant par procureur"* ».

de l'évolution de la pensée qui se faisait peu à peu, leur ont reconnu, d'abord timidement, la personnalité morale, leur refusant le droit d'agir en justice et d'être représentées par leurs gérants⁵⁸⁶, puis, cette restriction ayant disparu, elles leur ont reconnu le droit d'être valablement représentées par leur gérant⁵⁸⁷.

Et pour pouvoir, *notamment*, bénéficier de l'application de certaines lois sur le commerce et les sociétés, les sociétés civiles empruntaient la forme des sociétés commerciales⁵⁸⁸. Et ceci était jugé licite⁵⁸⁹.

293. – Ce n'est qu'à la fin du 19^{ème} siècle, par un arrêt de la Chambre des requêtes du 23 février 1891⁵⁹⁰ que la jurisprudence a clairement reconnu la personnalité morale aux sociétés civiles. L'arrêt a eu recours à une interprétation très divinatoire d'une série de textes du Code civil⁵⁹¹. Cette solution aurait été possible sans le besoin d'autant d'imagination juridique si la Cour avait tout simplement fait la

⁵⁸⁶ Cass. civ., 8 nov. 1836 : S. 1836. 1. 811, l'arrêt énonce : « *En droit, la société civile est, sans doute, comme la société de commerce, un être moral dont les intérêts sont distincts de ceux de chacun de ses membres ; un être moral qui peut charger un seul associé de l'administration de ses intérêts, administrateur irrévocable pendant la durée de la société ; les tiers intéressés peuvent agir, tant que la société existe, devant le juge du lieu où la société est établie ; mais on ne peut en conclure qu'il est permis à cet être moral d'agir en nom collectif, sans donner même l'indication des noms et domiciles de ses membres* ».

⁵⁸⁷ CA Paris, 6 mars 1849 : S. 1849. 2. 428, la cour énonce : « *La société civile, comme la société commerciale, est un être moral, dont les intérêts sont distincts de chacun de ses membres en particulier* » ; « *Comme être moral, la société peut confier à l'un de ses membres la direction et l'administration de ses droits et de ses intérêts* ». – Cass. crim., 18 nov. 1865 : S. 1866. 1. 415, la Cour énonce : « *Ces sociétés constituant une personne civile, peuvent agir en justice dans les formes et conditions réglées dans leurs statuts, puisque la loi ne leur interdit par aucune disposition de se constituer des représentants pour leurs rapports avec les tiers, et qu'elle n'indique, pour cette constitution, aucun mode spécial* » ; « *Qu'il suit de là que lorsqu'elles agissent ainsi, elles plaident non par procureur mais par elles-mêmes* ».

⁵⁸⁸ L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis de droit commercial*, T. 1, Dalloz 1925, n° 233 *in fine*. – P. PIC, *Traité général théorique et pratique de droit commercial, Des sociétés commerciales*, T. 1, Rousseau, 1925, n°s 140 et 141. – Et du même auteur : *Traité général théorique et pratique de droit commercial, Des sociétés commerciales*, T. 3, Rousseau, 1926, n°s 1739 et s.

⁵⁸⁹ L. LACOUR et J. BOUTERON, *op. cit.*, n° 233 *in fine*. – P. PIC, *Traité général théorique et pratique de droit commercial, Des sociétés commerciales*, T. 3, *op. cit.*, n° 1740 et n°s 1746 et s. – V. aussi du même auteur mais de manière implicite : *Traité général théorique et pratique de droit commercial, Des sociétés commerciales*, T. 1, *op. cit.*, n°s 188 et 189.

⁵⁹⁰ Cass. req., 23 fév. 1891 : S. 1892. 1. 73, note E. Meynial. Il est utile de reproduire ici un attendu du jugement du tribunal de Nice, qui dispose : « *Il est aujourd'hui admis par les auteurs et par la jurisprudence que les sociétés civiles forment un corps moral, une personne distincte des associés, sur les immeubles de laquelle ceux-ci, tant que dure leur association, n'ont qu'un droit purement mobilier, ainsi que cela découle des dispositions de l'art. 526 C.C., et ne peuvent avoir aucun droit privatif de copropriété (...)* ». La Cour de cassation à son tour énonce : « *Il est de l'essence des sociétés civiles, aussi bien que des sociétés commerciales, de créer, au profit de l'individualité collective, des intérêts et des droits de chacun de ses membres ; que les textes du Code civil (notamment les art. 1850, 1852, 1867, 1845, 1846, 1847, 1848, 1855, 1859) personnifient la société d'une manière expresse, en n'établissant jamais des rapports d'associé à associé, et en mettant toujours les associés en rapport avec la société ; que les sociétés civiles constituent tant qu'elles durent, une personne morale, laquelle est propriétaire du fonds social* ».

⁵⁹¹ G. LAGARDE, *Propos de commercialiste sur la personnalité morale : réalité ou réalisme ?*, in *Etudes Alfred Jauffret*, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 429, spéc. p. 431.

comparaison avec les sociétés commerciales, à l'instar de certaines décisions qui lui étaient antérieures⁵⁹².

La solution, nouvelle pour l'époque, et inaugurée par la décision du 23 février 1891, fut suivie fidèlement dans les décisions ultérieures⁵⁹³.

294. – Soulignons cependant, qu'avant que ne soit rendue la décision précitée du 23 février 1891, un éminent auteur de l'époque avait déjà émis l'opinion selon laquelle les sociétés civiles *constitueraient des personnes morales*⁵⁹⁴.

La reconnaissance de la personnalité morale des sociétés civiles par le célèbre arrêt du 23 février 1891, leur a donné un *statut nouveau*⁵⁹⁵.

295. – Cependant, avec cette reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés civiles, particulièrement innovatrice pour cette époque-là, les règles du Code civil paraissaient *particulièrement vieilles, et difficiles à justifier*⁵⁹⁶.

296. – Au surplus, une critique majeure fut adressée par la doctrine à cette jurisprudence innovante, c'est celle du défaut de publicité⁵⁹⁷. En effet, et en vertu de la jurisprudence précitée du 23 février 1891, les sociétés civiles, qui n'étaient pas assujetties aux mesures de publicité, jouissaient de la personnalité morale *à compter de la signature des statuts*⁵⁹⁸. Ce défaut de publicité devait légitimement susciter les critiques et les craintes de la clandestinité. Cette absence de publicité et la clandestinité qui en résultait influaient sur le régime des actes passés par la société avant sa constitution : *une société civile n'était pas engagée par ces actes-ci*⁵⁹⁹.

297. – Cette solution – au demeurant injustifiée – qui créait une discrimination entre d'une part, le régime des actes passés par les sociétés civiles et d'autre part,

⁵⁹² V. les décisions précitées : Cass. civ., 8 nov. 1836 : S. 1836. 1. 811. – CA Paris, 6 mars 1849 : S. 1849. 2. 428.

⁵⁹³ V. par ex. : Cass. req., 22 fév. 1898 : D.P. 1899. 1. 593. – Cass. req., 25 avr. 1910 : D.P. 1911.1. 473, note M. Nast. – Cass. civ., 22 nov. 1911 : D.P. 1913. 1. 83.

⁵⁹⁴ A. BOISTEL, *Cours de droit commercial*, E. Thorin, 1890, v. spéc. n° 167. L'auteur explique que le principal motif qui inciterait à refuser la personnalité morale aux sociétés civiles, c'est le défaut de publicité et la méconnaissance du droit des tiers qui s'ensuit. Or puisque les sociétés civiles – de l'époque – empruntaient la forme des sociétés commerciales et se soumettaient par conséquent aux conditions de publicité de celles-ci, ce qui – selon lui – assurait la publicité requise pour protéger l'intérêt des tiers, et il n'y aurait donc aucun obstacle à ce que soit reconnue la personnalité morale de ces sociétés.

⁵⁹⁵ J. HAMEL, *La personnalité morale et ses limites*, D. 1949, chron. 141.

⁵⁹⁶ P. BÉZARD, *La réglementation des sociétés civiles autorisées à faire publiquement appel à l'épargne*, art. précit., n° 100.

⁵⁹⁷ L. LACOUR et J. BOUTERON, *op. cit.*, n° 233 *in fine*. – G. LAGARDE, art. précit., p. 439. – P. PIC, *Traité général théorique et pratique de droit commercial, Des sociétés commerciales*, T. 1, *op. cit.*, n° 188. – V. aussi du même auteur : P. PIC, *Traité général théorique et pratique de droit commercial, Des sociétés commerciales, Supplément à la 2ème édition*, Rousseau, 1930, n°s 188 et 189.

⁵⁹⁸ M. JEANTIN, *op. cit.*, n° 12.

⁵⁹⁹ Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} juill. 1971 : Bull. civ. 3, n° 440, p. 315 ; D. 1972, jur. 436, note Ch. Larroumet. Cet arrêt constitue une décision de principe qui pose la solution de manière très claire ; sous le visa de l'article 1832 C.C., l'arrêt énonce : « *Attendu qu'une société civile ne peut être engagée par un acte antérieur à celui de sa constitution* ».

ceux passés par les sociétés commerciales avant que leur constitution ne fût accomplie, devait disparaître avec la réforme opérée par la loi du 4 janvier 1978, qui a *aligné* le régime de ces actes sur celui appliqué aux sociétés commerciales, comme nous le verrons plus loin⁶⁰⁰.

298. – Reconnaître la personnalité morale aux sociétés civiles aboutit, entre autres effets, à consacrer l'existence d'un patrimoine propre à la personne morale distinct du patrimoine de chacun des associés⁶⁰¹. Aussi cette reconnaissance devait aboutir à ce que la personnalité morale formât un écran qui protégerait les associés contre les poursuites des créanciers pour le passif social.

299. – Mais malgré la reconnaissance jurisprudentielle de la personnalité morale aux sociétés civiles, les tribunaux continuaient de refuser que la société civile soit tenue du passif social à *titre principal*, et que les associés en soient conséquemment tenus à titre subsidiaire, influencés sans doute par une partie de la doctrine qui critiquait ladite théorie jurisprudentielle de la personnalité morale⁶⁰².

Certaines juridictions du fond avaient suivi cette voie⁶⁰³, mais elles demeuraient *minoritaires* devant le plus grand nombre de juridictions qui refusaient toujours que les associés soient tenus à titre subsidiaire. Celles-ci appliquaient avec constance la règle de la *concomitance* des obligations de la société et des associés pour le passif social⁶⁰⁴.

300. – Les efforts de l'ancienne jurisprudence tels qu'exposés plus haut, perdirent néanmoins une grande partie de leur utilité puisque la loi du 4 janvier 1978 a imposé l'immatriculation de la société en vue de la jouissance de la personnalité morale mettant fin ainsi à la clandestinité dont s'imprégnaient les sociétés civiles

⁶⁰⁰ Sur le régime de ces actes, v. *infra* n^{os} 309 et s.

⁶⁰¹ G. LAGARDE, art. précit., p. 435.

⁶⁰² V. par ex. : L. LACOUR et J. BOUTERON, *op. cit.*, n^o 233. – P. PIC, *Traité général théorique et pratique de droit commercial, Des sociétés commerciales*, T. 1, *op. cit.*, n^{os} 186 à 188.

⁶⁰³ Par ex. : Trib. civ. Andelys, 8 juill. 1937 : D.H. 1937. 542. Le tribunal énonce : « *La société civile immobilière Domus, formée entre de Bueil, Rimbert, James Beau et la Société des charpentiers de Paris, pour acquérir et mettre en valeur un terrain sis à Paris (...), a emprunté à veuve Bouchinet et à deux autres personnes une somme de 50.000 fr. avec affectation hypothécaire sur l'immeuble ; que ladite somme devait être remboursée le 20 oct. 1936, et qu'elle ne l'a pas été* » ; « *que de Bueil demande, ce qui a lieu de lui accorder, qu'il lui soit donné acte de ce qu'il se prévaut de l'exception du bénéfice de discussion et de ce qu'il offre d'avancer les deniers suffisants pour faire la discussion ; que de Bueil, en l'espèce, est un co-débiteur conjoint qui apparaît d'ailleurs à l'acte en qualité de membre de la Société Domus ; que ladite société est donc, de ce fait, la débitrice réelle de la demanderesse et que ce n'est qu'au cas d'insuffisance de ses biens propres que ceux appartenant aux associés pourraient venir garantir les engagements jusqu'à concurrence de leurs parts viriles ; que de Bueil n'est point un débiteur solidaire, à quelque point de vue que l'on se place* ». Mais il est important de signaler ici que ce jugement a été infirmé en appel par : CA Paris, 21 oct. 1942 précit. : Gaz. Pal. 1942, 2, jur. 229 ; D.A. 1943, somm. 16 ; RTD civ. 1943. 49, obs. J. Carbonnier.

avant l'intervention de la réforme. L'apport de la loi précitée du 4 janvier 1978 sur ce point précis, ainsi que sur l'obligation des associés de sociétés civiles pour le passif social, sera envisagé dans ce qui suit.

Par. 3 : Les innovations de la loi réformant les sociétés civiles.

301. – La loi du 4 janvier 1978 a introduit la règle de l'acquisition par la société civile de la personnalité morale à dater de son immatriculation au registre de commerce. Ceci résulte des termes clairs de l'article 1842, al.1^{er} C.C. qui dispose :

« Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation ».

S'agissant de la portée des mesures de publicité, un auteur a, à juste titre, souligné que si ces mesures marquent la naissance de la personnalité morale de la société, la fin des mesures de publicité, autrement dit la radiation de la société du registre de commerce, ne met pas pour autant fin à la personnalité morale de la société⁶⁰⁵.

302. – Au-delà de l'acquisition de la personnalité morale par l'immatriculation au registre du commerce, la loi du 4 janvier 1978 a opéré un bouleversement relativement à l'obligation des associés au passif social, elle a modifié le régime juridique de cette obligation, elle a en aussi modifié le fondement.

Cette loi n'a en effet, pas seulement institué un nouveau régime juridique de l'obligation des associés au passif social, elle en a également donné un *nouveau fondement*.

Ainsi, le contrat passé par un associé pour le compte de la société ne lie plus que celle-ci⁶⁰⁶. Ceci est évidemment une conséquence du *renforcement de la personnalité morale* de la société civile⁶⁰⁷. L'obligation contractée envers les tiers ne naît plus dans la personne des associés ; la personnalité morale de la société est devenue assez opaque pour laisser la personne des associés à l'écart de cet engagement. C'est la société – à l'exclusion des associés – qui en est, *le débiteur principal*.

⁶⁰⁴ Pour ces décisions et les références citées, v. *supra* notes 577 et 579.

⁶⁰⁵ P. CORLAY, *op. cit.*, p. 276.

⁶⁰⁶ Ph. DEROUIN, note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 fév. 1981 précit. in D. 1981, jur. 295, n° 12.

⁶⁰⁷ Ph. DEROUIN, *ibid.*, p. 295, n° 12.

303. – Donc, la différence qui sépare la règle consacrée par l'ancien article 1863 C.C. et la doctrine qui sous-tend les textes de la loi du 4 janvier 1978 est *profonde*. Autrefois, et selon ledit article, les associés *étaient tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté*. Alors que, actuellement, c'est la société qui s'engage puisque sa personnalité morale est devenue assez consistante pour qu'elle puisse valablement s'engager sans avoir besoin du secours de la personne des associés.

304. – Un auteur a comparé l'obligation des associés au passif social à l'obligation qui peut être mise à la charge des dirigeants de personnes morales par application de l'ancien article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens et la faillite⁶⁰⁸. Il estime que dans les deux cas, l'obligation engendrée n'est pas l'effet d'un acte juridique, mais d'un fait savoir : *l'insuffisance d'actif* révélée par le règlement judiciaire ou la liquidation des biens⁶⁰⁹. Selon ce même auteur, les deux actions en comblement du passif et en paiement des dettes sociales, ont un fondement commun de responsabilité civile.

305. – Il est vrai que le fait qui donne naissance à ces obligations ainsi comparées, c'est l'incapacité de l'être moral à pouvoir faire face à ses engagements, pour ne pas employer l'expression d'« insuffisance d'actif » que nous pensons être très restrictive et spécifique.

Mais nous ne pensons pas que l'obligation des associés au passif social soit fondée sur la responsabilité civile. Cette obligation est simplement une *conséquence de la qualité d'associé*, c'est celle qui fait des associés des *garants* de la personne

⁶⁰⁸ Ph. DEROUIN, *ibid.*, p. 295, n° 13.

L'ancien article 99 de la loi du 13 juillet 1967 précité, ainsi que les nombreux autres articles de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens et la faillite, ont été abrogés par la loi du 25 janvier 1985. Cet article se présentait en son alinéa premier, ainsi :

« Lorsque le règlement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du syndic, ou même d'office, que les dettes sociales seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux ».

Aujourd'hui, cette matière est régie par l'article L. 651-2 C. com. qui fut introduit par la loi du 26 juillet 2005. Il fut modifié par l'ordonnance n° 1512 du 9 décembre 2010. En sa version actuelle, cet article dispose en son alinéa premier :

« Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables ».

Entre la version datant de 1967 et la version actuelle, il est clair de voir que le changement est *profond*. Dans l'ancienne version du texte, il n'est fait aucune mention de la faute, faute de gestion, et on a l'impression qu'il y a ici une *présomption de faute*. Alors que dans la version actuelle du texte, il peut être clairement compris que la responsabilité n'est engagée qu'en cas de faute de gestion, faute qui soit évidemment être *prouvée*.

⁶⁰⁹ Ph. DEROUIN, *ibid.*, p. 295, n° 13.

morale pour les engagements que celle-ci prend durant la vie sociale⁶¹⁰. La Cour de cassation a eu heureusement l'occasion de préciser le caractère d'*engagement personnel* des associés ; c'est ainsi qu'elle a affirmé dans l'arrêt précité du 24 janvier 2006 que, « *les associés d'une société civile demeurent tenus personnellement à l'égard des créanciers sociaux même en cas de procédure collective de cette société* »⁶¹¹. La conséquence de cette solution est que, les créanciers sociaux peuvent agir contre les associés, *malgré la procédure collective ouverte contre la société*. C'est l'obligation indéfinie au passif social qui génère un engagement personnel des associés au profit des créanciers sociaux, et indépendant de la situation de la société de sorte que cette situation n'exerce aucune influence sur le droit des créanciers d'agir contre les associés⁶¹².

306. – Avant qu'elle n'ait été affirmée de manière aussi claire par l'arrêt du 24 janvier 2006, la solution consistant à admettre l'existence d'un engagement personnel des associés envers les créanciers sociaux, a déjà été affirmée par la jurisprudence, ceci sous l'empire de la loi précitée du 13 juillet 1967⁶¹³, et par application de l'ancien article 1863 C.C., c'est-à-dire dans sa version antérieure à la loi du 4 janvier 1978⁶¹⁴.

⁶¹⁰ F. MAGNIN, *op. cit.*, p. 4.

⁶¹¹ Cass. com., 24 janv. 2006 précit. : Bull. civ. 4, n° 17, p. 18 ; Bull. Joly soc. 2006, n° 5, p. 588, note J.-J. Daigre ; D. 2006, AJ. 445, obs. A. Lienhard ; Lexbase heb. n° 208, 30 mars 2006, éd. Aff., n° Lexbase N6251AKQ, note D. Gibirila ; Pet. Aff. 28 avr. 2006, n° 85, p. 14, note D. Gibirila ; Rev. sociétés 2006. 410, note J.-F. Barbiéri ; *ibid.* 637, note Th. Bonneau ; RTD com. 2006. 435, note M.-H. Monsérié- Bon ; *ibid.* 916, note A. Martin-Serf.

V. déjà : CA Aix-en-Provence, 19 fév. 2002 précit. : Dr. sociétés 2002, comm. 171, obs. F.-X. Lucas. L'arrêt énonce : « *L'obligation aux dettes sociales des associés de la société civile (...) est rappelé dans l'article 12 des statuts qui précise, en outre, que les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé, qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale* » ; « *Cette disposition, conforme à l'article 1858 C.C., consacre la possibilité reconnue à tout créancier d'agir spécialement, personnellement et directement à l'encontre des associés de la société civile, sans que l'ouverture de la procédure civile de celle-ci ait une quelconque influence sur son droit de poursuite individuel à leur encontre pour faire valoir une créance qui lui est propre* ».

Sur les faits ayant donné lieu à cet arrêt, v. *supra* n° 179 et note 290.

⁶¹² Th. BONNEAU, note précit. sous Cass. com., 24 janv. 2006 in Rev. sociétés 2006. 637, spéc. n° 6 et les réf. citées.

⁶¹³ Cass. com., 17 juill. 1974 : Bull. civ. 4, n° 231, p. 186 ; RTD com. 1975. 367, obs. R. Houin et E. Le Gall ; Rev. sociétés 1976. 139, obs. J.-P. Sortais. Approuvant la cour d'appel, la Chambre commerciale énonce dans son attendu principal que : « *dès lors que la liquidation des biens ou le règlement judiciaire des associés tenus personnellement au passif, n'avait pas été prononcée, le règlement judiciaire, ultérieurement converti en liquidation des biens, de la société, n'avait pas eu pour effet de suspendre à leur égard [les associés] l'exercice des actions individuelles* ». – V. aussi : CA Paris, 16 fév. 1978 précit. : Rev. sociétés 1978. 512, note J.-P. Sortais.

⁶¹⁴ Cass. com., 12 janv. 1988 : Bull. civ. 4, n° 25, p. 17 ; Rev. sociétés 1988. 269, obs. B. Bouloc ; D. 1988, somm. 338, obs. A. Honorat. En l'espèce, le syndic de la liquidation des biens d'une société civile agricole a introduit contre les associés porteurs de parts au moment de l'ouverture de la procédure collective, une action tendant à mettre à la charge de ces derniers le montant du passif social. Il se fondait sur les dispositions de l'article 1863 C.C. dans sa version, applicable en la cause, antérieure à la loi du 4 janvier 1978. La cour d'appel a déclaré recevable cette action. Partant de l'application combinée des textes du Code civil et de la loi précitée du 13 juillet 1967, et du principe de l'égalité des créanciers, elle se fonde sur la considération que les créanciers mettaient à la disposition du syndic l'action qu'ils tiennent de

307. – L’instauration de la subsidiarité de l’obligation des associés aux dettes sociales en vertu de l’article 1858 précité, a *supprimé* le choix autrefois ouvert au créancier social dans sa poursuite pour ses créances contre la société⁶¹⁵.

Désormais il ne dispose plus de choix pour ses poursuites, il devait ainsi entreprendre de poursuivre la société en recouvrement de ses créances avant toute poursuite tentée contre les associés. Ce n’est que si ses poursuites contre la société s’avèrent *vaines*⁶¹⁶, qu’il pourrait agir contre les associés. Et ici la jurisprudence adopte une conception précise des vaines poursuites, qui a déjà été évoquée⁶¹⁷.

L’absence de choix dans les poursuites caractérisant la subsidiarité de l’obligation aux dettes sociales revêt un caractère d’*ordre public*, en ce sens qu’il ne peut y être dérogé par convention entre intéressés et qu’elle existe sans le besoin de clauses particulières la consacrant dans les engagements contractés par la personne morale.

308. – L’existence de la subsidiarité de l’obligation au passif social des associés de sociétés civiles implique qu’il existe désormais entre l’obligation de la société et celle des associés une *hiérarchie*. Ceci a pour conséquence que toute idée de solidarité entre la société et ses membres soit, *absolument exclue*. C’est dans ce contexte, que la Cour de cassation a censuré l’arrêt qui avait condamné les associés d’une société civile *in solidum* avec celle-ci au paiement de certaines sommes à titre de dommages-intérêts⁶¹⁸.

309. – En plus de son apport principal consistant en la mise en place de la subsidiarité de l’engagement au passif social des associés, la réforme intervenue par la loi du 4 janvier 1978 a également mis fin aux anomalies et incertitudes qui

la loi, et tendant à faire contribuer les associés au passif de leur société. Pour casser l’arrêt d’appel, la Cour de cassation énonce dans un attendu de principe, que : « *les associés d’une société civile demeurent tenus personnellement à l’égard des créanciers sociaux, même en cas de mise en règlement judiciaire ou de liquidation des biens de la personne morale ; qu’il s’ensuit qu’en statuant comme elle l’a fait la cour d’appel a violé l’article susvisé (l’article 1863 ancien C.C.)* ».

Sur le texte de l’ancien article 1863 C.C., v. *supra* n° 286.

⁶¹⁵ N. DONIO-JOURNO, thèse précit., p. 324. La loi du 4 janvier 1978 a introduit de même la *proportionnalité* de l’obligation des associés au passif social. La règle de l’obligation des associés à la dette par parts viriles, reflet de la soumission de la société civile au droit des contrats, a été abrogée et remplacée par la règle, plus équitable et plus réaliste, de l’obligation de chaque associé qui est proportionnée à sa contribution au passif social. Nous ne développerons pas ce point car il ne n’apporte rien qui intéresse la présente étude au point de vue de la subsidiarité de l’obligation des associés.

⁶¹⁶ Il va sans dire, que les poursuites étant désormais exigées, la mise en demeure ne suffit pas, v. par ex. : Ph. DEROUIN, note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 fév. 1981 précit. in D. 1981, jur. 295, n° 10.

⁶¹⁷ Sur les applications jurisprudentielles des vaines poursuites et la conception retenue par la jurisprudence, v. *supra* n°s 200 et s.

⁶¹⁸ Cass. 3^{ème} civ., 18 déc. 2001 : Dr. sociétés 2002, comm. 57, obs. F.-X. Lucas. – V. aussi : Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 1996 précit., n° de pourvoi : 93-13.094.

existaient autrefois dans le régime juridique applicable aux actes passés par les sociétés civiles avant que leur constitution ne fût accomplie. C'est par les dispositions de l'alinéa deuxième de l'article 1842 C.C., que l'innovation a été introduite. Ce texte dispose :

« Jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations ».

Après avoir analysé l'apport de la loi nouvelle sur les sociétés civiles, il nous faut à présent aborder la question de la *possible* comparaison entre l'obligation au passif des associés et le cautionnement.

Section 4 : L'obligation subsidiaire des associés et le cautionnement.

310. – Il est tentant de faire le rapprochement entre le cautionnement en tant qu'acte juridique *caractérisé par sa subsidiarité*⁶¹⁹, et l'obligation au passif social des associés de sociétés civiles comme étant une *obligation subsidiaire typique*.

311. – En effet, la jurisprudence a eu maintes fois l'occasion d'affirmer le caractère subsidiaire de l'obligation des associés au passif social. Cette affirmation s'est faite de plusieurs manières. C'est ainsi que la Cour de cassation a énoncé que le contrat de société civile « *fait naître à la charge de l'associés une obligation subsidiaire de répondre indéfiniment des dettes sociales (...)* »⁶²⁰. Ou alors, elle a énoncé que les associés sont des « *débiteurs subsidiaires du passif social envers les tiers* »⁶²¹.

312. – La doctrine a, à son tour, approuvant la jurisprudence, reconnu un caractère subsidiaire à l'obligation des associés au passif social⁶²².

⁶¹⁹ Sur la subsidiarité du cautionnement, v. *supra* n°s 146 et s.

⁶²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 2006 : Bull. civ. 1, n° 15, p. 15 ; D. 2006. 2660, note F. Bicheron ; *ibid.* 2007. 267, obs. J.-Cl. Hallouin ; RTD com. 2006. 419, obs. C. Champaud et D. Danet ; *ibid.* 432, obs. M.-H. Monsérié-Bon et L. Grosclaude ; Rev. sociétés 2006. 540, obs. D. Legeais.

⁶²¹ Cass. com., 23 janv. 2001 précit. : Bull. civ. IV, n° 24, p. 22 ; Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2001, n° 5, p. 481, § 118, note A. Couret ; D. 2001. AJ. 781, obs. A. Lienhard ; *ibid.* somm. 3427, obs. A. Honorat ; JCP (E) 2001. 850, note J.-P. Rémy ; RD bancaire et fin. 2000, n° 69, obs. F.-X. Lucas ; Rev. sociétés 2001. 847, obs. J.-Ph. Dom ; RTD com. 2001. 472, obs. M.-H. Monsérié-Bon. Sur cet arrêt, v. *supra* note 332. – Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 précit. : Bull. civ., Ch. mixte, n° 4 ; Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, note F. Pérochon ; Dr. sociétés 2007, comm. 157, note J.-P. Legros ; Rép. Def. 2007, art. 38675, p. 1571, § 9, note D. Gibrila ; Rev. sociétés 2007. 620, note J.-J. Barbiéri ; RTD com. 2007. 550, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; *ibid.* 2007. 597, obs. A. Martin-Serf ; D. 2007. 1414, note A. Lienhard ; Gaz. Pal. 2007. 2521, note P.-M. Le Corre ; Lexbase heb. éd. Gén., n° 289, du 24 janv. 2008, n° Lexbase N8373BDH, note J.-B. Lenhof ; Pet. Aff. 14 août 2007, n° 162, p. 18, note F. Vinckel. Sur l'attendu de cet arrêt et une analyse de celui-ci, v. *supra* note 415. – Cass. com., 25 sept. 2007 : Bull. civ. 4, n° 207 ; Bull. Joly soc. 2008, 1^{er} janv. 2008, n° 1, p. 31, note F.-X. Lucas ; Lexbase heb. éd. Gén., n° 289, 24 janv. 2008, n° Lexbase N8373BDH, note J.-B. Lenhof ; Rev. sociétés 2007. 137, obs. J.-F. Barbiéri.

⁶²² Sur ce courant doctrinal majoritaire, v. aussi *infra* n°s 394 et s.

Il est admis que le cautionnement renferme au profit de la caution un « bénéfice de discussion ». Comme nous l'avons dit, ceci ressort des termes clairs de l'article 2298 C.C.⁶²³.

Et, un courant doctrinal important a estimé que l'exigence de devoir poursuivre préalablement et vainement l'être moral créait bel et bien au profit des associés de la société civile, une « sorte de bénéfice de discussion »⁶²⁴. Certains auteurs ont ainsi comparé la situation des associés à celle d'une caution simple⁶²⁵.

Un auteur, appartenant à ce courant doctrinal, et ayant trouvé des points de ressemblance entre l'obligation de la caution et celle des associés des sociétés de personnes ; l'un d'elles tenant au fait que l'obligation des associés à l'égard des créanciers d'une société de personnes demeure *personnelle*, à l'instar de celle assumée par une caution qui est une garantie personnelle envers le créancier bénéficiaire de celle-ci⁶²⁶. Il a également estimé que la notion de subsidiarité « *n'est pas étrangère au cautionnement simple* », puisque – selon lui – le créancier doit poursuivre le garant et, en cas d'insolvabilité de ce dernier, il peut se retourner contre le débiteur principal⁶²⁷. Ce même auteur a cependant relevé qu'il existe des *différences notables* entre les deux types d'obligations⁶²⁸. Selon nous, la plus importante de ces différences, ainsi relevées, tient à la considération que les associés *ne sont pas contractuellement liés au créancier de la société*, contrairement à la caution vis-à-vis du créancier bénéficiaire de la garantie⁶²⁹.

⁶²³ Sur le texte de l'article 2298 C.C., v. *supra* n° 136.

⁶²⁴ V. par ex. : M. JEANTIN, *op. cit.*, n° 51. – E. ALFANDARI et M. JEANTIN, obs. précit. sur CA Paris, 17 déc. 1982 in RTD com. 1983. 247. – J.-F. BARBIÈRI, note sous Cass. 3^{ème} civ., 8 oct. 1997 précit. in Rev. sociétés 1998. 115, n° 6. – D. GIBIRILA, note sous Cass. 3^{ème} civ., 8 oct. 1997 précit. in D. 1998, jur. 141. – V. aussi du même auteur : note précit. sous Cass. com., 24 janv. 2006 in Pet. Aff. 28 avr. 2006, n° 85, p. 14. – C. PRIETO, note sous Cass. 3^{ème} civ., 8 oct. 1997 précit. in Bull. Joly 1997, § 386, p. 1077. – J.-Ph. DOM, note précit. sous Cass. com., 23 janv. 2001 in Rev. sociétés 2001. 847. – J.-P. GARÇON, note sous Cass. 3^{ème} civ., 31 mars 2004 in Bull. Joly soc., 1^{er} juill. 2004, n° 7, p. 998. Cet auteur parle d'un « pseudo bénéfice de discussion ». – Ph. JESTAZ, obs. in RTD civ. 1978. 440, spéc. p. 442. – M. PARMENTIER, note sous Cass. 3^{ème} civ., 6 juill. 2005 in Lexbase heb. éd. Aff., n° 184 du 6 oct. 2005, n° Lexbase N9090AII. – F. PÉROCHON, note précit. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n° 5. Cet auteur parle d'une « garantie proche du bénéfice de discussion ». – Ph. PÉTEL, obs. sur CA Paris, 19 mars 1991 in JCP (E) 1991. 1. 102, n° 18.

⁶²⁵ V. par ex. : J.-F. BARBIÈRI, note précit. sous Cass. 3^{ème} civ., 8 oct. 1997 in Rev. sociétés 1998. 115, n° 6. – H. BERTHOUD-RIBAUTE, obs. sous Cass. com., 20 nov. 2001 précit. in JCP (E) 2002. 1046.

⁶²⁶ D. GIBIRILA, note précit. sous Cass. com., 24 janv. 2006 in Pet. Aff. 28 avr. 2006, n° 85, p. 14. Et sur la qualification d'engagement personnel de l'obligation des associés, v. : Cass. com., 24 janv. 2006 précit. : Bull. civ. 4, n° 17, p. 18 ; Bull. Joly soc. 2006, n° 5, p. 588, note J.-J. Daigre ; D. 2006, AJ. 445, obs. A. Lienhard ; Lexbase heb. n° 208, 30 mars 2006, éd. Aff., n° Lexbase N6251AKQ, note D. Gibirila ; Pet. Aff. 28 avr. 2006, n° 85, p. 14, note D. Gibirila ; Rev. sociétés 2006. 410, note J.-F. Barbièri ; *ibid.* 637, note Th. Bonneau ; RTD com. 2006. 435, note M.-H. Monsérié- Bon ; *ibid.* 916, note A. Martin-Serf.

⁶²⁷ D. GIBIRILA, *ibid.*

⁶²⁸ D. GIBIRILA, *ibid.*

⁶²⁹ D. GIBIRILA, *ibid.*

D'autres auteurs ont, au contraire, estimé qu'on ne peut comparer l'obligation des associés aux dettes sociales à celles d'une caution⁶³⁰, car l'obligation au passif social est régie par des règles particulières inconnues du droit civil⁶³¹.

D'autres ont eu une opinion plus nuancée ; ils ont considéré que l'obligation des associés est *simplement comparable* à un bénéfice de discussion⁶³², car contrairement au bénéfice de discussion de la caution, qui doit être *soulevé* par celle-ci pour qu'elle puisse en bénéficier – estime-t-on –, l'obligation pour les créanciers de poursuivre au préalable la société civile est *de droit*⁶³³, en ce sens que les associés *n'ont pas besoin de la soulever pour qu'elle s'applique*. Et les associés n'ont pas, comme la caution, à avancer les deniers pour la discussion⁶³⁴.

313. – On a encore considéré que, contrairement au bénéfice de discussion qui peut faire l'objet d'une renonciation de la part de la caution, le « bénéfice de discussion » mis en place par l'article 1858 C.C. *ne peut faire l'objet de renonciation de la part des associés*, car il est d'*ordre public*⁶³⁵. On a estimé aussi que ceci mène à un résultat paradoxal qui fait que le régime du bénéfice de discussion de la caution est beaucoup plus sévère que celui qui gouverne l'obligation aux dettes sociales des associés de sociétés civiles⁶³⁶, déduisant par là que l'écran que constitue la personne du débiteur pour la caution est *moins important* que celui que constitue la société à l'égard de l'associé⁶³⁷. Même si l'auteur semble avoir des réserves sur cette question, nous pensons quand même que l'écran que constitue la société civile à l'égard de l'associé *est plus important que celui que constitue la personne du débiteur à l'égard de la caution*. En effet, dans la première situation il s'agit d'une personne morale – la société civile – dont la personnalité morale forme un écran qui protège les associés contre les poursuites des créanciers. Et dans laquelle ces associés sont assujettis à certaines obligations de par leur appartenance à cette entité supérieure. Les

⁶³⁰ L. GODON, *op. cit.*, n° 102. – A. COURET, note précit. sous Cass. com., 23 janv. 2001 in Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2001, n° 5, p. 481, § 118, spéc. n° 3. – F. PÉROCHON, note précit. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n° 27.

⁶³¹ L. GODON, *op. cit.*, n° 102.

⁶³² J.-Cl. HALLOUIN, obs. précit. pour Cass. 3^{ème} civ., 8 oct. 1997 in D. 1998, somm. 398. – Th. BONNEAU, obs. pour Cass. 3^{ème} civ., 28 mars 2001 in Dr. sociétés 2001, comm. 111. – Y. DEREU, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 2006 (2 esp.) in Bull. Joly soc., 2006, n° 6, p. 818, § 171.

⁶³³ Y. DEREU, *ibid.*

⁶³⁴ Y. DEREU, *ibid.*

Cette question est régie par l'article 2300, al. 1^{er} C.C., qui dispose :

« La caution qui requiert la discussion doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisants pour faire la discussion ».

⁶³⁵ D. AMMAR, note sous Cass. com., 20 nov. 2001 précit. in JCP 2002. 2. 10092, p. 1101.

⁶³⁶ D. AMMAR, *ibid.*, p. 1101.

⁶³⁷ D. AMMAR, *ibid.*, p. 1101.

obligations auxquelles sont assujettis les associés sont d'*origine légale*, et non conventionnelle, parmi ses obligations, il y a celle – bien entendu – de répondre du passif social. Cette obligation a un caractère impératif, *les statuts ne peuvent l'aménager*⁶³⁸. Et, c'est la protection accordée par la personne morale qui fonde la subsidiarité de l'obligation aux dettes sociales des associés. Alors que dans la deuxième situation, celle de la caution, il s'agit d'une relation *purement contractuelle*, où la personne du débiteur ne peut procurer à la caution la protection que la personnalité morale de la société civile assure aux associés. De plus, la relation contractuelle qui existe entre caution et débiteur est *étrangère à toute idée de hiérarchie*, caractéristique qui régit les rapports existant entre la société et ses membres.

314. – Nous comprenons bien les raisons qui font que la société civile assure une protection considérable aux associés, une telle protection n'existant pas par le biais du bénéfice de discussion qui appartient à la caution.

La comparaison faite entre la subsidiarité caractérisant l'obligation des associés aux dettes sociales et le bénéfice de discussion appartenant à la caution, démontre donc *qu'il existe des différences substantielles entre eux*.

315. – Heureusement, la jurisprudence a eu l'occasion d'apporter sa contribution à la question relative aux analogies pouvant exister entre l'obligation des associés au passif social et l'obligation de la caution.

Une réponse de première importance nous a été fournie par un arrêt de la troisième Chambre civile en date du 28 mars 2001⁶³⁹. La Cour de cassation y a décidé, qu'il est interdit à un associé *d'opposer au créancier la nullité relative du contrat passé entre ce dernier et la société*. Il peut être dégagé de cet arrêt que, l'obligation des associés au passif social *ne représente nullement le caractère accessoire*, celui-ci se rapportant au cautionnement. L'arrêt prend soin de relever que l'associée, personne morale, n'était pas poursuivie sur le fondement du contrat

⁶³⁸ J.-Cl. HALLOUIN, obs. pour Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 2006 (2 esp.) in D. 2007. 267 et les réf. citées. – Comparer avec le cas des associés en nom collectif : CA Paris, 8 oct. 1999 précit. : JurisData n° 1999-111534 ; Bull. Joly soc. 2000, p. 93, § 18, note P. Le Cannu ; D. 2000, jur. 583, note D. Fiorina ; JCP E 1999, n° 47, p. 1851. Sur cet arrêt, v. *infra* n° 360 et note 714.

Les statuts peuvent aménager les règles qui régissent dans les rapports entre les associés la question de la *contribution aux pertes*, v. : CA Aix-en-Provence, 19 fév. 2002 précit. : Dr. sociétés 2002, comm. 171, obs. F.-X. Lucas. Cet arrêt fait nettement la distinction entre l'obligation au passif social, c'est-à-dire aux dettes sociales, et l'obligation de contribuer aux pertes. La cour énonce : « (...) *les clauses statutaires qui règlent la contribution aux pertes ne concernent que les rapports des associés entre eux, alors que l'obligation aux dettes concerne les rapports des associés avec les tiers* ».

⁶³⁹ Cass. 3^{ème} civ., 28 mars 2001 : Bull. civ. 3, n° 39, p. 31 ; Dr. sociétés 2001, comm. 111, obs. Th. Bonneau.

litigieux, conclu par la société débitrice, mais qu'elle était « tenue sur le fondement de l'obligation résultant de sa qualité d'associée ». Cet attendu contient une règle fondamentale régissant les rapports de la société et des associés. Est sous-entendue dans cet énoncé – primordial d'ailleurs dans la solution donnée au litige – la question de la personnalité morale de la société qui fait écran entre les créanciers de celle-ci et ses associés. L'obligation résultant du contrat naît à l'égard de la société, et non en la personne des associés. C'est ce qui marque la différence entre l'obligation des associés au passif social et le cautionnement. Ce qui constitue donc la différence décisive entre cette obligation et celle de la caution, *c'est le caractère accessoire du cautionnement*. Ce caractère accessoire, qui est régi par les articles 2306 et 2313 C.C., n'existe pas pour l'obligation des associés au passif social, obligation caractérisée seulement par sa subsidiarité à l'exclusion de toute idée d'« accessoirité »⁶⁴⁰.

Les articles 2306 et 2313 précités disposent respectivement, que :

« La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur ».

« La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ;

Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur ».

316. – Loin du droit des contrats, et dans le domaine du droit matrimonial, plus précisément celui de la communauté légale entre époux, lorsque la Cour de cassation fut confrontée à la question de savoir s'il est possible d'appliquer l'article 1415 C. C. à l'associé de société civile, elle a décidé, dans un arrêt du 17 janvier 2006, que l'obligation de celui-ci de répondre du passif social, *ne saurait être assimilée à un acte de cautionnement*⁶⁴¹.

⁶⁴⁰ Th. BONNEAU, obs. précit. pour Cass. 3^{ème} civ., 28 mars 2001 in Dr. sociétés 2001, comm. 111. – C. CHAMPAUD et D. DANET, obs. pour Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 2006 (2 esp.) in RTD com. 2006. 419. – V. qui au contraire estiment que l'obligation des associés au passif social est bien *accessoire* : D. LEGEAIS, note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 janvier 2006 (2 esp.) in Rev. sociétés 2006. 540. – F.-X. LUCAS, *Les associés et la procédure collective*, art. précit., spéc. n° 17. – V. aussi du même auteur : note précit. sous Cass. 3^{ème} civ., 23 janv. 2002 in Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2002, n° 5, p. 640, § 142. – note précit. sous Cass. com., 14 janv. 2004 in Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2004, n° 5, p. 717, § 141. – M.-H. MONSÉRIÉ-BON et L. GROSCLAUDE, obs. pour Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 2006 (2^{ème} esp.) in RTD com. 2006. 432.

⁶⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 2006 précit. : Bull. civ. 1, n° 15, p. 15 ; Bull. Joly soc., 2006, n° 6, p. 818, § 171, note Y. Dereu ; D. 2006. 2660, note F. Bicheron ; *ibid.* 2007. 267, obs. J.-Cl. Hallouin ; RTD com. 2006. 419, obs. C. Champaud et D. Danet ; *ibid.* 432, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; Rev. sociétés 2006. 540, obs. D. Legeais.

Cet arrêt est à rapprocher d'un qui a été rendu le même jour relativement à une société en nom collectif, v. : Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 2006 : Bull. civ. 1, n° 14, p. 14 ; Bull. Joly soc., 2006, n° 6, p. 818, § 171, note Y. Dereu ; D. 2006. 2660, note F. Bicheron ; *ibid.* 2007. 267, obs. J.-Cl. Hallouin ; Rev. sociétés 2006. 540, obs. D. Legeais ; RTD com. 2006. 419, obs. C. Champaud et D. Danet. Dans cette espèce, un associé en nom collectif avait été condamné à verser à une banque une somme résultant d'une ouverture de crédit

Appliquer ou non l'article 1415 précité constituait dans le litige soumis à la Cour, *un enjeu important*. En effet, cet article qui se rapporte à la communauté légale entre époux, plus précisément, au passif de la communauté, dispose :

« Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres ».

Cette solution, qui a d'ailleurs reçu l'approbation des commentateurs⁶⁴², signifie que l'obligation de l'associé au passif social, *ne constitue pas une sûreté*. Formulé de cette manière, ce constat demeure incomplet, il faut préciser au surplus que l'obligation de l'associé, *ne constitue pas une sûreté au sens de l'article 2287-1 C.C.*

317. – Ce constat est d'une importance majeure car il marque bien la *différence essentielle*, qui sépare l'obligation d'origine légale qui est celle de l'associé, tenu en vertu du contrat de société qui a pour but *l'exercice d'une activité et la répartition des profits ou le partage des pertes*⁶⁴³, et la sûreté d'origine conventionnelle qui est celle de la caution, qui a pour seule fin de *garantir le créancier*⁶⁴⁴. Au surplus cette solution s'appuie sur un argument de texte, l'article 1415 C.C. ne vise *que les emprunts et cautionnements souscrits par un époux*, il est clair que les rédacteurs ont voulu limiter le champ d'application de cette disposition⁶⁴⁵.

consentie à la société en nom collectif en cause qui était défaillante. Ledit associé et son épouse commune en biens reprochaient aux juges du fond d'avoir prononcé cette condamnation en violation de l'article 1415 C.C. dont il résulte qu'un époux ne peut engager des biens communs par un cautionnement ou un emprunt sans avoir obtenu le consentement exprès de l'autre. La Cour de cassation rejette péremptoirement cette assimilation de l'obligation aux dettes d'une société en nom collectif à celle d'un cautionnement. La solution ainsi donnée conforte et donne une valable justification à celle qui a été donnée dans la deuxième espèce, rendue le même jour, et qui est relative à des associés d'une société civile. En effet, si l'on part du fait que la subsidiarité de l'obligation au passif social des associés de ce type de sociétés est *plus importante* que celle qui se rattache à l'obligation des associés des sociétés en nom collectif, et que la jurisprudence a décidé que l'obligation de ceux-ci ne peut aucunement être assimilé à un cautionnement, *à plus forte raison il doit en être de même par rapport aux associés de sociétés civiles*.

⁶⁴² V. par ex. : F. BICHERON, obs. pour Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 2006 (2 esp.) in D. 2006. 2660, spéc. n^{os} 1 et 6. – Y. DEREU, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 2006 (2 esp.) in Bull. Joly soc., 2006, n^o 6, p. 818, § 171. – J.-Cl. HALLOUIN, obs. précit. in D. 2007. 267. – D. LEGEAIS, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 janvier 2006 (2 esp.) in Rev. sociétés 2006. 540. – M.-H. MONSÉRIÉ-BON et L. GROSCLAUDE, obs. précit. pour Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 2006 (2^{ème} esp.) in RTD com. 2006. 432.

⁶⁴³ F. BICHERON, obs. précit. in D. 2006. 2660, spéc. n^o 5. – D. LEGEAIS, note précit. in Rev. sociétés 2006. 540.

⁶⁴⁴ F. BICHERON, obs. précit. in D. 2006. 2660, spéc. n^o 5. – D. LEGEAIS, note précit. in Rev. sociétés 2006. 540.

⁶⁴⁵ D. LEGEAIS, *ibid.* – Rapp. : R. ROUTIER, obs. pour Cass. 1^{ère} civ., 28 nov. 2006 in Lexbase heb. éd. Priv., n^o 243, n^o Lexbase N7238A9X. Cet auteur estime que l'article 1415 en question ne concerne que les « engagements personnels ».

318. – Au vu de ce qui a précédé, nous pensons qu'il est envisageable d'avancer, que l'associé est le *garant de la société*⁶⁴⁶. Il serait recherché en responsabilité et appelé à répondre des dettes sociales en cas de *défaillance de la société*, d'où l'idée de *subsidiarité de son obligation au passif social*.

319. – Par ailleurs, on se demande dans quelle mesure il est possible de se référer, concernant cette question, à la jurisprudence rendue à propos des associés des sociétés en nom collectif. En effet, la cour d'appel de Paris avait eu l'occasion de se prononcer sur cette question dans un arrêt très remarqué, rendu le 9 septembre 2003⁶⁴⁷. Elle y affirma que « *l'engagement de l'associé en nom collectif (...) ne peut, en toute hypothèse, être assimilé à celui d'une caution* ». Soulignons ici l'emploi de la formule « en toute hypothèse », qui marque que l'affirmation est *absolue* et *ne supporte pas de tempéraments*. Une interrogation s'impose ici : on peut se demander si la solution vaut également pour les associés de sociétés civiles. Dans la réponse à cette question, doit être pris en considération le fait que la subsidiarité qui gouverne l'obligation de ceux-ci aux dettes sociales est *d'un degré plus important que celle qui gouverne l'obligation des associés en nom aux dettes sociales*⁶⁴⁸.

Et avant que ne soit rendu l'arrêt précité du 9 septembre 2003, la cour de Paris s'était déjà prononcée dans un arrêt du 8 octobre 1999⁶⁴⁹, sur *la nature de l'obligation* au passif social des associés en nom. Elle y a affirmé, dans un attendu de grande portée doctrinale, que les associés en nom « ne sont pas codébiteurs de la société ».

320. – Nous pensons que la solution posée par l'arrêt du 9 septembre 2003, peut être *valablement transposée* au régime applicable aux associés de sociétés civiles. La différence qui sépare l'obligation de ceux-ci au passif social et celle qui pèse sur les associés en nom étant, tout simplement, *une différence de degré et non une différence de nature*⁶⁵⁰ ; cette réalité milite en faveur d'une *analogie* dans l'application des solutions admises par la jurisprudence quant à la comparaison qu'on

⁶⁴⁶ V. qui soutiennent cette opinion : P. Le CANNU, note précit. sous Cass. com., 25 nov. 1997 in Bull. Joly soc. 1^{er} fév. 1998, n° 2, p. 156, § 57. – F.-X. LUCAS, note précit. sous Cass. 3^{ème} civ., 23 janv. 2002 in Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2002, n° 5, p. 640, § 142. – F. MAGNIN, *op. cit.*, p. 4. – F. PÉROCHON, note précit. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n° 1.

V. qui cependant considère qu'il s'agit ici d'un « mécanisme légal original, *sui generis* » : Y. DEREU, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 2006 (2 esp.) in Bull. Joly soc., 2006, n° 6, p. 818, § 171.

⁶⁴⁷ CA Paris, 9 sept. 2003 : Bull. Joly soc., 1^{er} fév. 2004, n° 2, p. 395, § 71, note F.-X. Lucas.

⁶⁴⁸ Sur cette question, v. *supra* n°s 257 et s.

⁶⁴⁹ CA Paris, 8 oct. 1999 précit. : JurisData n° 1999-111534 ; Bull. Joly soc. 2000, p. 93, § 18, note P. Le Cannu ; D. 2000, jur. 583, note D. Fiorina ; JCP E 1999, n° 47, p. 1851. Sur l'attendu de cet arrêt, v. *infra* n° 360 et note 714.

⁶⁵⁰ Sur cette question, v. *supra* n°s 257 et s. et *infra* n° 422.

serait tenté de faire entre l'obligation des associés au passif social et celle de la caution, comparaison dictée par la subsidiarité qui caractérise ces deux types d'obligations, et qui, quelque peu, *les rapproche l'un de l'autre*.

Et l'enseignement qui découle de l'arrêt précité du 8 octobre 1999 peut valablement nous *inspirer* sur la nature de l'obligation des associés de sociétés civiles ; un commentateur de l'arrêt ayant considéré que les associés sont des *garants* de la société⁶⁵¹, opinion qui – bien entendu – ne peut être qu'approuvée.

321. – En somme, nous pouvons affirmer que les décisions de la Cour de cassation des 28 mars 2001 et 17 janvier 2006 et celle de la cour de Paris du 9 septembre 2003, *se complètent* pour que soit admise la solution selon laquelle, *l'obligation des associés aux dettes sociales ne saurait être assimilée à un acte de cautionnement*.

Nous avons étudié dans ce qui a précédé le régime relatif aux obligations aux dettes sociales dans les sociétés civiles (de droit commun) régies par l'article 1858 C.C., l'obligation au passif social des membres de ces groupements étant soumise à l'exigence des vaines et préalables poursuites contre la société. Dans ce qui va suivre seront étudiés les régimes juridiques des groupements dont l'obligation des associés au passif social est soumise à l'exigence de la *simple mise en demeure préalable*.

Sous-chapitre 2 : Les groupements soumis à l'exigence de la mise en demeure préalable : illustration d'une subsidiarité atténuée.

322. – Seront étudiés les régimes de l'obligation aux dettes sociales des associés dans les groupements soumis, *simplement*, à l'exigence de la *mise en demeure préalable*. Il s'agit de certaines sociétés civiles autres que de droit commun, notamment des sociétés civiles de construction-vente et des sociétés civiles professionnelles. Y sont également soumises, les sociétés en nom collectif et les groupements d'intérêt économique. Le Titre neuvième du Code civil, qui a été modifié par la loi du 4 janvier 1978 et qui commence à l'article 1832 C.C. ne concerne que la société civile de droit commun, étudiée précédemment. Ce titre réserve l'existence et l'application de régimes particuliers à certaines sociétés, c'est ainsi que l'article 1834 C.C. dispose :

⁶⁵¹ P. Le CANNU, note sous l'arrêt rapporté in Bull. Joly 2000, § 18, p. 99.

« Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toutes les sociétés, s'il n'en est autrement disposé par la loi en raison de leur forme ou de leur objet ».

323. – En effet, à côté de ce régime de droit commun, existe une diversité de groupements civils, ceux-ci correspondant à une multiplicité de régimes d'obligation au passif social. Mais comme nous l'avons déjà dit, tous ces régimes ont en commun – à la différence des sociétés civiles de droit commun –, de conditionner l'obligation au passif social à *la mise en demeure du groupement*. Ce qui les sépare, c'est l'étendue de la responsabilité des membres et ses modalités ; elle peut varier d'une responsabilité indéfinie ou limitée à un montant ou à un multiple des apports ou encore d'une responsabilité solidaire ou non solidaire.

Cette diversification tient à *l'objet* des divers types de sociétés civiles et non à leur forme⁶⁵². Le législateur attribue à telle ou telle société civile créée en vue d'une activité déterminée, un régime qui convient à sa nature⁶⁵³. Cette variété de règles est voulue dans le but d'instaurer, pour chaque société civile, un régime de l'obligation au passif respectueux des intérêts en jeu⁶⁵⁴.

324. – Ceci dit, nous examinerons l'incidence de l'exigence de la *mise en demeure préalable* sur la notion de subsidiarité appliquée à l'obligation au passif social des membres de ces groupements.

Nous essaierons, dans une première section, d'étudier les solutions et les règles communes, celles qui s'appliquent à tous les groupements où la responsabilité des membres est subordonnée à la mise en demeure préalable de ceux-ci. Puis dans une seconde section, nous envisagerons celles qui sont spécifiques à chaque type de groupement étudié individuellement.

Section 1^{ère} : Les questions soulevées pour tous les groupements.

325. – Il existe un certain nombre de questions qui se posent par rapport à tous les groupements étudiés dans cette sous-partie de l'étude. L'existence de ces questions est déterminée par ce que ces différents groupements ont entre eux de commun ; il s'agit notamment de la mise en demeure. Celle-ci est – comme cela a déjà été vu – exigée comme *préalable* à la poursuite des associés pour les dettes sociales. Il s'agit aussi, comme il en a été pour les groupements soumis à l'exigence

⁶⁵² D. GIBIRILA, art. précit., n° 24.

⁶⁵³ D. GIBIRILA, *ibid.*, n° 24.

⁶⁵⁴ D. GIBIRILA, *ibid.*, n° 24.

de la vaine et préalable poursuite, de la nécessité du caractère social de la dette, objet des poursuites. Puis sera envisagée, la qualité d'associé, *donnée indispensable* à cette construction. Examinons successivement, dans trois sous-sections, ces questions ainsi déterminées.

Sous-section 1^{ère} : La mise en demeure préalable.

326. – L'exigence de mise en demeure préalable auxquels sont soumis tous les groupements étudiés dans cette partie crée une *certaine analogie* entre les différents régimes qui leur sont applicables, mais, surtout, établit entre eux une *homogénéité* quant à la notion de subsidiarité qui caractérise l'obligation aux dettes sociales des membres de ces groupements. C'est ainsi que nous avons pu dire, que cette subsidiarité est *de moindre degré* que celle qui s'applique à l'obligation au passif social des membres de groupements soumis à l'exigence de la vaine et préalable poursuite⁶⁵⁵.

327. – Il convient de préciser en premier, même si *a priori* ceci semblerait aller de soi, que pour qu'un créancier social puisse valablement se prévaloir de l'application de la *simple mise en demeure préalable*, il faut que la preuve soit rapportée que le groupement poursuivi est au nombre de ceux qui sont soumis à cette exigence légale⁶⁵⁶, *et non à toute autre*, pourrions-nous ajouter. Ce point soulève par ailleurs la question de la diversité d'objets des sociétés civiles et la diversité des régimes juridiques qui s'ensuit⁶⁵⁷.

328. – La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler l'exigence légale de mise en demeure préalable, et de mettre ainsi en relief son caractère indispensable dans l'ouverture de la voie devant la poursuite des associés⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ En ce sens : F.-X. LUCAS, *Les associés et la procédure collective*, *op. cit.*, n° 30. – D. GIBIRILA, note précit. sous Cass. com., 24 janv. 2006 in Pet. Aff. 28 avr. 2006, n° 85, p. 14. – F. PÉROCHON, note précit. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n° 5.

⁶⁵⁶ Cass. 3^{ème} civ., 15 mars 2006 : Bull. civ. 3, n° 70, p. 59 ; Constr.-Urb., n° 5, mai 2006, comm. 106, note D. Sizaire.

⁶⁵⁷ V. qui soulève de manière *incidente* cependant, la question de la diversité de formes des sociétés civiles : Cass. com., 20 nov. 2001 : Bull. civ. 4, n° 184, p. 177 ; RTD com. 2002. 119, note M.-H. Monsérié-Bon. Soulignons en effet que, bien que la société en cause soit une société civile immobilière, il a été fait application de l'article L. 211-1 C. const. habit., applicable – en principe – aux sociétés civiles de construction-vente, la Cour de cassation ayant indiqué que cette application *n'est pas contestée par le pourvoi*. Il est vrai que la confusion peut régner en ce domaine, car la désignation de société civile immobilière est utilisée pour différentes formes de sociétés intervenant dans le secteur immobilier, v. : M.-H. MONSÉRIÉ-BON, obs. pour l'arrêt in RTD com. 2002. 119.

⁶⁵⁸ V. par ex. pour le cas d'une société en nom collectif : Cass. 3^{ème} civ., 5 déc. 2001 : Dr. sociétés 2002, comm. 29, obs. F.-X. Lucas ; Lexbase heb. éd. Aff., n° 4, 3 janv. 2002, n° Lexbase N1602AAL, obs. L. Tomasini. En l'espèce, la société dont le gérant est une personne morale, a acquis la propriété d'un groupe d'immeubles. L'assemblée générale des copropriétaires a par la suite, décidé de faire effectuer des travaux dans une partie des immeubles. Plusieurs acquéreurs d'immeubles avaient alors assigné celle-ci, son gérant

329. – Au surplus, pour que la mise en demeure ouvre la voie à la poursuite contre les associés, il faut qu'elle soit restée *infructueuse*. Ceci constitue la condition *nécessaire et suffisante* de la poursuite. Il faut insister sur l'exigence du *caractère infructueux* de la mise en demeure, savoir qu'elle doit être restée *sans résultat* quant au recouvrement de la dette⁶⁵⁹.

Et la jurisprudence a eu l'occasion de statuer sur la question du caractère infructueux de la mise en demeure. Ainsi, il a été décidé qu'une mise en demeure *n'est pas restée infructueuse*, lorsqu'a été rendu un jugement qui a décidé de la *continuation* de l'activité de la société débitrice et, arrêté un plan de redressement prévoyant *le remboursement de la créance objet de la poursuite en huit ans*⁶⁶⁰.

330. – Il convient encore d'insister sur le fait que la mise en demeure constitue une condition *nécessaire et suffisante*, ouvrant la voie à la poursuite des associés pour le passif social. En ce sens que, toute autre condition que les juges ajoutent à cette condition, est constitutive d'une *violation de loi*.

La jurisprudence a eu l'occasion de préciser cette règle ; ce fut à propos d'une société civile de construction-vente qui était dans la situation de liquidation judiciaire. La Cour de cassation a énoncé que, « *l'action en paiement dirigée contre un associé n'est pas subordonnée à la preuve de l'admission de la créance au passif de la société en liquidation des biens* »⁶⁶¹. Donc, si la déclaration de la créance est *nécessaire et suffisante* au regard du droit des procédures collectives, *l'admission de*

ainsi son mandataire exclusif de vente, en leur reprochant de leur avoir dissimulé au moment de la vente de ces immeubles l'existence de cette nécessité de travaux importants, et de leur avoir ainsi causé par dol un préjudice dont ils demandent réparation. Les acquéreurs, demandeurs en cassation soutenaient que l'assignation en justice, signifiée par huissier, pratiquée par eux contre la société, valait donc mise en demeure par acte extrajudiciaire, et que ceci constituait donc sa mise en demeure, restée infructueuse. Ils prétendaient donc que la formalité édictée par l'article 10 de la loi du 24 juillet 1966 avait été respectée, ce qui les autorisait à poursuivre paiement de leur créance auprès d'un associé de la société en nom collectif. La Cour de cassation a relevé qu'ils n'avaient pas respecté la formalité édictée par le second alinéa de l'article L. 221-1 C. com., anciennement l'article 10 de la loi du 4 juillet 1966, et que leur demande en paiement des dettes contre les associés et mandataire était donc irrecevable. Et elle rejeta le pourvoi. V. aussi pour le cas d'un groupement d'intérêt économique : Cass. com., 9 mai 2001, n° de pourvoi : 98-18.216.

⁶⁵⁹ V. par ex. pour le cas d'une société civile de construction-vente : Cass. 3^{ème} civ., 25 mai 1976 : Bull. civ. 3, n° 225, p. 173. En l'espèce, l'arrêt prend soin de très pertinemment relever, « qu'il résulte de l'état hypothécaire que les biens de la société sont grevés d'hypothèques ou privilèges dépassant très largement leur valeur ». – V. aussi : CA Paris, 5 mars 2003 précit. : Dr. sociétés 2004, comm. 4, p. 16, obs. F.-X. Lucas.

⁶⁶⁰ Cass. 3^{ème} civ., 23 fév. 2000 : Bull. civ. 3, n° 43, p. 29 ; Rép. Def. 2000, art. 37243, p. 1188, § 6, obs. J. Honorat ; Bull. Joly 2000. 615, note P. Le Cannu ; RJ com. 2001, n° 3, p. 70, obs. J. Perrouin ; RTD com. 2000. 681, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; RD bancaire et fin. 2000, n° 123, p. 178, obs. F.-X. Lucas.

⁶⁶¹ Cass. 3^{ème} civ., 14 fév. 2007 : Bull. civ. 3, n° 24 ; Bull. Joly soc., 1^{er} juin 2007, n° 6, p. 705, note F. Kenderian ; Lexbase heb. 2007, éd. Gén., n° 252, n° Lexbase N3323BAC, note M. Parmentier ; *ibid.*, n° 289, du 24 janv. 2008, n° Lexbase N8373BDH, note J.-B. Lenhof ; Pet. Aff. 12 juin 2007, n° 117, p. 19, note Ch. Lebel ; RTD com. 2007. 396, note M.-H. Monsérié-Bon.

la créance n'est en revanche pas requise⁶⁶². Mais l'admission des créances est insuffisante au regard du droit des sociétés, qui requiert que le créancier établisse que la mise en demeure adressée à la société s'est révélée *infructueuse*⁶⁶³.

331. – Cette solution doit être approuvée, elle a cependant besoin d'être *nuancée*. Il faut prendre en considération le cas particulier de la société mise en liquidation ou en redressement judiciaire. C'est alors que commentant cette solution, un auteur a justement précisé qu'à la mise en demeure, s'ajoute *effectivement* une condition pour que la poursuite des associés puisse valablement se faire. Ainsi, si la société est en redressement ou en liquidation judiciaire, le créancier doit avoir, dans les délais, *déclaré sa créance au passif*, à défaut de procéder à ceci, il *perd* son recours à l'encontre des associés⁶⁶⁴. En revanche, insistons encore sur le fait qu'il n'est *point nécessaire* que la créance sociale ait été admise au passif de la société pour que la poursuite des associés puisse prospérer⁶⁶⁵. Autrement dit, la déclaration de créance constitue la condition « nécessaire et suffisante » à l'ouverture de l'action en paiement contre les associés⁶⁶⁶.

332. – Donc, au vu de ce qui a précédé, on peut déduire que si la mise en demeure constitue *toujours* une condition nécessaire et suffisante à l'ouverture de l'action en paiement contre les associés pour le passif social, elle subit néanmoins des aménagements, *nécessités par la spécificité du droit des entreprises en difficulté*.

Nous pensons que cette solution peut être valablement généralisée à tous les groupements soumis à l'exigence de la mise en demeure préalable lorsqu'ils sont dans la situation de liquidation judiciaire, car elle se rapporte à une règle générale *d'interprétation de la loi*.

333. – L'étude de la mise en demeure requiert d'aller également plus loin, elle permettra – comme nous le verrons – de démontrer qu'il existe des *liens étroits* entre

⁶⁶² Y. DEREU, note sous Cass. 3^e civ., 12 sept. 2007 in Bull. Joly soc., 1^{er} janv. 2008, n° 1, p. 26. – M.-H. MONSÉRIÉ-BON, obs. pour Cass. 3^e civ., 14 fév. 2007 in RTD com. 2007. 396 et les réf. citées.

⁶⁶³ M.-H. MONSÉRIÉ-BON, *ibid.*, 396 et les réf. citées.

⁶⁶⁴ Cette solution a été clairement affirmée à propos, notamment, d'une société civile de construction-vente : Cass. com., 20 fév. 1996 : Bull. civ. 4, n° 59, p. 46 ; D. 1996, somm. 337, obs. A. Honorat ; Rép. Def. 1996, art. 36448, § 155, p. 1428, obs. Ch. Atias ; Rev. sociétés 1996. 836, note A. Honorat. V. qui approuvent cette solution : F. KENDERIAN, note précit. sous Cass. 3^e civ., 14 fév. 2007 in Bull. Joly soc., 1^{er} juin 2007, n° 6, p. 705, spéc. n° 5. – Ch. LEBEL, note sous Cass. 3^e civ., 14 fév. 2007 in Pet. Aff. 12 juin 2007, n° 117, p. 19. – M. PARMENTIER, note sous Cass. 3^e civ., 14 fév. 2007 in Lexbase heb. 2007, éd. Gén., n° 252, n° Lexbase N3323BAC.

Sur cet arrêt et les questions qu'il soulève, v. *infra* n° 441 et note 890.

⁶⁶⁵ Rapp. : M. PARMENTIER, note précit. sous Cass. 3^e civ., 14 fév. 2007 in Lexbase heb. 2007, éd. Gén., n° 252, n° Lexbase N3323BAC.

⁶⁶⁶ Ch. LEBEL, note précit. sous Cass. 3^e civ., 14 fév. 2007 in Pet. Aff. 12 juin 2007, n° 117, p. 19. – Ch. SIZAIRE, obs. pour Cass. com., 13 fév. 2007 in Constr.-Urb. 1^{er} juin 2007, n° 6, comm. 117.

le régime de la mise en demeure et la notion de subsidiarité. Il s'agit plus précisément de mesurer l'incidence de ce régime sur la plus ou moins grande difficulté à rechercher l'obligation des membres des groupements aux dettes sociales, d'où l'existence d'un lien avec la subsidiarité et par conséquent de l'importance de celle-ci. Mais avant d'étudier le régime juridique de la mise en demeure (par. 2), il convient de commencer par l'étude de la notion de mise en demeure (par. 1^{er}).

Par. 1^{er} : La notion de mise en demeure.

334. – De prime abord, il semblerait quelque peu surprenant de parler de *notion* de mise en demeure. On serait naturellement enclin à penser que cette exigence légale *est insusceptible de conceptualisation*.

Or, ceci n'est qu'une première impression. Et la mise en demeure *pourrait valablement être conceptualisée*. Nous voulons l'étudier du point de vue notionnel pour, en premier lieu, faire la comparaison avec celle de vaines poursuites et, en second lieu, examiner en quoi la mise en demeure pourrait nous renseigner sur le *degré* de subsidiarité qui se rattache à l'obligation au passif social des membres des sociétés et groupements soumis à cette exigence. Celle-ci ayant pour but de constater la carence du groupement débiteur de la dette, objet de la réclamation, elle ouvrirait la voie à la poursuite des associés et membres pour cette dette.

335. – Dans le Code civil, une définition en est donnée à l'article 1139. Selon cet article, la mise en demeure est réalisée « par une sommation ou par un autre acte équivalent, telle une lettre missive lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante ».

Ce texte général ne renseigne cependant pas sur la présente question et ne peut y être appliqué, doit donc être consulté le texte de droit spécial, *seul applicable*, à la matière ; il s'agit de l'article L. 221-1, al. 2 C. com.

Le texte de l'article L. 221-1, al. 2 C. com. qui régit cette matière et auquel la jurisprudence a reconnu un *caractère d'ordre public*⁶⁶⁷, est clair, et dispose que la mise en demeure devait se faire « par acte extrajudiciaire »⁶⁶⁸.

336. – Cette règle a été affirmée par la Cour de cassation⁶⁶⁹. Celle-ci a eu l'occasion de préciser la notion d'acte extrajudiciaire ; et d'ainsi définir ce que constitue un acte extrajudiciaire, *au sens de l'article L. 221-1, al. 2 C. com.*

Elle a décidé qu'un commandement de payer, *ne répond pas aux exigences de l'article L. 221-1, al. 2 précité*⁶⁷⁰.

La Cour de cassation a également décidé, qu'une mise en demeure notifiée conformément aux dispositions des articles R. 256-6 et R. 257-1 LPF ne répondait pas non plus aux exigences de ce même article, L. 221-1, al. 2 C. com.⁶⁷¹

337. – Poursuivant encore la construction de sa doctrine sur la mise en demeure, la Cour de cassation a décidé, dans une espèce où il était allégué que la sommation de payer adressée à la société débitrice ressortait sans ambiguïté des

⁶⁶⁷ La Cour de cassation a clairement qualifié ledit article L. 221-1, al. 2, de *disposition d'ordre public*, v. : Cass. 3^{ème} civ., 12 déc. 1990 : Bull. civ. 3, n° 264, p. 149.

⁶⁶⁸ Sur le texte de l'article L. 221-1, al. 2 C. com., v. *infra* n° 342.

⁶⁶⁹ V. par ex. : Cass. com., 14 juin 2000 : Dr. sociétés 2000, comm. 127, obs. D. Vidal.

⁶⁷⁰ Cass. com., 17 janv. 2006 : Dr. sociétés 2006, comm. n° 62, note J. Monnet.

⁶⁷¹ Deux arrêts du même jour, v. : Cass. com., 20 fév. 2007 : Bull. Joly soc., 1^{er} juin 2007, n° 6, p. 762, § 204, note P. Scholer ; Dr. sociétés 2007, comm. 78, note J. Monnet ; Lexbase heb. n° 251, du 8 mars 2007, éd. fiscale, n° Lexbase N2918BAC. – Cass. com., 20 fév. 2007 : Bull. Joly soc., 1^{er} juin 2007, n° 6, p. 762, § 204, note P. Scholer ; JCP (E) n° 30, 26 juill. 2007, 1967, p. 55 ; Lexbase heb. n° 251, du 8 mars 2007, éd. fiscale, n° Lexbase N2918BAC. Selon l'article R. 256-6 LPF, la notification de l'avis de mise en recouvrement au redevable se fait par l'envoi d'une lettre recommandée. Si cette lettre n'a pas pu, pour quelque cause que ce soit, être remise au redevable destinataire, il doit être demandé à la poste de renvoyer au service compétent, le pli non distribué. Dans cette éventualité, le pli renvoyé reste déposé au service compétent. L'article prévoit qu'il peut en être délivré copie à tout moment au redevable. Cet article donne également une *option* pour l'accomplissement de cet envoi, il permet que « la notification de l'avis de mise en recouvrement puisse être effectuée par le ministère d'un huissier ». Elle sera alors, selon le dernier alinéa de cet article, soumise aux règles de signification des actes d'huissier. Si cette dernière disposition se rapproche du régime juridique institué par l'article, L. 221-1, al. 2 C. com. en question, *elle ne constitue cependant qu'une option ouverte à l'Administration fiscale et ne s'impose pas à celle-ci de manière impérative.*

Du temps où l'arrêt a été rendu, R. 257-1 LPF se présentait ainsi :

« La mise en demeure mentionnée à l'article L. 257 comporte les éléments nécessaires à l'identification du ou des avis de mise en recouvrement dont elle procède (...).

Lorsque la mise en demeure est notifiée par lettre recommandée, cette notification est effectuée selon la procédure prévue à l'article R. 256-6. Elle produit ses effets dans les conditions prévues à l'article R. 256-7 ».

L'article R. 256-7 quant à lui dispose que :

« L'avis de mise en recouvrement est réputé avoir été notifié :

a) Dans le cas où l'« ampliation » a été effectivement remise par les services postaux au redevable ou à son fondé de pouvoir, le jour même de cette remise ;
b) Lorsque la lettre recommandée n'a pu être distribuée du fait du redevable, le jour où en a été faite la première présentation ».

Nous pouvons voir qu'aucun des articles R. 256-6 et R. 257-1 LPF n'adopte la conception de mise en demeure telle que adoptée par l'article L. 221-1, al. 2 C. com. précité. Il s'agit de procédures spéciales de recouvrement de créances de nature fiscale, *qui ne sauraient faire échec aux dispositions impératives de celui-ci.*

termes de la lettre recommandée avec avis de réception, *qu'un acte extrajudiciaire ne peut émaner que d'un huissier de justice*⁶⁷². Et, qu'une assignation signifiée par acte d'huissier ne valait pas mise en demeure au sens de l'article L. 221-1, al. 2 C. com.⁶⁷³.

338. – La consolidation de ce courant de jurisprudence s'est par la suite faite par un arrêt très remarqué de la cour de Rennes du 24 octobre 2002⁶⁷⁴. Cet arrêt, après avoir rappelé que l'article 10 de la loi du 24 juillet 1966, dispose que les créanciers de la société ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé, qu'après avoir vainement mis en demeure la société par acte extrajudiciaire, énonce clairement, *« qu'il est de jurisprudence constante qu'un acte extrajudiciaire ne peut émaner que d'un huissier de justice, on ne saurait lui substituer une lettre recommandée avec accusé réception »*.

339. – Malgré ce courant jurisprudentiel assez homogène, il est possible de trouver des arrêts qui statuent en sens contraire. C'est ainsi qu'un arrêt de la cour de Paris du 2 juillet 1993 a décidé, *« qu'il résulte des termes de l'article 152 C. com., que l'échéance d'une lettre de change vaut, par elle-même, mise en demeure et qu'elle fait courir les intérêts de la traite impayée »*⁶⁷⁵. Cette doctrine est critiquable, et ceci pour deux raisons. En premier lieu, parce que l'article 152 C. com. ne résout pas un problème général de mise en demeure mais le problème particulier du point de départ du cours des intérêts⁶⁷⁶, il ne saurait donc être appliqué à la question de la poursuite des associés en nom pour le passif social, question qui intéresse le droit des sociétés dans sa généralité. Et en second lieu, et surtout, parce que l'article 10 de la

Il est compréhensible donc que la jurisprudence refuse de considérer que les articles R. 256-6 et R. 257-1 LPF répondent aux exigences posées par l'article L. 221-1, al. 2 précité, et ces décisions sur cette question ne peuvent être qu'approuvées.

⁶⁷² Cass. com., 1^{er} juin 1993 : Bull. Joly soc., 1^{er} oct. 1993, n° 10, p. 1044, § 302, note J.-J. Daigre.

⁶⁷³ V. de manière implicite cependant : Cass. 3^{ème} civ., 5 déc. 2001 précit. : Dr. sociétés 2002, comm. 29, obs. F.-X. Lucas ; Lexbase heb. éd. Aff., n° 4, 3 janv. 2002, n° Lexbase N1602AAL, obs. L. Tomasini.

⁶⁷⁴ CA Rennes, 24 oct. 2002, n° de RG : 01/06368.

⁶⁷⁵ CA Paris, 2 juill. 1993 : Bull. Joly soc., 1^{er} oct. 1993, n° 10, p. 1046, § 303, note J.-J. Daigre. En l'espèce, un associé d'une société en nom collectif avait cédé ses parts le 21 décembre 1992. Antérieurement à cette cession, des effets de commerce ont été créés le 25 septembre 1992. Les échéances de ces effets de commerce s'échelonnaient entre le 25 septembre et le 28 décembre 1992. Ainsi, l'arrêt relève que même si la dernière échéance est postérieure à la cession de parts susvisée, la naissance de la dette lui est très largement antérieure. Une ordonnance de référé avait condamné l'associé cédant solidairement avec la société et deux des associés de celle-ci, au paiement des effets de commerce. La cour de Paris a confirmé ladite ordonnance, après s'être basée sur l'article 152 C. com., décidant que l'échéance d'une lettre de change vaut, par elle-même, mise en demeure.

⁶⁷⁶ J.-J. DAIGRE, note sous l'arrêt rapporté in Bull. Joly soc., 1^{er} oct. 1993, n° 10, p. 1046, § 303.

loi du 24 juillet 1966, *texte spécial*, précise que la mise en demeure de la société *doit être réalisée par acte extrajudiciaire*⁶⁷⁷.

340. – Donc, on peut déduire que, pour satisfaire aux exigences de l'article 10 de la loi du 24 juillet 1966, inséré dans l'article L. 221.1 C. com., *il faut une mise en demeure expresse et délivrée par huissier*⁶⁷⁸. Il s'agit d'un formalisme assez rigoureux visant à la protection des associés en nom.

La conception adoptée par l'article L. 221.1 précité est bien loin du libéralisme et de la souplesse de formes qui caractérise l'article 1139 C.C. précité⁶⁷⁹.

341. – En ce qui concerne les groupements d'intérêt économique soumis par l'article 4 de l'ordonnance précitée du 23 septembre 1967, devenu article L. 251-6 C. com., également à la mise en demeure préalable pour la responsabilité des membres du groupement pour le passif social, on pourrait se demander si c'est *la même conception* de mise en demeure qui s'applique également à ce type de groupement, eu égard à son caractère spécifique qui le distingue des sociétés⁶⁸⁰. Sur ce point, le ministère de la Justice a, dans une réponse ministérielle du 19 juillet 1975, précisé que la mise en œuvre de cette responsabilité est, *comme dans les sociétés en nom collectif*, subordonnée à une mise en demeure préalable du groupement par acte extrajudiciaire, c'est-à-dire par exploit d'huissier⁶⁸¹. Et le ministre d'ajouter, ce qui est le plus important dans la présente perspective de notion de mise en demeure, *qu'il ne paraît pas souhaitable de déroger aux principes généraux de la solidarité en faveur des membres du groupements d'intérêt économique à la marche duquel ils sont normalement étroitement associés*. Ceci nous amène à déduire que c'est *la même conception de mise en demeure*, qui s'applique aux GIE. Ce qui constitue une solution logique et défendable, et assure la *cohérence* des régimes juridiques des différents groupements auxquels s'applique l'exigence de mise en demeure préalable.

Après l'étude de la notion de mise en demeure, nous étudierons dans ce qui suit le régime juridique de celle-ci.

Par. 2 : Le régime juridique de la mise en demeure.

⁶⁷⁷ J.-J. DAIGRE, *ibid.*

⁶⁷⁸ J.-J. DAIGRE, *ibid.*

⁶⁷⁹ Sur les différentes formes que peut avoir la mise en demeure selon ledit article 1139, v. : D. ALLIX, *Réflexions sur la mise en demeure*, JCP 1977. 1. 2844, spéc. n^{os} 43 à 45.

⁶⁸⁰ Pour un essai de définition de l'entité des groupements d'intérêt économique, v. *infra* n^{os} 441 et s.

⁶⁸¹ Rép. min. n^o 20728 : JOAN Q, 19 juill. 1975, p. 5306.

342. – En ce qui concerne le régime applicable en droit français à la mise en demeure de la société en nom collectif, il faut se référer à l'article L. 221-1, al. 2 C. com., texte étant à l'origine l'article 10 de la loi du 24 juillet 1966, qui dispose que : « Les créanciers de la société ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé, qu'après avoir vainement mis en demeure la société par acte extrajudiciaire ». Par ailleurs, il résulte de l'article 15 du décret d'application de la loi de 1966 en date du 23 mars 1967, que le créancier peut considérer que la mise en demeure est demeurée vaine si, dans les huit jours qui la suivent, la société n'a pas payé ou constitué garantie.

343. – En ce qui concerne le régime de la mise en demeure applicable aux sociétés civiles de construction-vente, il faut se référer aux dispositions de l'article 2, al. 2 de la loi du 16 juillet 1971. Ce texte reprend *textuellement* les dispositions de l'article L. 221-1, al. 2 C. com. précité. Il est donc inutile de le reproduire ici.

Le décret n° 72-1235 du 29 décembre 1972 portant application du titre premier de la loi du 16 juillet 1971, n'a pas – à la différence du décret du 23 mars 1967 susvisé – prévu une disposition analogue à celle qui s'applique aux sociétés en nom collectif, fixant un délai précisé en nombre de jours au-delà duquel la société est considérée être défaillante dans le paiement de la dette.

344. – Cette lacune du décret du 29 décembre 1972 précité fait en sorte que le créancier d'une société civile de construction-vente est dans une situation *beaucoup plus inconfortable* que le créancier d'une société en nom collectif⁶⁸². En effet, le créancier d'une société en nom collectif n'a qu'à attendre l'expiration du délai légal – qui est très court – pour pouvoir agir utilement contre les membres de la société, celui de la société civile de construction-vente se voit dans l'obligation de *prouver* que la mise en demeure qu'il a adressée est effectivement restée infructueuse⁶⁸³. La difficulté réside dans le fait d'en rapporter la preuve. Il est permis d'hésiter, en l'absence d'un délai précis, sur le point de savoir à quoi reconnaître qu'une mise en demeure est demeurée infructueuse⁶⁸⁴. Nous pensons qu'il faut se référer à l'idée de *délai raisonnable*⁶⁸⁵. La détermination de ce délai en jours ou mois se baserait éventuellement sur les usages pratiqués dans chaque milieu⁶⁸⁶. Et il reviendrait au

⁶⁸² R. SAINT-ALARY, obs. pour CA Lyon, 7 nov. 1974 in RTD com. 1975. 323.

⁶⁸³ R. SAINT-ALARY, *ibid.*, p. 323.

⁶⁸⁴ R. SAINT-ALARY, *ibid.*, p. 323.

⁶⁸⁵ P. WALET, *op. cit.*, p. 109, n° 176 et les réf. citées.

⁶⁸⁶ V. : P. WALET, *ibid.*, p. 109, n° 176. Cet auteur estime que le délai ne peut être inférieur à un mois.

juge de déterminer dans chaque litige au vu du délai écoulé, si la mise en demeure *est effectivement restée infructueuse*. Une telle solution recèle assurément l'inconvénient de *l'imprévisibilité*.

345. – Quant aux sociétés civiles professionnelles, elles sont régies sur ce point par l'article 15 de la loi modifiée n° 66-879 du 29 novembre 1966, ses alinéas premier et deuxième, qui disposent que :

« Les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à l'égard des tiers. (...).

Les créanciers de la société ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir vainement mis en demeure la société et à la condition de la mettre en cause ».

Il est significatif de constater ici que, à la différence de l'article L. 221-1, al. 2 C. com. précité applicable à la société en nom collectif, ce texte ne se contente pas d'exiger la mise en demeure de la société mais ajoute qu'il faut également *mettre celle-ci en cause*. On se demande ce qu'il faut entendre par cette expression. Le texte exige-t-il que la société soit actionnée en justice ? Nous ne le pensons pas, et cette expression doit s'entendre comme exigeant que celle-ci soit *sommée de devoir exécuter ses obligations*.

Soulignons également que, c'est sur le *seul* point de l'exigence posée pour la poursuite des associés aux dettes sociales, en l'occurrence la mise en demeure de ceux-ci, que les sociétés civiles professionnelles suivent le *même régime* que les sociétés en nom collectif. Pour le reste, elles empruntent les règles applicables aux sociétés civiles de droit commun ; c'est alors que l'article 30 de la loi précitée du 29 novembre 1966 fait renvoi aux articles 1832 à 1872 C.C., « dans leurs dispositions qui ne sont pas contraires à cette loi ».

346. – Les groupements d'intérêt économique soumis, à l'instar des groupements étudiés dans ce sous-chapitre, à l'exigence de mise en demeure préalable pour la poursuite pour le passif social, sont régis sur ce point par l'alinéa 2 de l'article 4 de l'ordonnance du 23 septembre 1967, devenu l'article L. 251-6 C. com.⁶⁸⁷.

347. – Les règles susmentionnées sur la mise en demeure *cessent* cependant d'être applicables lorsque la société débitrice fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire. Dans un tel cas, celles-ci laissent la place à des règles beaucoup *plus souples* ; et la jurisprudence décide que la déclaration de créance à la

procédure de redressement judiciaire, *vaut mise en demeure*⁶⁸⁸. Il y a alors une *dispense* au profit du créancier de devoir pratiquer une mise en demeure à l'encontre de la société. Et nous pensons que ceci s'explique par l'idée que la situation dans laquelle se trouve la société rend toute mise en demeure *superflue*, lorsque le créancier a pris la précaution de déclarer sa créance à la procédure de redressement ouverte contre la société. S'ajoute à ceci, le fait que la jurisprudence décide avec constance, que la déclaration de créance faite par le créancier à la procédure de redressement judiciaire de la société, *équivalait à une demande en justice*⁶⁸⁹. L'adoption d'une telle conception de la valeur attribuée à la déclaration de créance, *rend logique et parfaitement justifiée la solution admise par la Cour de cassation*⁶⁹⁰.

348. – En droit libanais, le régime juridique de la mise en demeure applicable aux associés des sociétés en nom collectif se différencie du régime juridique qui s'applique aux associés de ce même type de société en droit français. A cet égard, il convient de se référer à l'article 63 C. com. lib. Cet article dispose que :

« Les créanciers sociaux ont une action contre la société, qu'ils doivent préalablement mettre en demeure de les payer, et contre chacun des associés faisant partie de la société au moment où l'engagement a été contracté ; ceux-ci sont tenus solidairement sur leur fortune personnelle ».

Ce texte institue, à l'instar de ce qui en est en droit français, le régime de la mise en demeure préalable de la société en nom collectif, exigée impérativement avant toute poursuite contre les associés. Il ne précise pas en revanche, le délai après l'écoulement duquel la mise en demeure est jugée être infructueuse. L'imprécision du texte sur ce point précis marque sa différence essentielle par rapport à l'article L. 221-1, al. 2 C. com. applicable en droit français.

En revanche, le régime juridique institué par l'article 63 C. com. lib. précité, est nettement comparable à celui qui est applicable aux sociétés civiles de construction-vente régies par la loi du 16 juillet 1971.

⁶⁸⁷ Sur le texte de l'article L. 251-6 C. com., v. *infra* n° 416.

⁶⁸⁸ Cass. 3^{ème} civ., 23 fév. 2000 précit. : Bull. civ. 3, n° 43, p. 29 ; Rép. Def. 2000, art. 37243, p. 1188, § 6, obs. J. Honorat ; Bull. Joly 2000. 615, note P. Le Cannu ; RJ com. 2001, n° 3, p. 70, obs. J. Perrouin ; RTD com. 2000. 681, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; RD bancaire et fin. 2000, n° 123, p. 178, obs. F.-X. Lucas. – V. aussi dans le même sens : Cass. com., 19 déc. 2006 : Bull. civ. 4, n° 262, p. 285 ; Rev. sociétés 2007. 410, note J.-F. Barbièri ; RTD com. 2007. 595, note A. Martin-Serf ; D. 2008. 570, obs. P.-M. Le Corre.

⁶⁸⁹ Sur cette question, v. *supra* n° 256.

349. – Ainsi, les articles 63 C. com. lib. et 2, alinéa 2 de la loi du 16 juillet 1971 applicable aux sociétés civiles de construction-vente ne fixant pas un délai à partir duquel il devient possible de poursuivre les associés pour les dettes sociales, l'absence de précision sur ce point pourrait ouvrir la voie à des litiges. La naissance de litiges à cause de cette lacune textuelle est fort probable, car contrairement à l'exigence des vaines poursuites prévue par l'article 1858 C.C., dont les critères ont été élaborés par la jurisprudence de manière approfondie, et qui a ainsi donné lieu à une conception suffisamment bien déterminée des vaines poursuites en droit positif⁶⁹¹, celle de mise en demeure n'a pas suscité autant la polémique. Et il est alors légitime de se demander quel critère adopter pour considérer la société *défaillante* dans l'exécution de ses obligations et permettre ainsi aux créanciers sociaux de poursuivre les associés sur leurs biens personnels. Nous pensons qu'en l'absence de précision sur le délai, il appartient au juge d'apprécier si le délai écoulé après la mise en demeure préjuge assez de la défaillance de la société. Il lui faut alors se référer à l'idée de *délai raisonnable*.

Après l'étude du régime juridique de la mise en demeure, il nous faut à présent envisager, dans une deuxième sous-section, la question du caractère social de la dette.

Sous-section 2 : La nécessité du caractère social de la dette.

350. – Comme il en a été pour les sociétés civiles en ce qui concerne la nécessité du caractère social de la dette, il en est de même pour les sociétés en nom collectif. C'est ainsi que les créanciers sociaux ne peuvent poursuivre les associés en nom pour le règlement des dettes sociales qu'après avoir prouvé le *caractère social* de la dette objet des poursuites.

351. – Avant que la loi du 24 juillet 1966 n'adopte cette règle, l'ancienne jurisprudence l'avait déjà clairement affirmée⁶⁹², jugeant que *la preuve du caractère*

⁶⁹⁰ La question des régimes applicables aux mesures de poursuites pratiqués contre les groupements faisant l'objet d'une procédure de redressement judiciaire sera plus amplement étudié plus loin, v. *infra* n^{os} 425 et S.

⁶⁹¹ Sur la conception retenue des vaines poursuites, v. *supra* n^{os} 213 et s.

⁶⁹² Cass. req., 14 mai 1890 : D.P. 1891. 1. 241, note A. Boistel. L'arrêt énonce : « *A la vérité pour justifier leur action, les créanciers doivent prouver que les engagements dont ils poursuivent l'exécution contre l'associé en nom collectif, constituent des engagements sociaux et que cette preuve ne peut être faite que contradictoirement avec les représentants de la société* ». – V. dans le même sens les deux arrêts : Cass. civ., 28 mars 1898 : D.P. 1899. 1. 49, note E. Thaller. – Cass. civ., 27 mai 1914 : D. 1921. 1. 121, note L. Lacour. – V. aussi mais de façon moins claire : Cass. req., 3 mai 1926 : D.H. 1926. 298. – V. pour un arrêt d'appel mais qui énonce quand même la solution de façon très claire : CA Douai, 13 nov. 1909 : D.P.

social de la dette devait se faire contradictoirement avec les représentants de la société. La loi de 1966 a en effet, posé, en son article 10 – devenu l'article L. 221-1 C. com. – que les créanciers sociaux poursuivent contre les associés le paiement des *dettes sociales*.

352. – Cette règle fut heureusement réaffirmée dans un arrêt récent se présentant par ailleurs comme une *décision de principe* ; c'est l'arrêt – précité – de la Chambre commerciale du 20 mars 2012, dans lequel la Cour affirme très clairement qu'il incombait au demandeur de *rapporter la preuve de la dette sociale dont il réclamait le paiement*⁶⁹³. La particularité de la solution réside dans le *refus* de la Chambre commerciale de voir dans le titre exécutoire obtenu contre la société, et donc dans le titre cambiaire sous-jacent émis par elle, *la preuve suffisante de l'existence d'une dette sociale*⁶⁹⁴. Il est possible, eu égard aux particularités de l'espèce, qu'on ait l'impression que la solution donnée par l'arrêt du 20 mars 2012 est *particulièrement sévère*. Or une telle impression devait se dissiper, lorsqu'on constate que l'arrêt fait une *transposition* de l'exigence de la preuve du caractère social de l'engagement au cas particulier du porteur de chèque qui, bien qu'excipant d'un moyen cambiaire de paiement, *ne serait pas dispensé de devoir prouver l'existence*

1913. 2. 57, note C. Levillain. Au début de son attendu reproduit *infra* note 786 et sous n° 395, la cour d'appel de Douai énonce que : « (...), *il faut cependant, pour justifier leur action, qu'ils prouvent (les créanciers) d'abord que les engagements dont ils poursuivent l'exécution contre l'associé en nom collectif constituent des engagements sociaux ; que cette preuve ne peut être faite que contre les représentants de la société* ». – V. aussi pour un énoncé très clair de cette même solution : Cass. civ., 24 oct. 1938 : D.H. 1939. 65, où la Cour énonce que : « *Pour justifier l'action qu'il exerce, en vertu de l'art. 22 C. com., contre l'un des membres d'une société en nom collectif, le demandeur doit prouver avant tout que l'engagement dont il poursuit l'exécution constituait un engagement social* ». – V. aussi mais de manière implicite : Cass. req., 6 janv. 1936 : S. 1936. 1. 107.

⁶⁹³ Cass. com., 20 mars 2012 précit. : Bull. civ. 4, n° 61 ; Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2012, n° 5, p. 388, note J.-F. Barbiéri ; Dr. sociétés n° 6, juin 2012, comm. 102, note M. Roussille ; EDCO 1^{er} mai 2012 n° 5, p. 7, obs. M. Caffin-Moi ; Gaz. Pal. 12 avril 2012, n° 103, p. 25 ; Rev. sociétés 2012. 577, note O. Dexant - de Bailliencourt. En l'espèce, une société en nom collectif avait émis un chèque, qui selon certains des associés, le fut en garantie d'un achat de perles de Tahiti. Le bénéficiaire du chèque l'avait aussitôt présenté à l'encaissement, ce fut cependant en vain. Mais il avait attendu huit ans pour se faire délivrer un certificat de non-paiement, rendu exécutoire. Le recours cambiaire contre la société, mise depuis lors en liquidation judiciaire, ayant été infructueux, mais non contesté. Le litige est né un an plus tard du commandement de payer fait aux associés en nom collectif, qui ont répliqué en alléguant *l'inexistence de la créance fondamentale*. La cour d'appel a condamné les associés au paiement de la somme réclamée. Le pourvoi formé par ceux-ci contre la décision qui les avait condamnés s'appuyait tant sur les dispositions de l'article L. 221-1 C. com. que sur celles de l'article 1315 C.C. et, en dernier lieu, sur l'absence de déclaration à la liquidation judiciaire de la société qui, à l'époque, eût emporté extinction de la créance. La cassation est prononcée sous le visa des deux textes précités.

Pour l'attendu de cet arrêt, v. *infra* note 810.

Cet arrêt est au demeurant, intéressant à plus d'un titre, puisqu'il réaffirme la solution selon laquelle le titre exécutoire obtenu contre la société *ne peut valablement constituer un titre exécutoire contre les associés*. Sur cette question, v. *infra* n° 400.

⁶⁹⁴ J.-F. BARBIÉRI, note sous l'arrêt rapporté in Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2012, n° 5, p. 388.

de la créance fondamentale, lorsque celle-ci est contestée⁶⁹⁵. La solution ainsi dégagée doit être approuvée⁶⁹⁶.

353. – La question du caractère social de la dette revêt une plus grande importance lorsqu'est concernée une société faisant l'objet d'une procédure de redressement judiciaire. Dans un tel cas, la décision du juge-commissaire admettant la créance ayant fait l'objet d'une déclaration à la procédure de redressement judiciaire de la société, aura pour effet de *prouver le caractère social de la dette*⁶⁹⁷. Cette solution trouve sa raison d'être dans les spécificités du droit des entreprises en difficulté ; le fait que le juge-commissaire ait admis la créance implique *nécessairement* que celle-ci a fait l'objet de sa part d'un examen de sa validité et – naturellement –, de *son caractère social*.

354. – Il faut surtout préciser que si les associés sont tenus au passif social, ils ne sont tenus *qu'au passif social*.

Et la règle précitée en vertu de laquelle ceux-ci sont tenus des dettes sociales a pour corollaire que l'extinction des engagements de la société, *les libère de ces mêmes engagements*.

La jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer cette règle. C'est notamment le cas d'un arrêt très remarqué de la Chambre commerciale du 25 novembre 1997⁶⁹⁸.

C'est également dans un arrêt du 14 janvier 2004⁶⁹⁹ que cette même formation de la Cour de cassation a décidé que, la renonciation de la banque créancière, par un protocole d'accord portant remise de dettes, à poursuivre la société, débitrice

⁶⁹⁵ J.-F. BARBIÈRI, *ibid*.

Ceci n'est d'ailleurs qu'une application du droit commun de la preuve des obligations régi par l'article 1315 C.C. Sur cet article, v. *supra* n° 238.

⁶⁹⁶ V. par ex. qui approuve la solution : M. ROUSSILLE, note sous l'arrêt rapporté in Dr. sociétés n° 6, juin 2012, comm. 102. – V. cependant qui émet à propos de celle-ci de nombreuses réserves : O. DEXANT - De BAILLIENCOURT, note sous l'arrêt rapporté in Rev. sociétés 2012. 577, spéc. n°s 11 et s.

⁶⁹⁷ Sur cette question, v. *supra* n° 256.

⁶⁹⁸ Cass. com., 25 nov. 1997 : Bull. civ. 4, n° 309, p. 265 ; Bull. Joly soc. 1^{er} fév. 1998, n° 2, p. 156, § 57, note P. Le Cannu ; D. affaires 1997, n° 44, Flash. 1443. La Cour énonce très clairement dans son attendu que : « *l'extinction invoquée de la créance (...) emportait, si elle était établie, la disparition de l'obligation des associés qui ne sont tenus que du passif social* ». Cet arrêt offrait l'hypothèse d'une extinction de créance pour cause de défaut de déclaration à la procédure collective ouverte contre la société, et nous savons qu'aujourd'hui cette solution *n'est plus d'actualité*. Sur cette modification législative, v. *supra* n° 255. Malgré ceci, l'arrêt conserve une valeur doctrinale indéniable puisqu'il affirme que *les associés ne sont tenus que du passif social*. Et c'est une règle de portée générale qui demeure valable aujourd'hui.

⁶⁹⁹ Cass. com., 14 janv. 2004 : Banque et Droit 2004, n° 96, p. 49, obs. I. Riassetto ; Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2004, n° 5, p. 717, § 141, note F.-X. Lucas.

Bien que se rapportant à une société en nom collectif, la solution consacrée par cet arrêt peut être valablement étendue aux sociétés civiles et aux groupements d'intérêt économique, comme le souligne le commentateur de l'arrêt, v. : F.-X. LUCAS, note précit. sous Cass. com., 14 janv. 2004 in Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2004, n° 5, p. 717, § 141.

principale a, du même fait, pour effet de, *libérer l'associé engagé à titre de caution de ses obligations d'associé et de caution.*

A côté de la question relative à la mise en demeure et celle relative au caractère social de la dette, se pose également – à l'instar de ce qui a été pour les sociétés civiles de droit commun – celle qui se rapporte à la qualité d'associé.

Sous-section 3 : La nécessité de la qualité d'associé.

355. – Nous avons déjà examiné lors de l'étude des nécessités relatives à l'exécution de la dette à l'encontre des associés dans les groupements soumis à l'exigence de la vaine et préalable poursuite quant à l'exigence de la qualité d'associé, que c'est la date de *l'exigibilité de la dette* qui détermine si un associé est tenu ou non de la dette sociale.

356. – Il nous faut à présent examiner quelles sont les solutions que la jurisprudence applique sur cette question en ce qui concerne les groupements soumis à l'exigence de la simple mise en demeure pour la poursuite des associés pour le passif social, et voir, éventuellement, s'il existe ou non une uniformité dans ces solutions.

C'est ainsi que nous examinerons en premier le cas des sociétés en nom collectif (par. 1^{er}), celui des sociétés civiles de construction-vente (par. 2), puis celui des sociétés civiles professionnelles (par. 3).

Par. 1^{er} : Les sociétés en nom collectif.

357. – Pour les sociétés en nom collectif, la jurisprudence s'est – à notre connaissance – prononcée pour la première fois sur la question de déterminer quelle est la responsabilité d'un associé en nom relativement aux engagements pris par la société avant son entrée dans la société, dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 12 mars 1928, dans lequel elle décide, « *qu'aux termes de l'(ancien) article 22 C. com., les associés en nom collectif sont solidairement tenus des tous les engagements de la société* »⁷⁰⁰. Il convient d'apprécier dans cette formule, l'importance qui

⁷⁰⁰ Cass. req., 12 mars 1928 : S. 1928. I. 226. En l'espèce, une société de fait comprenait sept participants. Le 1^{er} avril 1920 cette société fut transformée en société en nom collectif, à laquelle avait adhéré le 30 juin 1920 un huitième associé. Un banquier qui avait fait des avances à cette société dans le temps où elle constituait encore une société de fait, poursuivait le recouvrement de ses créances. Cette société n'ayant pas été publiée, un des membres a présenté une requête à fin de son annulation. Un jugement a prononcé sa nullité. Son créancier se prévalait de cette nullité pour poursuivre *directement* les huit associés, personnellement et solidairement tenus de tout le passif social. La cour d'appel, après avoir chargé un

s'attache à l'emploi de l'adjectif « tous ». Ainsi, sous l'empire du droit antérieur, la Cour de cassation n'opérait *aucune distinction* quant à la date où sont nés ces engagements, en ce sens, qu'il importait peu que le passif ait une origine *antérieure* à la date d'entrée de l'associé dans la société, celui-ci en sera quand même tenu⁷⁰¹. Aujourd'hui, cette règle demeure toujours fidèlement appliquée comme nous le verrons dans ce qui suit.

358. – Actuellement, les dispositions des textes en vigueur ne renseignent pas beaucoup sur cette question. Il s'agit en l'occurrence, principalement, de l'article L. 221-1 C. com., anciennement article 10 de la loi de la loi du 24 juillet 1966⁷⁰². Ce

expert de séparer le passif dû par les membres de la société de fait du passif dû par les membres de la société en nom collectif, a décidé que ce dernier passif devait comprendre toutes les avances faites par la société depuis le 1^{er} avril 1920, c'est-à-dire à partir de la date où celle-ci s'est transformée en société en nom collectif. L'associé qui a rejoint la société après qu'elle fût transformée en société en nom collectif et fut condamné par l'arrêt d'appel à supporter le passif social sur ce fondement, s'est pourvu en cassation contre cet arrêt. Se posait alors la question de savoir, si et dans quelle mesure l'associé qui avait adhéré à la société en nom collectif après sa formation, était tenu de la dette contractée partie par la société de fait à laquelle il était demeuré étranger, partie par la société en nom collectif avant qu'il y eût adhéré, partie par la même société après son adhésion. Un premier point était certain, c'est que l'associé ne pouvait être tenu du passif contracté par la société de fait dont il n'avait à aucun moment fait partie. Le demandeur soutenait à l'appui de son pourvoi, qu'en statuant tel qu'il l'a fait, l'arrêt d'appel a mis à sa charge des dettes dont il n'était point tenu. Il faisait valoir à l'appui de son pourvoi que les avances objet de la condamnation « *n'étaient que la conséquence et le prolongement des opérations intéressant la première société de fait seule, à laquelle il était étranger* ». Ce raisonnement est ingénieux, il ne convainc cependant pas la Cour de cassation qui y répond en énonçant l'attendu plus haut reproduit. Elle poursuit appliquant le principe énoncé au cas d'espèce, et décide : « *que Gourio (le demandeur) ayant adhéré au pacte social en signant, le 30 juin 1920, l'acte de société sans formuler aucune réserve portée par une publication à la connaissance des tiers, est devenu personnellement responsable de l'intégralité du passif de la société, quelle que soit son origine* ». C'est ainsi qu'elle conclut au droit du créancier qui a renoncé à poursuivre la société en nom collectif annulée pour défaut de publicité, de poursuivre contre le demandeur en cassation l'intégralité de la dette qu'il a contractée solidairement avec ses sept coassociés. La Cour de cassation rejette ainsi le pourvoi dirigé contre l'arrêt d'appel.

⁷⁰¹ Sur la question de savoir si l'associé était responsable des avances consenties par la banque à la société en nom collectif avant son adhésion à ladite société, l'annotateur anonyme de l'arrêt expose qu'il existe trois systèmes de solution à cette question. Selon un premier système, l'associé nouveau n'est jamais tenu des dettes antérieures à son entrée dans la société ; étranger à la société au moment où elle a contracté, il lui suffit de rapporter la preuve que la dette a été contractée antérieurement à sa présence dans la société pour être mis hors de cause. Selon un deuxième système, il faut établir une distinction ; selon le nouvel associé a publié ou non son adhésion à la société. S'il a accompli cette formalité, dans ce cas il est exonéré de tout le passif antérieur à l'adhésion, et, dans le cas où il a négligé d'accomplir cette formalité, il est obligé de supporter ce passif. Enfin, selon un troisième système, les associés nouveaux qui entrent dans une société en nom collectif pendant sa durée sont tenus des engagements contractés par la société même avant qu'ils n'y soient entrés ; la raison en est que l'ancien article 22 C. com. en question ne fait aucune distinction quand il décide que les associés sont solidaires pour tous les engagements de la société.

L'annotateur de l'arrêt souligne que c'est à cette dernière théorie que se rattache l'arrêt rapporté. En ne distinguant pas entre le passif antérieur à l'entrée de l'associé dans la société et le passif postérieur, et en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt qui avait mis l'un et l'autre à la charge de l'associé, la Chambre des requêtes a pris parti dans cette controverse. Doit-on par là penser que l'associé qui compte entrer dans une société en nom collectif dont il ignore tout ou partie du passé, devra-t-il soit renoncer à ce projet, soit assumer le risque de garantir seul un passif dont il ne connaît pas l'importance ? Loin de là, et la clé à ce problème est implicitement donnée par la Chambre des requêtes lorsqu'elle relève, dans l'attendu plus haut rapporté, que l'associé a adhéré au pacte social, « *sans formuler aucune réserve portée par une publication à la connaissance des tiers* ». Ce qui voudrait logiquement dire que si l'associé avait procédé à une publication informant les tiers qu'il ne supporte pas le passif antérieur à son entrée dans la société, *il n'aurait pas été poursuivi pour ce passif*.

⁷⁰² Sur le texte de cet article, v. *supra* n° 342.

texte, à la différence de l'article 1857 C.C. applicable aux sociétés civiles, se borne à énoncer que « les associés en nom collectif répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales », et ne fixe pas de critère à appliquer pour la solution.

Il appartenait donc à la jurisprudence de déterminer le ou les *critères* qui permettent de rechercher la responsabilité des associés en nom aux dettes sociales, en cas de perte ou – au contraire – d'acquisition de la qualité d'associé. Et, heureusement, elle a eu l'occasion de statuer sur cette question plus d'une fois.

359. – Du temps où était encore applicable l'ancien article 10 de la loi du 24 juillet 1966, avant qu'il ne soit codifié, la jurisprudence avait pu statuer sur cette question. C'est ainsi que, reproduisant l'article 10 en question, la cour d'appel de Paris énonce dans son arrêt précité du 2 juillet 1993, dans un attendu de principe, « *qu'un associé ne peut, par une cession de ses droits, autorisée par les statuts, même régulièrement publiée, se décharger, sans l'accord des créanciers sociaux, de l'obligation solidaire lui incombant à raison des dettes sociales antérieures à sa cession* »⁷⁰³. Et l'arrêt poursuit, complétant cet attendu en énonçant que « *ladite cession ne protège l'associé que contre les engagements sociaux postérieurs à sa sortie de la société* ». Il est légitime de se demander ici, si cette dernière tranche de l'attendu était *indispensable* à l'exactitude de la solution qu'il énonce. Nous ne le pensons pas, mais le fait qu'elle ait été énoncée imprime à l'arrêt une *valeur doctrinale certaine*⁷⁰⁴.

Dans la droite ligne de la jurisprudence tracée par cet arrêt, fut rendu un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 4 janvier 1994, duquel il résulte que l'associé en nom qui a cédé ses parts, *reste tenu des sommes restant dues d'un prêt souscrit au moment où il faisait – encore – partie de la société*⁷⁰⁵. Et la Cour de préciser – dans son attendu principal – qu'il était « *indifférent que la déchéance du terme ait été signifiée postérieurement à la cession* »⁷⁰⁶.

⁷⁰³ CA Paris, 2 juill. 1993 précit. : Bull. Joly soc., 1^{er} oct. 1993, n° 10, p. 1046, § 303, note J.-J. Daigre.

⁷⁰⁴ Ceci constitue la conséquence de la solution affirmée dans l'arrêt du 2 juillet 1993, v. *supra* n° 339 et 675.

⁷⁰⁵ Cass. com., 4 janv. 1994 : Bull. Joly soc., 1^{er} mars 1994, n° 3, p. 314, § 83, note P. Le Cannu. – V. aussi dans le même sens mais de manière implicite : Cass. com., 1^{er} oct. 1996 précit. : Bull. Joly soc. 1^{er} janv. 1997, n° 1, p. 37, § 10, note P. Le Cannu.

⁷⁰⁶ Cette précision est d'importance ; elle évoque la notion *d'exigibilité de la dette*, notion centrale pour la question de la responsabilité au passif social des associés de sociétés civiles de droit commun. C'est *justement* que, dans les sociétés en nom collectif, la jurisprudence écarte cette solution au profit d'un autre critère.

En l'espèce, un établissement de crédit avait consenti un prêt de 500 000 F. à une société en nom collectif. Et après avoir signifié à la société la déchéance du terme en raison du non-paiement d'échéances dénoncé en août 1987, elle assigna le 23 mai 1989, l'ancien associé de la société, aux fins de le voir condamner à lui payer certaines sommes restant dues en remboursement de ce prêt. Celui-ci avait cédé ses parts avant

Cette solution fut réaffirmée par un arrêt très remarqué de la cour d'appel de Paris du 29 octobre 1999⁷⁰⁷.

360. – Cette solution, ainsi que celles consacrées autrefois par la jurisprudence relativement au régime juridique de l'obligation au passif des associés en nom, furent réitérées par un arrêt d'un *grand apport doctrinal*, précédemment cité : c'est celui rendu par la cour d'appel de Paris du 9 septembre 2003⁷⁰⁸. Il résulte, *notamment*, de

que ne parvienne la déchéance du terme. Ayant été condamné en appel au remboursement des sommes restant dues de ce prêt, il faisait valoir dans son moyen unique de cassation, qu'en le condamnant au paiement du solde du prêt avec intérêts aux motifs que le prêt consenti au moment où il était associé constituait une dette sociale à laquelle il était tenu et ce, malgré le fait que la déchéance du prêt était intervenue *postérieurement* à la cession de ses parts, la cour d'appel a violé les articles 5 et 10 de la loi du 24 juillet 1966, textes instituant la personnalité morale des sociétés commerciales y compris les sociétés en nom collectif, à compter de leur immatriculation au registre du commerce, et faisant ainsi que leur patrimoine soit distinct de celui de leurs associés.

L'argument est facilement balayé par la Cour de cassation, et le pourvoi est rejeté pour le motif plus haut reproduit, savoir que *l'associé restait tenu des sommes exigées en vertu d'un prêt souscrit au moment où il faisait partie de la société.*

⁷⁰⁷ CA Paris, 29 oct. 1999, n° de RG : 1996/08578. En l'espèce, d'anciens associés en nom poursuivis en recouvrement d'une dette sociale, en l'occurrence un prêt souscrit le 24 avril 1989, faisaient valoir pour se décharger de cette responsabilité, qu'ils ne pouvaient être tenus des dettes de la société que pour leur montant existant à la date de publication, faite le 5 mai 1993, de la cession de leurs parts dans celle-ci survenue le 19 novembre 1992. Pour répondre aux arguments des appelants, la cour énonce, notamment, *qu'il importe peu de déterminer si à la date d'opposabilité des cessions des sommes étaient exigibles*, et que les appelants faisaient référence pour le soutenir aux dispositions de l'article 1857 C.C. applicable aux sociétés civiles, alors que – selon l'arrêt – la société en nom collectif et ses anciens associés avaient la qualité de commerçants, et qu'en consentant le prêt, l'établissement de crédit, ne pouvait prendre en considération que les garanties que la société présentait, et la responsabilité solidaire des associés existant à la date de la souscription de l'engagement. En faisant cet énoncé, la cour de Paris a résumé la théorie qui fonde la responsabilité des associés en nom au passif social et établi un parallèle rapide avec le régime applicable aux sociétés civiles, v. : P. Le CANNU, note sous Cass. com., 4 janv. 1994 in Bull. Joly soc., 1^{er} mars 1994, n° 3, p. 314, § 83. La cour poursuit pour relever que, le 24 avril 1989, date à laquelle la société avait souscrit le contrat de prêt, était *antérieure* au retrait des associés en nom poursuivis en recouvrement de cette dette, survenu, comme déjà dit, le 19 novembre 1992. Elle énonce que : « *la dette a donc bien pris naissance antérieurement à la cession des parts sociales et à sa date d'effet* ». La référence faite par la cour à la naissance de la dette sociale est *d'une importance primordiale*, elle détermine le critère adopté pour rechercher la responsabilité des associés en nom pour les dettes sociales, et marque la différence avec le régime applicable aux sociétés civiles. La cour de Paris décide ainsi que les anciens associés étaient tenus de ladite dette sociale et confirme par conséquent le jugement attaqué.

⁷⁰⁸ CA Paris, 9 sept. 2003 précit. : Bull. Joly soc., 1^{er} fév. 2004, n° 2, p. 395, § 71, note F.-X. Lucas. En l'espèce, une société (Localease), a, par un contrat du 23 août 1990, donné en location un avion à une société en nom collectif (Aérobags). Cette dernière ayant cessé de s'acquitter des loyers à compter du mois d'octobre 1993, la société bailleuse a résilié le contrat par lettre en date du 23 novembre 1993. Le tribunal de commerce de Paris a, par un jugement en date du 31 janvier 1997, prononcé la résiliation du contrat aux torts exclusifs de sa contractante, a condamnée celle-ci à restituer l'appareil sous astreinte et à payer à la société bailleuse la somme de 7 800 940,71 F avec intérêts au taux légal à compter de l'arrêt de compte du 30 septembre 1996. Un arrêt du 19 novembre 1999 a prononcé la résiliation du contrat et a condamné cette même société à la restitution de l'appareil ainsi qu'au paiement de la somme de 7 300 940,31 F, et la somme de 100 000 F à titre de dommages-intérêts. La société bailleuse a mis en demeure son ancienne contractante d'exécuter les condamnations mises à sa charge. Cette mise en demeure étant restée vaine, elle assigna en paiement, le 28 juin 2000, en leur qualité d'anciens associés de la société condamnée (Aérobags), deux sociétés, Compagnie internationale de développement (CID) et Coprim, aux droits de laquelle vient une autre société (Sogeprom). Cette dernière a, le 16 mars 2001, appelé en garantie les autres associés ou anciens associés de la société condamnée, parmi lesquels, une société en nom collectif (Marché Vernaison). La cour d'appel de Paris a confirmé le jugement du 31 janvier 1997 en ce qu'il a condamné solidairement les sociétés associées dans la société en nom collectif (CID et Coprim) à payer à la société bailleuse (Localease) la somme de 1 289 783,10 euros avec intérêts au taux légal à compter du 3 juillet 2000, et dit qu'une d'elles (CID) ainsi qu'une ancienne associée de cette société, elle-même société en nom collectif (Marché Vernaison), ainsi qu'un associé, personne physique, devraient

cet arrêt⁷⁰⁹, que « *la solidarité inhérente à la qualité d'associé en nom collectif existe indépendamment de tout engagement ou de toute garantie personnelle et que l'associé qui a adhéré au pacte social sans aucune réserve portée à la connaissance des tiers, devient personnellement responsable de l'intégralité du passif de la société, quelle que soit son origine, celle-ci fût-elle antérieure à son entrée dans la société* ». Etayant cet attendu, la cour poursuit en énonçant que : « *il s'ensuit que les dettes issues d'un contrat quelles qu'en soient la nature et la date d'apparition, peuvent être mises à la charge d'un associé en nom dont le retrait ne fait pas cesser son obligation de couverture des dettes antérieures à celui-ci* ». Cet attendu de portée générale et de grande clarté, résume de manière très réussie le régime de l'obligation au passif de l'associé en nom. Il faut y souligner, l'importance qui s'attache à l'emploi de la formule « indépendamment de tout engagement ou de toute garantie personnelle », formule qui évoque la règle selon laquelle l'obligation au passif de l'associé en nom *découle de la loi*, et ne résulte aucunement de la volonté des associés. Il faut de même souligner l'importance liée à l'expression « l'intégralité du passif », celle-ci résume très clairement l'état de l'obligation au passif social pesant sur l'associé en nom.

Le pourvoi dirigé contre l'arrêt précité du 9 septembre 2003 est rejeté par un arrêt de la Chambre commerciale du 21 octobre 2008. Renouvelant à son tour les règles autrefois instituées par la Cour de cassation sur la responsabilité au passif des associés en nom, l'arrêt du 21 octobre 2008 vient affirmer, que les deux sociétés ayant respectivement acquis la qualité d'associés dans une société en nom collectif, *avant et après la conclusion d'un bail*, ultérieurement résilié, « *s'étaient obligées à couvrir cette dette sociale, quelle que soit la date de sa constatation et peu important qu'elles aient ultérieurement perdu la qualité d'associé* »⁷¹⁰. Il y a ici la réaffirmation

relever et garantir l'autre ancienne associée de la société condamnée (Coprim), chacun pour sa part et portion dans le capital social de la société en nom collectif condamnée (Aérobags).

⁷⁰⁹ L'arrêt de la cour de Paris du 9 septembre 2003 possède en effet plus d'un apport important. Il en résulte l'affirmation que l'engagement de l'associé en nom collectif, « ne peut, en toute hypothèse, être assimilé à celui d'une caution ». Il en résulte également l'affirmation du *caractère subsidiaire de l'engagement des associés en nom*.

⁷¹⁰ Cass. com., 21 oct. 2008 : Dr. sociétés n° 1, janv. 2009, comm. 9, note D. Gallois-Cochet. Pour les faits ayant donné lieu à cet arrêt, v. *supra* note 708.

Plusieurs pourvois ont été exercés contre l'arrêt de la cour de Paris du 9 septembre 2003 ; un seul retiendra notre attention, c'est celui qui reproche à l'arrêt attaqué d'avoir retenu la responsabilité au passif social des anciennes associées de la société en nom collectif condamnée. Pour répondre au deuxième moyen du pourvoi et rejeter celui-ci, la Cour de cassation énonce : « *Mais attendu qu'ayant exactement retenu que l'obligation de la société Aérobags était née de la conclusion, le 23 août 1990, du bail ultérieurement résilié, et relevé que les sociétés Coprim et Marché Vernaison avaient acquis la qualité d'associé de la*

de deux règles séculaires : la première est celle selon laquelle le cessionnaire de parts est tenu des dettes sociales *déjà nées à la date où il devient associé*⁷¹¹, la seconde est celle selon laquelle le cédant *reste tenu* des dettes déjà nées à la date où la cession devient opposable aux tiers⁷¹².

L'annotateur de l'arrêt a cependant regretté l'emploi maladroit par la Cour du verbe « s'obliger »⁷¹³, qui laisse entendre que c'est la volonté qui a un rôle à jouer dans la responsabilité au passif social qui pèse sur l'associé, alors que, cette obligation *découle tout simplement de la loi*⁷¹⁴.

361. – Bien que ce courant jurisprudentiel soit solidement établi, il est possible que certains arrêts se montrent dissidents. C'est ainsi que, par un arrêt du 4 février

société Aérobags respectivement en 1991 et en 1989, c'est à bon droit (...), que la cour d'appel en a déduit que les sociétés Coprim et Marché Vernaison s'étaient obligées à couvrir cette dette sociale, quelle que soit la date de sa constatation et peu important qu'elles aient ultérieurement perdu la qualité d'associé ».

Comme le souligne le commentateur de l'arrêt, la conséquence de la solution qui y est réaffirmée est que, si l'associé cédant reste tenu du passif social né lorsqu'il était associé tandis que le nouvel associé est tenu de tout le passif existant, des associés, anciens et actuels, *peuvent se retrouver ensemble tenus de la même dette sociale*, v. : D. GALLOIS-COCHET, note in Dr. sociétés n° 1, janv. 2009, comm. 9.

Egalement, il est significatif de relever que la cour d'appel de Paris a condamné plusieurs associés de la société en nom collectif, certains actuels, et d'autres anciens, à garantir l'ancien associé qui est poursuivi par le créancier, chacun pour sa part et portion dans le capital de la société. Si cette condamnation signifie que chacun paye la dette à hauteur de sa part dans le capital social, ceci aboutit à un résultat *illogique* : avec un total supérieur à 100 %, le montant cumulé des recours *dépasse celui de la dette payée par le solvens*.

Ceci soulève la question de la *contribution à la dette* d'anciens et de nouveaux associés. Bien que soulevée par l'arrêt, aucune solution ne lui en est donnée par la Cour. Et ce même commentateur s'étonne du fait que, la haute juridiction ayant depuis longtemps fixé les règles régissant l'obligation au passif social des associés en nom, n'ait pas encore été amenée à résoudre le problème de la contribution aux dettes sociales entre les associés cédants et cessionnaires des parts sociales.

⁷¹¹ Cass. req., 12 mars 1928 précit. : S. 1928. I. 226.

⁷¹² Cass. civ., 16 mars 1942 : JCP 1942, II, 1854, note D. Bastian ; S. 1942, I. 105, note P. Esmein.

⁷¹³ D. GALLOIS-COCHET, note précit. sous l'arrêt rapporté in Dr. sociétés n° 1, janv. 2009, comm. 9.

⁷¹⁴ CA Paris, 8 oct. 1999 précit. : JurisData n° 1999-111534 ; Bull. Joly soc. 2000, p. 93, § 18, note P. Le Cannu ; D. 2000, jur. 583, note D. Fiorina ; JCP E 1999, n° 47, p. 1851. Bien que rendu par les juges du fond, cet arrêt possède un grand apport doctrinal. Dans l'attendu relatif à « *la nature des liens existant entre la société en nom collectif et les associés* », la cour énonce que : « *Considérant qu'aux termes de l'article 10 de la loi du 24 juillet 1966, les associés en nom collectif répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales ; que, pour autant, ils ne sont pas codébiteurs de la société, notamment parce qu'ils ne se sont pas engagés personnellement avec elle ; que leur obligation, qui tient de la loi et ne peut être modifiée par les statuts, n'a qu'un caractère subsidiaire, la société devant être poursuivie avant eux (...)* ».

En l'espèce, une société en nom collectif faisait face à des difficultés de paiement. Un litige prend naissance et un règlement amiable intervient. Il prévoit, entre autres dispositions, la cession, par l'associé gérant de toutes ses parts sociales à des filiales des banques créancières. Mais les difficultés de la société persistent. Les créanciers sociaux exigent alors de l'autre associé des apports en compte courant et des engagements formels au paiement du solde des dettes sociales. C'est de ces versements et de ces engagements qu'il demande en justice la restitution et la nullité. Il fait valoir que l'accord par lequel les banques ont déchargé son coassocié a eu pour effet de libérer la société, et de le libérer lui-même de ses obligations envers elle. Le tribunal de commerce puis la cour d'appel de Paris, par l'arrêt rapporté, vont rejeter l'intégralité de ses demandes : ils décident que les remises consenties à un associé en nom par les créanciers sociaux ne libèrent ni la société, ni les coassociés de leur bénéficiaire. Le problème de droit se résumait donc ainsi : les remises qu'un créancier consent à l'un des associés libèrent-elles la société ou ses coassociés ?

V. aussi : D. GALLOIS-COCHET, note précit. sous l'arrêt rapporté in Dr. sociétés n° 1, janv. 2009, comm. 9.

2010, la cour d'appel de Paris, a décidé, « *qu'aux termes de l'article L. 221-1 C. com., répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales les personnes ayant la qualité d'associé à la date à laquelle les paiements sont devenus exigibles* »⁷¹⁵.

En se prononçant ainsi, l'arrêt de la cour de Paris du 4 février 2010 adopte, *en opposition* avec un courant jurisprudentiel bien assis, la solution appliquée aux sociétés civiles de droit commun⁷¹⁶.

Mais il faut *absolument* limiter la portée de l'arrêt précité du 4 février 2010, ne point considérer qu'il annonce un revirement de jurisprudence, car – *clairement* – la cour y a commis une *confusion* entre les deux critères de naissance de la dette et d'exigibilité de celle-ci.

362. – Il faut donc toujours s'en tenir à la solution qui consiste à considérer que le critère de la responsabilité de l'associé aux dettes est celui de la *naissance de la dette*, non celle de son exigibilité.

La conséquence de cette solution est que la perte de sa qualité par l'associé *laisse subsister son obligation envers le créancier*. Et la perte de cette qualité n'a d'effet libérateur que pour l'avenir⁷¹⁷. Ceci ne constitue pas une nouveauté mais découle d'une jurisprudence séculaire. En effet, la Cour de cassation, a de longue date affirmé, que « *la cession de ses droits par l'associé en nom collectif ou en commandite, publiée dans les formes légales, ne le protège que contre les engagements sociaux postérieurs à sa sortie de la société* »⁷¹⁸. Autrement dit, l'associé qui entre dans une société en nom collectif sera tenu du passif même si

⁷¹⁵ CA Paris, 4 fév. 2010 : Bull. Joly soc., 1^{er} juin 2010, n° 6, p. 551, note S. Harel. En l'espèce, un associé en nom poursuivi par un créancier social, objectait qu'il avait cédé l'intégralité de ses parts avant d'être assigné en paiement. Il soutenait ainsi que la perte de sa qualité d'associé l'avait libéré de toute obligation envers le créancier poursuivant. La cour rejette son allégation et rétorque en énonçant l'attendu plus haut reproduit. Elle constate alors que le prêt consenti à la société était devenu exigible en intégralité par la déchéance du terme, intervenue avant la cession des parts, de sorte que l'ancien associé *restait tenu envers le créancier*. La cour d'appel écarte donc l'argument de l'ancien associé en retenant que la perte de sa qualité ne le libérait pas de toute obligation envers les créanciers sociaux. Cette solution concorde avec les solutions établies. Cependant, la cour se fourvoie au sujet du critère permettant de déterminer les dettes dont continue de répondre l'ancien associé. En retenant la date d'exigibilité des dettes *au lieu de leur date de naissance*, elle commet une confusion qui lui fait rendre une solution *discordante*.

⁷¹⁶ La cour a sans doute commis une *confusion*, car l'article L. 221-1 C. com. en question ne se réfère *aucunement* à la date d'exigibilité de la dette. C'est uniquement l'article 1857 C.C. régissant l'obligation au passif social des associés de sociétés civiles qui fixe ce critère.

Sur la question de l'obligation aux dettes des sociétés civiles, v. *supra* n°s 186 et s.

⁷¹⁷ CA Paris, 2 juill. 1993 précit. : Bull. Joly soc., 1^{er} oct. 1993, n° 10, p. 1046, § 303, note J.-J. Daigre. – P. Le CANNU, note précit. sous Cass. com., 4 janv. 1994 in Bull. Joly soc., 1^{er} mars 1994, n° 3, p. 314, § 83. note sous Cass. com., 1^{er} oct. 1996 in Bull. Joly soc. 1^{er} janv. 1997, n° 1, p. 37, § 10. – S. HAREL, note sous CA Paris, 4 fév. 2010 in Bull. Joly soc., 1^{er} juin 2010, n° 6, p. 551.

⁷¹⁸ Cass. civ., 16 mars 1942 précit. : JCP 1942, II, 1854, note D. Bastian ; S. 1942, I, 105, note P. Esmein. – V. déjà mais de manière implicite : Cass. req., 6 janv. 1936 précit. : S. 1936. I. 107.

celui-ci a été contracté *avant* son entrée dans la société. En revanche, pour le cédant, l'obligation au passif social prend fin pour les dettes sociales nées *postérieurement*⁷¹⁹.

Et cette jurisprudence demeure, tel que le montre les arrêts plus haut analysés, fidèlement suivie aujourd'hui⁷²⁰.

363. – Plus, il semble que la responsabilité des associés en nom pour le passif social, responsabilité qui s'attache à leur qualité d'associé, se cristallise au *moment de la conclusion des engagements sociaux*. C'est ainsi que, la Cour de cassation a décidé que, dans le cas de la transformation d'une société en nom collectif en société à responsabilité limitée, le créancier qui n'a pas été informé de cette transformation, pourtant publiée dans les formes légales, *pourra valablement poursuivre les anciens associés en nom en recouvrement des dettes sociales*⁷²¹. Il est permis cependant

⁷¹⁹ V. par ex. : Cass. civ., 8 avr. 1872 : S. 1872. 1. 212. Rendu par rapport à une société en commandite, cet arrêt peut être valablement transposé à l'hypothèse de la société en nom collectif.

⁷²⁰ S. HAREL, note précit. sous CA Paris, 4 fév. 2010 in Bull. Joly soc., 1^{er} juin 2010, n° 6, p. 551 et les réf. citées.

⁷²¹ Cass. com., 1^{er} oct. 1996 précit. : Bull. Joly soc. 1^{er} janv. 1997, n° 1, p. 37, § 10, note P. Le Cannu. En l'espèce, une société anonyme a consenti un crédit-bail mobilier et immobilier à une société en nom collectif constituée entre trois personnes physiques et une personne morale. Le 11 mars 1985, un des associés de la société en nom collectif a cédé ses parts. Par une délibération de l'assemblée des associés en date du 15 décembre 1988, cette société s'est transformée en société à responsabilité limitée. Presque six mois après cette transformation, elle n'a pas pu régler la redevance de crédit-bail échue le 30 juin 1989. Sa contractante a alors résilié le contrat de crédit-bail et l'a mise en demeure ainsi que chacun des associés, de payer les sommes qui lui étaient dues. Puis, elle les a assignés devant le tribunal de commerce de Paris en demandant leur condamnation solidaire. Le tribunal a rejeté leur demande. La société venant aux droits de la société anonyme contractante, a alors fait appel du jugement. Le pourvoi en cassation formé par un des associés en nom reprochait à la cour d'appel d'avoir rejeté son exception d'incompétence. L'associé alléguait que la cour d'appel a violé l'article 1165 C.C. en décidant que l'inobservation par la société en nom collectif de l'obligation souscrite par elle envers la société anonyme contractante d'informer celle-ci des modifications de sa forme juridique, serait sanctionnée dans les rapports entre la société anonyme et les associés de la société en nom collectif par l'inopposabilité à la société anonyme de la transformation de la société en nom collectif en société à responsabilité limitée. Ceci d'une part, et d'autre part, le demandeur alléguait que la transformation d'une société commerciale en une société d'une autre forme devient opposable aux tiers par l'accomplissement des formalités de publicité légale, il reprochait à la cour d'appel d'avoir violé l'article 66 du décret du 30 mai 1984, décret ayant institué le registre du commerce et des sociétés. Ces deux arguments sont rejetés par la Cour de cassation. Et ainsi, pour rejeter le pourvoi, elle énonce : « *attendu qu'ayant constaté que la société en nom collectif n'avait pas respecté son engagement d'aviser le crédit-bailleur du changement de sa forme sociale et en ayant déduit que cette société ne pouvait pas lui opposer sa transformation en société à responsabilité limitée, fut-elle publiée régulièrement, et qu'en conséquence le créancier, subrogé dans ses droits, pouvait agir à l'encontre des associés, pris en leur qualité d'associés en nom collectif, et les attirer devant le tribunal de commerce en raison de cette qualité* ».

L'arrêt soulève également une autre question ; il s'agit que l'obligation au passif social de l'associé qui cède ses parts, en l'occurrence de la demande de condamnation formée contre un ancien associé qui avait cédé ses parts par l'acte susmentionné du 11 mars 1985. La cour d'appel avait rejeté la demande dirigée contre l'ancien associé en relevant que les dettes de loyers sont nées au plus tôt le 30 juin 1984, et non en 1989, et que la dette d'indemnité de résiliation est née le 27 août 1989, soit – selon cette cour – après le retrait de l'ancien associé de la société, survenu en mars 1985. Pour censurer l'arrêt, la Cour de cassation énonce, sous le visa de l'article 10 de la loi du 24 juillet 1966 que : « *en statuant ainsi, alors que selon les constatations de l'arrêt, les dettes pour le paiement desquelles M. Aneli (l'associé) était poursuivi étaient nées d'un contrat conclu par la société en nom collectif au mois d'octobre 1984, quand il était associé, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

Cette solution est dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point. Rappelons que, par application des règles établies sur ce point, c'est la date de *la conclusion des engagements sociaux*, date de naissance de la dette, qui sert de critère pour rechercher la responsabilité de l'associé même si celui-ci avait déjà quitté la société lorsque ses engagements sont devenus exigibles ou, lorsque ceux-ci ont fait l'objet de demandes en justice.

d'hésiter sur la portée à accorder à l'arrêt ; et on se demande s'il faut effectivement limiter la portée de celui-ci car il résulte des faits que l'obligation d'informer le créancier du changement de la forme de la société, *découlait de la convention des parties*⁷²². Mais les faits de l'espèce ne permettent malheureusement pas de savoir quelle était la sanction que réservaient les parties dans leur convention au non accomplissement de l'obligation d'information⁷²³. Et en l'absence de tels éléments de fait, il n'est pas permis d'avancer que la Cour de cassation ait admis la *sanction d'inopposabilité* au créancier du changement de la forme sociale pour la *violation d'une obligation contractuelle d'information*⁷²⁴. Il peut être uniquement dit que la Cour a *donné effet* à la volonté des parties quant à l'aménagement aux dispositions légales qu'elles ont adopté et *l'a fait prévaloir sur les dispositions légales générales*.

364. – Et sur les conséquences attachées à la qualité d'associé, il peut être déduit de la solution dégagée de l'arrêt du 1^{er} octobre 1996, que la transformation ultérieure de la société *n'a aucune incidence sur l'obligation de l'associé*⁷²⁵. La cause de l'obligation à la dette de celui-ci ne se trouve pas dans sa qualité au moment de la poursuite, mais dans le fait *qu'il était associé lors de la conclusion du contrat générateur de la dette*⁷²⁶. Autrement dit, c'est le moment de la conclusion de l'engagement social, générateur de la dette, qui *seul* compte dans la naissance de cette obligation.

En somme, l'article L. 221-1 C. com. ne fixant pas de critère pour la détermination de l'obligation au passif des associés, c'est le droit commun des obligations qui retrouve son empire. Et, le critère de la date de naissance des dettes *s'impose comme le seul compatible avec le mécanisme de l'obligation des*

⁷²² L'annotateur de l'arrêt a regretté le fait qu'on n'ait pas pu avoir connaissance de la rédaction exacte de la clause qui imposait au crédit-preneur une obligation d'information, v. : P. Le CANNU, note précit. sous l'arrêt rapporté in Bull. Joly soc. 1^{er} janv. 1997, n° 1, p. 37, § 10.

⁷²³ L'annotateur de l'arrêt a envisagé deux possibilités sur ce point. Il s'est demandé si la clause est explicitement sanctionnée par l'inopposabilité du changement de forme sociale qui n'aurait pas fait l'objet d'une information, ou si, au contraire, les parties n'ont rien précisé. Si c'est le premier cas qui se présente, il a estimé que cela signifie que la Cour de cassation *reconnait* aux parties contractantes la possibilité de stipuler une sanction comme l'inopposabilité. Si c'est le deuxième cas qui se présente, il a estimé que c'est une solution remarquable que de voir la haute juridiction admettre cette sanction pour la violation d'une obligation contractuelle d'information. Ce point de vue – pensons-nous – ne peut qu'être approuvé.

⁷²⁴ Ainsi, la question savoir si la Cour de cassation a admis la sanction de l'inopposabilité du changement de la forme sociale *en l'absence* d'une clause contractuelle prévoyant cette sanction dans le cas de non exécution par le débiteur de l'obligation d'information qui pèse sur lui, reste pour le moment en suspens dans l'attente d'autres décisions qui pourraient y apporter des compléments et clarifications.

⁷²⁵ P. Le CANNU, note précit. sous Cass. com., 1^{er} oct. 1996 in Bull. Joly soc. 1^{er} janv. 1997, n° 1, p. 37, § 10.

⁷²⁶ P. Le CANNU, *ibid.*

*associés*⁷²⁷. La jurisprudence précédemment analysée atteste de l'exactitude de cette solution.

365. – Par ailleurs, dans les faits pourrait se présenter la situation dans laquelle un associé en nom bénéficie également au sein de la société des particularités attachées à la qualité de salarié. Se poserait ainsi la question de la *licéité* du cumul de ces deux qualités. Sur cette question, la Cour de cassation semble avoir admis que les deux qualités d'associé et de salarié *ne sont pas incompatibles*, et que, par conséquent, l'associé en nom salarié sera tenu des dettes sociales *en sa qualité d'associé*⁷²⁸. De prime abord, la solution n'aurait pas paru évidente, car il existe une

⁷²⁷ S. HAREL, note précit. sous CA Paris, 4 fév. 2010 in Bull. Joly soc., 1^{er} juin 2010, n° 6, p. 551.

⁷²⁸ Cass. com., 29 sept. 2009 : Bull. civ. 4, n° 115 ; Bull. Joly soc. 2010, n° 1, p. 64, note P. Rubellin ; Dr. sociétés 2009, comm. 225, note D. Gallois-Cochet ; Gaz. Pal. 31 déc. 2009, n° 365, p. 20 ; Lexbase heb. n° 366, éd. privée, n° Lexbase N0774BMM ; *ibid.* n° 372, éd. privée, n° Lexbase N4533BMT, obs. P.-M. Le Corre et E. Le Corre-Broly ; RJ com. 2009. 334, note J.-P. Sortais ; Rev. sociétés 2010. 314, note A. Lecourt.

Nous avons employé le verbe « semble », car il faut bien souligner que la Cour de cassation *n'a pas tranché* le problème du cumul de la qualité d'associé et celle de salarié. Elle n'a en effet pas répondu au moyen du pourvoi qui faisait valoir que la qualité d'associé en nom collectif est incompatible avec celle de salarié. Le motif a été qualifié de « surabondant », non « d'erroné » ou de « justement critiqué », ce qui semble signifier, d'une part, que la question du cumul est bien évoquée, mais pas résolue pour autant et, d'autre part, que le cumul n'est pas *a priori* condamné, v. : D. GALLOIS-COCHET note sous l'arrêt rapporté in Dr. sociétés 2009, comm. 225. – V. aussi : J.-P. SORTAIS, note sous l'arrêt rapporté in RJ com. 2009. 334, spéc. p. 336.

Commentant l'arrêt rapporté, un auteur a souligné qu'en l'absence d'éléments de fait entrés dans le débat et nécessaires à la solution du litige, il semble inconcevable que les juges aient souhaité poser un principe d'interdiction générale, sur une question aussi délicate qu'est la licéité du cumul d'un mandat social avec un contrat de travail, *avec une si grande économie de moyens*, v. : A. LECOURT, note précit. sous Cass. com., 29 sept. 2009 in Rev. sociétés 2010. 314, spéc. n° 6.

En l'espèce, une société en nom collectif est mise en liquidation judiciaire le 21 mai 1996. A cet égard, il faut se remémorer que sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, et en vertu de l'article 178 de cette loi – devenu l'ancien article L. 624-1 C. com. – une procédure collective était alors *systématiquement* ouverte à l'encontre de chacun des associés. Le texte de cet article se présentait ainsi :

« Le jugement qui ouvre le redressement ou la liquidation judiciaires de la personne morale produit ses effets à l'égard de toutes les personnes membres ou associées de la personne morale et indéfiniment et solidairement responsables du passif social. Le tribunal ouvre à l'égard de chacune d'elles une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire selon le cas ».

La loi du 26 juillet 2005 est venue supprimer l'extension prévue par l'ancien article L. 624-1 C. com. précité à l'encontre des personnes membres ou associés des personnes morales indéfiniment et solidairement responsables du passif social, tels les associés de sociétés en nom collectif.

Dans les faits ayant donné lieu à l'arrêt rapporté, le créancier, non soumis à la suspension des poursuites, pouvait diriger son action en paiement contre les associés selon la procédure de droit commun. Ayant de surcroît des doutes sur la qualité effective de sa cible – l'associé – il hésita longtemps et l'assigna finalement un peu plus de dix ans après avoir effectué sa déclaration des créances. Son attitude est assez paradoxale puisque les dispositions réglementaires, en l'occurrence l'article R. 221-10 C. com., interdisent au créancier d'agir dans les huit jours qui suivent sa mise en demeure. Pour échapper à l'obligation de tout associé de société en nom collectif de payer les dettes sociales, en vertu de l'article L. 221-1 C. com., l'associé poursuivi contesta sa qualité d'associé au motif que, dans une telle société, cette qualité est incompatible avec le statut de salarié dont il bénéficiait par ailleurs au sein du groupement.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation rejette son pourvoi et approuve les juges du fond : la cour d'appel de Montpellier avait rejeté la demande de l'associé, elle considéra qu'en sa qualité d'associé, il est obligé aux dettes sociales et qu'il importe peu qu'il soit salarié de la société en nom collectif parce que le cumul est possible, dans cette société, entre les qualités d'associé et de salarié.

Et pour une analyse remarquable de l'ancien régime de l'extension de la procédure collective ouverte à l'égard de la personne morale aux membres de celle-ci, indéfiniment et solidairement responsables du passif social, v. : Y. DEREU, *L'application aux associés des sociétés civiles des procédures collectives de liquidation*, Rev. sociétés 1979. 247.

L'arrêt se présente assurément comme un arrêt de principe. Il soulève également une autre question : c'est celle de l'intervention du délai de prescription de l'action du créancier contre l'associé. La Cour de

incompatibilité originelle entre le statut de commerçant que possède l'associé dans une société en nom collectif, statut *essentiellement indépendant*, et l'état de *subordination* qui caractérise celui de salarié⁷²⁹.

366. – Et ce qui n'aide pas davantage à éclairer la question, c'est le fait que la jurisprudence *n'est pas unanime sur ce point*. A l'origine du refus de cumul entre mandat social et contrat de travail se trouve une décision atypique en matière de protection sociale : il s'agit de l'arrêt de la Chambre sociale du 5 avril 1974⁷³⁰, qui avait énoncé le principe de *l'incompatibilité* de la qualité d'associé en nom collectif avec celle de salarié. Plusieurs années s'étaient écoulées avant que la question ne fasse de nouveau l'objet d'une décision de justice.

Puis par un arrêt du 4 novembre 2003, la cour d'appel de Paris est venue adopter une solution tout à fait *contraire*, et affirmer que, « *la reconnaissance par une décision définitive de la qualité de salarié [du demandeur] ne rend ni caduque ni nulle l'acquisition de parts sociales, aucun texte relatif aux sociétés en nom collectif n'interdisant, sous peine de sanctions, le cumul de ces deux qualités* »⁷³¹.

cassation suivant en ceci la cour d'appel, a décidé que la décision d'admission avait entraîné *la substitution de la prescription trentenaire à la prescription décennale édictée par l'article L. 110-4 C. com.*, et que, cette intervention de prescription était *opposable* à l'associé en nom, obligé au paiement de la dette sociale. L'adoption de cette solution n'a sûrement pas servi les intérêts du demandeur en cassation qui faisait valoir que les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants se prescrivent par dix ans, visant par ceci à se soustraire à l'action du créancier social. Ainsi, la substitution de la prescription trentenaire à la prescription décennale édictée par l'article L. 110-4 C. com. avait pour résultat de – valablement – permettre au créancier de poursuivre le recouvrement des dettes sociales contre l'associé demandeur en cassation.

Cependant, la question de l'intervention de la prescription soulevée par l'arrêt n'est plus d'actualité, depuis que la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription, *a aligné* les deux délais de prescription commercial et de droit commun, en modifiant l'article L. 110-4 précité. Ce texte dispose désormais en son alinéa premier, que :

« Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes ».

Donc, si cet arrêt a été rendu aujourd'hui, la solution eût été différente ; en ce sens que l'action de la banque créancière contre l'associé aurait été déclarée irrecevable, *comme prescrite*.

Même rendu sous l'empire de textes qui ne sont plus en vigueur, cet arrêt conserve toutefois un intérêt certain en ce qu'il met en cause la question du cumul de la qualité d'associé et celle de salarié dans la société en nom collectif.

⁷²⁹ A. LECOURT, note précit. sous Cass. com., 29 sept. 2009 in Rev. sociétés 2010. 314, spéc. nos 11 à 16. Cet auteur estime que le rôle de l'associé de société en nom collectif, paraît *incompatible dans son essence même* avec la qualité de salarié.

⁷³⁰ Bull. civ. 5, n° 220, p. 209.

⁷³¹ CA Paris, 4 nov. 2003 ; n° de RG : 2002/19500 ; JurisData n° : 2003-229982. En l'espèce, une société civile constituée en 1966 a été transformée le 31 mars 1967 en société en nom collectif. Elle ne comportait alors que deux associés. Intervint le 4 février 1988, la cession de parts d'un des deux associés au profit de l'autre. Celui-ci devint alors le seul associé de la société en nom collectif. Dans cette société qui ne comportait désormais qu'un seul associé, est intervenue, par acte du 25 juin 1990, la cession de deux parts de cette société qui en comportait cent. Le cessionnaire de ces deux parts sociales fut désigné le même jour aux fonctions de co-gérant. Ce cessionnaire, qui était, par ailleurs, salarié de la société depuis le 1^{er} mars 1990, a saisi le tribunal de commerce de Paris pour voir déclarer la nullité de celle-ci et, par voie de conséquence, voir déclarer la nullité de la cession en question ainsi que la nullité de sa désignation aux

Cette solution fut réaffirmée par un arrêt de la cour de Montpellier du 1^{er} juillet 2008⁷³².

367. – Les trois arrêts rendus dans le même sens à plusieurs années d'intervalle – en l'occurrence, l'arrêt de la cour de Paris du 4 novembre 2003, celui de la cour de Montpellier du 1^{er} juillet 2008 et celui de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 29 septembre 2009 –, indiquent *suffisamment* la volonté de la jurisprudence d'admettre la licéité du cumul d'un mandat social avec la qualité d'associé en nom collectif, et ceci malgré les arguments sérieux qui militent en faveur du refus de ce cumul.

Après l'étude des solutions que la jurisprudence applique relativement à la qualité d'associé dans les sociétés en nom collectif, nous passons à l'étude de cette question dans les sociétés civiles de construction-vente.

Par. 2 : Les sociétés civiles de construction-vente.

368. – Dans les sociétés civiles de construction-vente, la question de l'obligation des associés aux dettes sociales est régie par l'article L. 211-2 C. const. habit., ce texte étant anciennement la loi du 16 juillet 1971. Cet article dispose :

« Les associés sont tenus du passif social sur tous leurs biens à proportion de leurs droits sociaux.

Les créanciers de la société ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après mise en demeure adressée à la société et restée infructueuse ».

fonctions de co-gérant. Le demandeur soutenait que la cession et sa désignation aux fonctions de co-gérant qui n'ont pas été publiées, étaient fictives. Il arguait qu'aucune des conditions de formation des sociétés n'étaient remplies et qu'il a été victime d'un dol. Entre-temps, la société a été mise en liquidation judiciaire. Un litige prud'homal ayant opposé la société au cessionnaire, la qualité de salarié lui a été reconnue par la cour d'appel de Paris par un arrêt du 18 février 1998. Par jugement du 16 mai 2000, le tribunal de commerce de Paris débouta le demandeur de sa demande en nullité de l'acte de cession. Le cessionnaire interjeta appel de ce jugement. La cour d'appel de Paris a estimé que l'acquisition par le salarié de deux parts sociales et sa désignation en qualité de gérant, *n'ont pas pour effet de suspendre le contrat de travail*.

La cour décide qu'il convient de statuer sur *la validité* de la cession de parts sociales faite au profit du cessionnaire, salarié de la société, cession qui n'a pas été publiée mais qui a été invoquée par un tiers à la cession qui est le représentant des créanciers de la société mise en liquidation judiciaire. Celui-ci avait demandé l'extension de la procédure collective audit cessionnaire. C'est alors que la cour énonce l'attendu plus haut reproduit, dans lequel elle affirme la *licéité du cumul* de la qualité d'associé et celle de salarié. Et la cour de poursuivre en considérant, notamment, que le seul fait que le cessionnaire n'ait pas exercé les prérogatives qui sont attachées à sa qualité de co-gérant, *ne conduit pas* à la nullité de l'acte qui le lui a concédée, ni la nullité de la cession de parts sociales qui en découle, et que, le représentant des créanciers peut valablement invoquer la cession de parts qui rend le cessionnaire *responsable du passif social*, ainsi que l'acte le désignant aux fonctions de co-gérant.

La cour de Paris confirma le jugement déféré.

⁷³² CA Montpellier, 1^{er} juill. 2008, n° de RG : 2005/5687.

Sur la question de savoir si un associé peut être poursuivi des dettes devenues exigibles alors qu'il n'est plus associé dans la société, la Cour de cassation, en sa troisième Chambre civile, a décidé, par un arrêt du 12 décembre 1990, que, l'associé d'une société de construction-vente d'immeubles *demeure tenu du passif né de l'inexécution des engagements pris par la société à l'époque où il était encore associé*⁷³³. Notons l'importance liée au choix par la Cour de l'adjectif qualificatif « pris ». Ce terme évoque la *conclusion* des contrats, par opposition à l'*exigibilité* des dettes nées de ces actes juridiques.

L'arrêt du 12 décembre 1990 – décision que l'on peut qualifier de principe – a inauguré une orientation de jurisprudence qui devait par la suite être réaffirmée.

369. – C'est ainsi que, un an après cet arrêt de principe, la solution qu'il a préconisée fut réaffirmée par un arrêt rendu également par la troisième Chambre civile, le 14 novembre 1991⁷³⁴.

Et plus récemment, cette même orientation jurisprudentielle fut réaffirmée par un arrêt très remarqué, rendu le 16 décembre 2009, également par la troisième Chambre civile, dans lequel elle a énoncé que « *le cédant de parts sociales d'une société de construction-vente est tenu, en proportion de ses droits sociaux, des dettes nées à une époque où il était encore associé* »⁷³⁵. Contrairement aux deux arrêts du 12

⁷³³ Cass. 3^{ème} civ., 12 déc. 1990 : Bull. civ. 3, n° 265, p. 150 ; Rev. dr. imm. 1991. 70, obs. J.-Cl. Groslière. En l'espèce, un associé invoque deux moyens pour échapper aux poursuites d'un créancier de la société dont il avait fait autrefois partie : d'abord, dit-il, il résulte de l'article 1857 C.C., auquel ne déroge pas l'article L. 211-2 C. const. habit., que la responsabilité des associés s'apprécie à la date de l'exigibilité de la dette ; d'autre part, qu'en vertu du même article L. 211-2, les associés sont désormais tenus en proportion de leurs droits sociaux. Il voulait en déduire que puisqu'il avait cédé toutes ses parts au moment où la dette devenait exigible, il ne pouvait être poursuivi. Bien qu'ingénieux, ce raisonnement n'a cependant pas convaincu la Cour de cassation. Celle-ci décide très sobrement que « *l'associé est tenu du passif né de l'inexécution des engagements pris par la société à l'époque où il était encore associé, dans les conditions de l'article L. 241-2 C. const. habit. (...)* ».

Rappelons que la solution était déjà acquise : Cass. 3^{ème} civ., 11 déc. 1984 : Bull. civ. 3, n° 211. Soulignons que cet arrêt ne revêt pas – contrairement à celui précité du 12 décembre 1990 – l'allure d'un arrêt de principe. C'est pour cette raison que nous avons évoqué avec plus de détails ce dernier.

⁷³⁴ Cass. 3^{ème} civ., 14 nov. 1991 : Bull. civ. 3, n° 273, p. 161 ; AJDI 1992, p. 712 ; D. 1993. 356, obs. F. Magnin ; Bull. Joly soc., 1^{er} janv. 1992, n° 1, p. 93, § 21, note Y. Dereu ; RTD civ. 1992. 583, note P.-Y. Gautier ; RTD com. 1992. 402, obs. E. Alfandari.

⁷³⁵ Cass. 3^{ème} civ., 16 déc. 2009 : Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2010, n° 5, p. 465, note J.-P. Garçon. Les faits de l'espèce méritent d'être retracés. En l'espèce, une société avait participé le 4 février 1998 à la constitution d'une société civile de construction-vente avec une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. Elle céda par acte du même jour, à cette dernière la quasi-totalité des parts, soit 949 parts. La société de construction avait été mise en redressement judiciaire en novembre 2000. Et, élément de fait important, elle avait déjà été assignée pour rupture abusive de pourparlers. Un jugement du 25 octobre 2001, devenu irrévocable, a retenu la responsabilité délictuelle de la société civile envers son ancienne partenaire dans les pourparlers, pour cause de rupture abusive de pourparlers, et il a fixé à la somme de 38 112,25 € la créance de réparation de cette dernière. La société demanderesse sollicitait sa condamnation dans la proportion de 95 % du capital social, au motif qu'elle détenait 95 % de ce capital lorsque la société civile de construction avait pris des engagements. La société demanderesse sollicitait sa condamnation dans la même proportion, soit à la somme de 36. 206 €. La cour d'appel de Paris avait limité la condamnation à 38,11 €, estimant que la créance était née du jugement du 25 octobre 2001 précité, qui l'avait liquidée, alors que, à la date de celui-ci, la société n'avait plus qu'une part. Rendant son arrêt au visa des articles

décembre 1990 et du 14 novembre 1991, cet arrêt offrait l'hypothèse d'une dette d'origine *extracontractuelle* née à l'encontre de la société civile. Ayant été générée par un fait juridique, et non par un acte juridique, la difficulté provenait de la question de la détermination de *la date à laquelle est née la dette de réparation*. C'est alors que fut cassé l'arrêt d'appel qui a décidé que la dette était née au jour du jugement de condamnation⁷³⁶. Et cette solution ne peut être que pleinement approuvée.

Ainsi, contrairement à ce qu'édicté l'article 1858 C.C., c'est la date de *la conclusion du contrat* ayant donné naissance à la dette qui est prise en considération pour déterminer si l'associé sera poursuivi en recouvrement de cette dette : l'article L. 211-2 *ne faisant pas allusion* à la date d'exigibilité de la dette, c'est seule la date de sa naissance qui compte⁷³⁷.

370. – Malgré la constance de la jurisprudence relative à l'application de l'article L. 211-2 C. const. habit., il est cependant possible de trouver des arrêts rendus *en sens contraire*. Ainsi, c'est dans un arrêt du 24 janvier 2006, que la Chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé, que, « *l'ancien associé était*

1382 C.C. et L. 211-2 C. const. habit., la Cour de cassation censure l'arrêt de la cour de Paris en énonçant l'attendu de principe reproduit plus haut.

⁷³⁶ La Cour de cassation, complète l'attendu plus haut reproduit, et ajoute que « *la créance de réparation naît dès la réalisation du dommage* ». C'est pour ce motif que fut censuré l'arrêt d'appel. L'annotateur de l'arrêt révèle qu'en matière de caractérisation de la naissance d'une créance, la date du jugement est *un critère à écarter*, v. : J.-P. GARÇON, note sous l'arrêt rapporté in Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2010, n° 5, p. 466.

La doctrine qu'a adoptée l'arrêt sur la naissance de la créance de réparation, est celle que défend un éminent auteur ; il estime que la créance d'indemnisation ne naît pas à la date du jugement, mais à la date de la réalisation du dommage, elle demeure cependant – selon lui – imparfaite jusqu'à ce que soit rendue une décision de justice, celle-ci permet de la rendre certaine, de la liquider, et d'en autoriser l'exécution forcée, v. : P. JOURDAIN, *La date de naissance de la créance d'indemnisation*, Pet. Aff. 9 nov. 2004, n° 224, p. 49, spéc. p. 50.

V. pour le cas d'une société civile de droit commun : Cass. 3^{ème} civ., 23 janv. 2002 précit. : AJDI 2002. 714, note S. Porcheron ; Bull. civ. 3, n° 14, p. 11 ; Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2002, n° 5, p. 640, § 142, note F.-X. Lucas ; D. 2002. 647, note A. Lienhard ; RD imm. 2003. 350, obs. F. Magnin ; Rev. sociétés 2002. 304, note J.-F. Barbiéri ; RTD com. 2002. 332, obs. M.-H. Monsérié-Bon. Sur cet arrêt, v. *supra* note 468 sous n° 246.

La Cour de cassation a, en effet, dans plus d'une décision, consacré cette règle : Cass. com., 2 fév. 2010 : Bull. Joly soc., 1^{er} juin 2010, n° 6, p. 526, note R. Mortier ; Lexbase heb. n° 385, éd. privée, n° Lexbase N4660BNW, note J.-B. Lenhof. Dans cette décision à l'allure d'un arrêt de principe, la Cour a décidé que, le fait générateur d'une créance d'indemnité de licenciement reconnue par le conseil des prud'hommes plusieurs mois après la dissolution d'une société unipersonnelle est antérieur à la dissolution de cette société, de telle sorte que l'obligation en résultant *a été incluse dans le passif transmis à l'associé unique*.

V. déjà : Cass. 2^{ème} civ., 12 déc. 1963 : Bull. civ. 2, n° 821, p. 614. – V. aussi dans le même sens : Cass. 2^{ème} civ., 11 janv. 1979 : Bull. civ. 2, n° 18, p. 13.

⁷³⁷ J.-Cl. GROSLIÈRE, obs. précit. pour Cass. 3^{ème} civ., 12 déc. 1990 in Rev. dr. imm. 1991. 70.

tenu du passif social dans la proportion de ses droits sociaux à la date à laquelle ce passif était devenu exigible »⁷³⁸.

371. – Malgré l'existence d'arrêts dissidents⁷³⁹, il est quand même permis d'affirmer que *l'indifférence de l'exigibilité de la dette*, est bien établie en jurisprudence dans la recherche de la responsabilité des associés au passif social⁷⁴⁰. Et comme conséquence de cette règle, il faut écarter la possibilité de mettre en cause le cessionnaire qui a acquis les parts, alors que la dette est devenue exigible *postérieurement à son entrée dans la société*⁷⁴¹.

Ont été analysées dans ce qui a précédé, les solutions appliquées par la jurisprudence en ce qui concerne les conséquences que la loi attache à la qualité

⁷³⁸ Cass. com., 24 janv. 2006, n° de pourvoi : 04-12.012. En l'espèce, une banque a consenti, en 1989 et 1991, à une société civile de construction-vente dont le capital était réparti entre deux associés dans la proportion de 90 % et 10 %, deux ouvertures de crédit en compte courant respectivement de 5 000 000 F. et de 1 000 000 F. L'un des associés qui détient 90% du capital et son épouse se sont portés cautions solidaires à concurrence de la somme de 5 400 000 F. tandis que l'associé minoritaire s'est porté caution solidaire à concurrence de la somme globale de 600 000 F. Ce dernier a, le 19 mars 1992, cédé ses parts et révoqué, avec effet au 31 mai 1994, ses engagements de caution. Le 15 janvier 1996, la banque a procédé à la clôture du compte et adressé à la société, aux époux X. et à l'associé minoritaire des mises en demeure. La banque a assigné ces derniers en paiement de certaines sommes, d'une part, en leur qualité d'anciens associés, d'autre part, en exécution de leurs engagements de caution. En cours d'instance, la banque a renoncé à poursuivre les époux X. moyennant le paiement d'une certaine somme, alors qu'elle a maintenu ses demandes à l'encontre de l'associé. L'arrêt confirmatif a condamné ce dernier au paiement des sommes de 583 304,83 F. représentant 10 % du passif social et 600 000 F. en ses qualités respectives d'associé et de caution solidaire de la société civile. L'associé se pourvut en cassation ; c'est la première branche du pourvoi qui nous intéresse uniquement. Il contestait sa responsabilité au passif social au motif qu'il avait cédé ses parts sociales et alléguait qu'il ne devrait donc plus être tenu à ce passif.

Dans son attendu, la Cour de cassation commence par énoncer, se référant au texte applicable en la matière, que : « *l'arrêt retient à bon droit que l'associé d'une société constituée en vue de la construction et de la vente d'immeubles est tenu du passif né de l'inexécution des engagements pris par la société à l'époque où il était encore associé dans les conditions de l'article L. 211-2 C. const. habit.* ».

Elle poursuit et relève dans ce même attendu : « *qu'il constate [l'arrêt d'appel] que les concours financiers ont été consentis antérieurement à la date à laquelle M. Y. [l'associé] a cédé ses parts et que la SCI n'a pas réglé la dette en dépit de la mise en demeure du 27 février 1996* ».

Jusqu'ici ce qui a été énoncé dans l'attendu est tout à fait *cohérent* ; il résulte en effet des faits plus haut reproduits, que les concours financiers ont été consentis à la société en 1989 et 1991 alors que l'associé n'a cédé ses parts que le 19 mars 1992.

La suite de cet attendu ne semble cependant pas être en accord avec ce qui a été énoncé en son début ; la Cour poursuit ainsi en énonçant que : « *la cour d'appel en a exactement déduit que l'ancien associé était tenu du passif social dans la proportion de ses droits sociaux à la date à laquelle ce passif était devenu exigible* ».

Il est facile de remarquer qu'il existe une *flagrante contradiction* entre la première tranche de l'attendu et sa troisième tranche : le critère de naissance de la dette, exprimé par l'adjectif « pris », est *manifestement incompatible* avec le critère d'exigibilité de la dette, et l'un et l'autre s'excluent mutuellement dans la recherche de la responsabilité des associés aux dettes sociales. Il n'est pas de doute que l'arrêt rapporté *a commis une confusion en formulant son attendu*.

Il est cependant important de souligner que – paradoxalement – le résultat auquel est parvenu l'arrêt constitue *une application exacte de l'article L. 211-2 C. const. habit. précité*, et du critère de la « conclusion des actes juridiques » que ce texte véhicule. L'associé ayant cédé ses parts le 19 mars 1992, la banque a procédé à la clôture du compte le 15 janvier 1996, et à supposer que l'on considère cette date comme date d'exigibilité de la dette et si l'on adoptait ce critère dans la recherche de la responsabilité de l'associé cédant, celui-ci ne pourra aucunement être recherché en recouvrement du passif social.

⁷³⁹ V. l'analyse et la critique de l'arrêt précité du 24 janv. 2006, *supra* note 738.

⁷⁴⁰ J.-P. GARÇON, note précit. sous Cass. com., 13 avr. 2010 in Bull. Joly soc., 1^{er} oct. 2010, n° 10, p. 826.

⁷⁴¹ J.-P. GARÇON, *ibid.*, p. 826.

d'associé dans les sociétés civiles de construction-vente. Sera abordée dans ce qui suit cette question relativement aux sociétés civiles professionnelles.

Par. 3 : Les sociétés civiles professionnelles.

372. – Les sociétés de ce type, sont, quant à elles régies par la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 et ses modifications. Rappelons que l'article 30 de cette loi opère un renvoi à l'article 1857 C.C. Ce texte dispose :

« Les articles 1832 à 1872 du Code civil sont applicables aux sociétés civiles professionnelles, dans leurs dispositions qui ne sont pas contraires à celles de la présente loi ».

Confrontée à la question de savoir qui du cédant ou du cessionnaire des parts d'une société civile professionnelle devait répondre des engagements de celle-ci, la Cour de cassation, en sa première Chambre civile, a, par un arrêt du 26 novembre 1991, décidé que « *les associés répondent indéfiniment et solidairement à l'égard des tiers des dettes sociales à la date de leur exigibilité* »⁷⁴². Ne se contentant pas de cette motivation, qui – pourtant – aurait suffi à donner de manière très claire la solution au problème de droit, elle ajoute en précisant encore, que « *seuls les associés à la date à laquelle les paiements sont exigibles peuvent être recherchés par les créanciers* ».

Que la Cour de cassation ait opté pour cette solution, est parfaitement logique ; l'article 30 de la loi du 29 novembre 1966 précitée faisant renvoi, en son article 30, à l'article 1857 C.C. Ainsi, elle rejoint la jurisprudence applicable aux sociétés civiles de droit commun.

373. – Au terme de cette analyse des solutions appliquées en droit positif sur les conséquences qui s'attachent à la qualité d'associé dans les sociétés en nom collectif, les sociétés civiles de construction-vente et les sociétés civiles professionnelles, groupements qui ont tous en commun un même régime juridique relativement à la recherche de la responsabilité des associés aux dettes, régime exigeant de mettre en demeure préalablement l'être moral, on peut constater qu'*il n'existe pas d'analogie entre les trois types de groupements*.

Il est vrai que les deux premières se voient appliquer les mêmes solutions, *axées sur le critère de la naissance de la créance*. Ainsi à l'égard de celles-ci, la jurisprudence adopte comme critère pour rechercher la responsabilité au passif social

⁷⁴² Cass. 1^{ère} civ., 26 nov. 1991 : Bull. civ. 1, n° 334, p. 217 ; RTD civ. 1992. 583, note P.-Y. Gautier ; RTD com. 1992. 402, obs. E. Alfandari ; *ibid.* 1993. 117, obs. E. Alfandari.

des cédant et cessionnaire de parts sociales, celui de la date de conclusion des actes juridiques ou, de manière plus générale, celui de la *naissance de la créance*, si était en cause un fait juridique.

374. – Une saine logique aurait commandé qu'à ces trois types de groupements soit appliquée une seule et même solution, celle qui consiste à adopter la date de la naissance de la dette comme critère servant à rechercher qui du cédant et du cessionnaire des parts sociales sera tenu du passif social. Une telle analogie, si elle avait existé, *aurait servi utilement le principe de subsidiarité*, principe qui gouverne l'obligation au passif social des membres de ces trois types de groupements.

C'est ainsi que, obéissant à cette logique, les sociétés en nom collectif et les sociétés civiles de construction-vente se voient appliquer en jurisprudence la *même solution*, solution se basant sur l'adoption du critère de la date de conclusion des actes juridiques, ou, celui de la naissance de la dette, pour pouvoir déterminer qui de l'ancien ou de l'actuel associé sera tenu du passif social. Cette solution s'impose *naturellement* car, en l'absence de critère fixé par la loi pour rechercher la responsabilité des associés, il ne peut être adopté d'autre critère que celui dicté par le *droit commun* des obligations, et c'est celui de *la date de naissance de la dette*.

375. – Ce sont, en revanche, les sociétés civiles professionnelles qui *dérogent* à cette solution car à l'égard de celles-ci, est applicable la solution prévue pour les sociétés civiles de droit commun, par le renvoi que fait l'article 30 de la loi modifiée du 29 novembre 1966 à l'article 1857 C.C.

Le droit commun des obligations, *applicable dans le silence de la loi*, commande que soit adopté le critère de naissance de la dette, *à l'exclusion de tout autre critère*, pour pouvoir déterminer lequel des cédant et cessionnaire de parts sociales sera responsable du passif social. Toute dérogation à cette règle requiert qu'elle soit prévue de manière claire par la loi.

376. – C'est alors que, la dérogation apparaît à l'égard d'un *autre* type de groupement : il s'agit des sociétés civiles de droit commun, dont le régime juridique sur ce point a également été adopté par le législateur pour les sociétés civiles professionnelles.

Ce sont les sociétés civiles de droit commun qui se différencient des sociétés en nom collectif et des sociétés civiles de construction-vente en ce qu'elles ont été dotées par le législateur d'un *régime juridique particulier*, se basant sur le critère d'exigibilité de la dette, pour la détermination desquels des anciens et nouveaux

associés, seront responsables du passif social. La particularité de ce régime juridique *concorde* avec la détermination par la loi de l'exigence des vaines et préalables poursuites pour la recherche de la responsabilité des associés au passif social et qui fait que la subsidiarité qui régit cette responsabilité, est d'un *degré plus élevé que celle qui s'applique aux autres types de groupements*⁷⁴³.

377. – Il est regrettable qu'il n'existe pas d'homogénéité de solutions entre les sociétés en nom collectif et les sociétés civiles de construction-vente d'une part, et, les sociétés civiles professionnelles d'autre part, sur cette question. Une telle homogénéité, si elle existait, aurait *conforté* le principe de subsidiarité régissant l'obligation au passif social des membres de ces groupements, subsidiarité qui – rappelons-le – est d'un degré *moindre* que celle applicable aux sociétés civiles de droit commun⁷⁴⁴.

Après l'étude des questions qui sont communes à tous les types de groupements, nous passons à l'étude des questions qui sont spécifiques à chaque type de groupement.

Section 2 : Les questions spécifiques à chaque type de groupement.

378. – Les différences existant entre les entités examinées nécessiteront, que soient envisagées, dans trois sous-sections successives, les sociétés civiles autres que de droit commun, les sociétés en nom collectif, et les groupements d'intérêt économique.

Sous-section 1^{ère} : Les sociétés civiles autres que de droit commun.

379. – Il s'agit donc ici des sociétés civiles de construction-vente et des sociétés civiles professionnelles. Mais puisque la législation applicable à ces deux formes de sociétés n'est pas la même, il convient d'étudier chacune de ces deux entités séparément, soit dans deux paragraphes successifs.

Par. 1^{er} : La société civile de construction-vente.

380. – Avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1978 qui a refondu les règles régissant les sociétés et fut incorporée au Code civil aux articles 1832 et

⁷⁴³ Sur la question de la subsidiarité qui caractérise l'obligation au passif social des membres de sociétés civiles, v. *supra* n^{os} 186 et s.

suiuants, le statut des sociétés civiles de construction-vente avait déjà été modifié par la loi du 16 juillet 1971⁷⁴⁵. Cette nouvelle loi a introduit une dérogation à l'ancien article 1863 C.C.⁷⁴⁶, elle a notamment mis fin à l'ancien système de *l'obligation par parts viriles au passif social*⁷⁴⁷, et fut incorporée dans le Code de la Construction et de l'Habitation, aux articles L. 211-1 jusqu'à L. 211-4.

381. – Mais avec l'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1978, qui a un domaine d'application général pour les sociétés, s'est posée la question de savoir si cette loi avait implicitement abrogé les dispositions de l'article 2, alinéa 2 de la loi précitée du 16 juillet 1971. Cette question ayant été soumise aux juges du fond, le tribunal d'instance de Grasse a, par une ordonnance du 29 septembre 1983⁷⁴⁸, décidé que la loi du 4 janvier 1978 *n'a pas pu déroger aux dispositions de la loi spéciale du 16 juillet 1971*. Les associés de la société, défendeurs à l'instance, arguaient devant le tribunal que l'application de l'article 1858 C.C. devrait prévaloir sur les dispositions de la loi du 16 juillet 1971 qui lui sont antérieures. Ce texte exigeant que soient entreprises des poursuites contre la société préalablement à toute tentative de poursuite contre les associés, il était de leur intérêt que soit appliqué cet article car il retarde considérablement l'échéance de la poursuite contre eux et rend les conditions de la mise en œuvre de celle-ci plus rigoureuses. Le tribunal de Grasse rejette cette demande, mais la motivation qu'il développe a vocation à être suivie dans d'ultérieurs litiges et de servir de directive à la jurisprudence⁷⁴⁹.

⁷⁴⁴ Sur la question de la subsidiarité qui caractérise l'obligation au passif social des membres de ces groupements, v. *supra* n^{os} 322 et s.

⁷⁴⁵ Sur ce nouveau statut, v. R. SAINT-ALARY, *Le nouveau statut des sociétés civiles de construction en vue de la vente*, RTD com. 1971. 738. – Ph. JESTAZ, *Vers un statut d'ensemble de la promotion immobilière*, D. 1972, chron. 177, spéc. n^o 9.

⁷⁴⁶ Sur le régime qu'instituait l'ancien article 1863, v. *supra* n^{os} 286 et s.

⁷⁴⁷ Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} juill. 1980 : Bull. civ. 3, n^o 126 ; Rev. sociétés 1981. 799, obs. Y. Dereu ; RTD com. 1980. 794, obs. E. Alfandari M. Jeantin. L'arrêt énonce, approuvant la décision des juges d'appel, que : « (...) l'arrêt énonce à bon droit que par dérogation aux dispositions de l'article 1863 C.C. les associés d'une société civile constituée en vue de la vente d'immeubles sont, en vertu des dispositions de l'article 2 de la loi du 16 juillet 1971, tenus du passif social sur tous leurs biens à proportion de leurs droits sociaux, que ces dispositions sont déclarées d'ordre public par l'article 4 bis de cette loi ».

⁷⁴⁸ Décision publiée en annexe de l'article précit. de Ph. KAIGL, JCP (N) 1984, doct. 127. En l'espèce, une société civile immobilière a été créée le 14 novembre 1977. Son objet était l'acquisition de terrains à Cannes et la construction sur ces terrains d'immeubles collectifs et la vente en totalité ou par lots des immeubles ainsi construits. La S.C.I. passait le 3 mars 1979 un marché avec une autre société la SORMAE, par lequel elle lui confiait la construction d'un ensemble immobilier pour le prix révisable de 19.960.000 F. N'ayant pu obtenir le règlement total et complet des travaux exécutés par elle, la SORMAE diligentait diverses procédures, tendant d'une part au paiement de ce qu'elle estimait lui être dû, d'autre part lui permettant de prendre des garanties sur les biens de sa débitrice.

⁷⁴⁹ Le Tribunal de Grasse a développé l'argumentation suivante : « *Le libellé du par. 1^{er} de l'article 1845 C.C. est le suivant : "Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toutes les sociétés civiles, à moins qu'il n'y soit dérogé par le statut légal particulier auquel certaines d'entre elles sont assujetties..." ; « Que dès lors qu'une société civile est assujettie à un "statut légal particulier", les dispositions du*

382. – Mais avant que cette juridiction de fond ne se prononce, en termes de solution de principe, sur la question de l’empire de la loi de 1971 après l’entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1978, l’application de celle-là fut soumise – pour la première fois à notre connaissance –, aux tribunaux dans un litige qui donna lieu à l’arrêt de la cour d’appel de Lyon du 7 novembre 1974⁷⁵⁰. Puisque cet arrêt a été rendu en 1974, donc avant l’entrée en vigueur de la loi de 1978 sur les sociétés civiles, il n’y était pas question de conflit dans le temps entre celle-ci et la loi du 16 juillet 1971. Mais il s’agissait de déterminer si la loi du 16 juillet 1971 – plus précisément son article 2 – *dérogeait aux dispositions de l’ancien article 1863 C.C.* La cour de Lyon a admis que la loi sur les sociétés civiles de construction-vente de 1971, *dérogeait effectivement à l’ancien article 1863*⁷⁵¹, mais elle a malheureusement commis une erreur grave en décidant que le créancier disposait toujours d’un *choix* dans sa poursuite en paiement de sa créance contre la société⁷⁵². En d’autres termes, selon cet arrêt, les associés et la société sont placés sur un *même plan* quant à leur obligation au passif social.

Cette conception erronée fut, malheureusement, réitérée par la Cour de cassation cette fois, dans un arrêt de la troisième Chambre civile du 28 juin 1977⁷⁵³.

présent chapitre II du Titre neuvième du Livre III du Code civil, dans lesquelles figure l’article 1858, ne lui sont pas applicables » ; « *Que la loi du 16 juillet 1971 qui régit les sociétés civiles ayant pour objet des opérations de construction, est actuellement codifiée dans les articles L. 211-1 à L.211-4 C. const. habit. ; que cette loi et les textes qui la reprennent ont entendu ajouter, au régime général de droit commun des sociétés, les dispositions particulières spéciales qu’ils comportent (...)* ; qu’il résulte incontestablement de ce qui précède qu’au régime général de droit commun du Code civil, la loi du 16 juillet 1971 a apporté des dispositions supplétives, créant, non moins incontestablement, à l’égard des sociétés civiles ayant pour objet de construire “Le statut légal particulier” auquel celles-ci sont assujetties, au sens de l’article 1845 C.C. dans sa rédaction de la loi du 4 janvier 1978 ; (...) qu’il existe, en droit français, un principe général en vertu duquel des dispositions générales ne dérogent pas aux dispositions spéciales, sauf si la loi générale a absorbé la loi spéciale ; que le rapprochement des deux éléments précités établit, à l’évidence, qu’une telle absorption de la loi spéciale (16 juillet 1971) par la loi générale (4 janvier 1978) ne s’est pas produite, puisque aussi bien, une disposition de la loi spéciale a été modifiée par le décret d’application de la loi générale et que rien, dans celle-ci, ne marque l’intention du législateur d’avoir entendu supprimer la loi de 1971, l’article 1845 C.C. mentionnant expressément tout à la fois sa subsistance et son respect ».

⁷⁵⁰ CA Lyon, 7 nov. 1974 : Gaz. Pal. 1975. 1. jur. 288, note M. Peisse ; RTD com. 1975. 323, obs. R. Saint-Alary ; D. 1975, somm. 80.

⁷⁵¹ La cour de Lyon a énoncé dans son arrêt sous l’intitulé concernant la *régularité de la mise en demeure*, que : « *L’art. 2 de la loi du 16 juillet 1971 prévoit que par dérogation à l’art. 1863 C.C. les associés d’une société civile constituée en vue de la vente d’immeubles sont tenus du passif social sur tous leurs biens, à proportion de leurs droits sociaux, mais que les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu’après mise en demeure, adressée à la société, restée infructueuse* ».

⁷⁵² La cour a en effet énoncé, sous l’intitulé de son arrêt relatif au *patrimoine social*, que : « *L’engagement de l’associé existant concomitamment avec celui de la société, les créanciers sociaux ont la faculté de poursuivre à leur choix, la société ou les associés et cela même s’ils ont pris des garanties sur les biens sociaux* ».

⁷⁵³ Cass. 3^{ème} civ., 28 juin 1977 : Bull. civ. 3, n° 286, p. 217 ; RTD civ. 1979. 145, obs. G. Cornu ; Rev. sociétés 1978. 281, obs. B. Bouloc ; JCP 1978. 2. 18921, concl. Paucot ; D. 1978, jur. 256, note Y. Dereu. A la différence de l’arrêt précité de la cour de Lyon du 7 novembre 1974, la troisième Chambre civile ne

Cet arrêt possède cependant un mérite ; c'est celui d'avoir cassé l'arrêt d'appel qui avait décidé que l'article 2 de la loi du 16 juillet 1971, *cessait d'être applicable lorsque la société débitrice était en liquidation de biens*. En se décidant ainsi, la Cour de cassation a affirmé l'existence d'un *engagement propre de chaque associé envers les créanciers sociaux*, et d'une « action directe » appartenant à ceux-ci contre les associés⁷⁵⁴.

383. – Cette façon de voir est erronée et révoquée, car la loi du 16 juillet 1971, ainsi d'ailleurs que la loi réformatrice de 1978, ont dérogé au droit antérieur en ce qu'elles *ont mis fin à la concomitance de l'obligation au passif social des associés et de la société*. Ceci s'est fait en *renforçant la personnalité morale de la société*, ce qui a permis par conséquent d'instituer la subsidiarité gouvernant l'obligation des associés au passif social. L'exigence de mise en demeure préalable possède l'avantage de *valoriser la personnalité morale de la société*⁷⁵⁵, et permettre le choix dans la poursuite méconnaît effectivement l'existence de la personnalité morale de la société.

384. – Donc, désormais et d'après la loi du 16 juillet 1971, les créanciers de la société civile de construction-vente peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre les associés après *mise en demeure* adressée à la société et *demeurée infructueuse* sans devoir entreprendre de poursuites contre l'être moral. Mais aussi et surtout, comme nous l'avons souligné précédemment, ils ne peuvent poursuivre les associés en paiement des dettes sociales sans avoir *au préalable* adressé à la personne morale une mise en demeure, *restée infructueuse*.

Insistons ici sur l'exigence de mise en demeure et sur le fait que cette exigence *se suffit à elle-même*, en ce sens qu'on ne saurait lui ajouter d'autres conditions. C'est dans cette optique qu'a été censuré l'arrêt qui a subordonné à l'existence d'une

mentionne pas dans son attendu principal la concomitance de l'obligation des associés avec celui de la société, elle énonce simplement dans un attendu à portée générale que : « *il résulte de ce texte [l'article 2 de la loi du 16 juillet 1971] que le créancier d'une société civile, constituée en vue de la construction d'un ou plusieurs immeubles (...), peut à son choix poursuivre la société ou les associés à l'égard desquels il dispose d'une action directe après mise en demeure adressée à la société et demeure infructueuse* ».

⁷⁵⁴ Cette solution est à rapprocher de celle applicable aux sociétés civiles de droit commun, v. *supra* n^{os} 301 et s.

⁷⁵⁵ R. SAINT-ALARY, obs. pour CA Lyon, 7 nov. 1974 in RTD com. 1975. 324.

procédure collective contre la société débitrice l'action en paiement dirigée contre un associé⁷⁵⁶.

385. – Il nous faut à présent étudier comment la jurisprudence interprète les exigences posées pour permettre de poursuivre les associés pour les dettes sociales.

Dans le courant des décisions ayant adopté une conception stricte des conditions de mise en œuvre de la responsabilité des associés aux dettes sociales, il est important de signaler un arrêt de la troisième Chambre civile du 2 décembre 1980⁷⁵⁷. Un des commentateurs de l'arrêt l'a interprété comme ayant reconnu pour la première fois et de manière claire, le *principe de subsidiarité de l'engagement des associés au passif social* dans les sociétés civiles de construction-vente⁷⁵⁸. Mais c'est pour une autre raison également que cet arrêt mérite d'être signalé, il a en effet décidé que l'article 2 de la loi du 16 juillet 1971 – aujourd'hui devenu l'article L. 211-1 C. const. habit. – s'interprète comme exigeant, qu'avant de pouvoir poursuivre un associé de la société, le créancier social doit posséder un *titre contre la société*. Cette exigence de l'existence d'un titre préalable contre la société ne semble cependant pas ressortir des dispositions de l'article 2 précité. Cet article dispose que : « Les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après mise en demeure adressée à la société et restée infructueuse ».

En effet, non seulement nous sommes ici en présence d'une conception restrictive de la condition de mise en demeure préalable, en ce que la décision précitée a exigé qu'un titre soit obtenu à l'encontre de la société, mais il s'agit aussi d'une exigence que le texte *ne mentionne pas*, et qui – de prime abord – pourrait sembler *contraire* à l'esprit du nouveau statut des sociétés civiles de construction-vente institué par la loi du 16 juillet 1971⁷⁵⁹. Celle-ci s'est écartée du régime institué par l'ancien article 1863 C.C. en ce qu'il mettait la responsabilité de la société et des associés sur un *même plan*. Alors que la loi réformatrice de 1971 a institué l'exigence de la *mise en demeure préalable*, requise avant toute poursuite contre les associés.

386. – On s'est basé pour critiquer cette solution, sur le droit commun de la responsabilité des associés dans les sociétés civiles qui – a-t-on estimé –, demeurerait applicable pour le régime juridique de celles-ci sur tous les points qui ne touchaient

⁷⁵⁶ Cass. 3^{ème} civ., 12 janv. 1988 : Bull. civ. 3, n° 3, p. 2. L'arrêt a été rendu sous le visa de l'article L. 211-2 C. const. habit. et a, bien-entendu, été cassé pour violation de ce texte.

⁷⁵⁷ Cass. 3^{ème} civ., 2 déc. 1980 : JCP 1983, 2, n° 20021, note Y. Dereu ; Rev. sociétés 1982. 336, obs. B. Bouloc ; D. 1981, IR. 408, obs. F. Magnin.

⁷⁵⁸ Y. DEREU, note sous l'arrêt rapporté in JCP 1983, 2, n° 20021.

⁷⁵⁹ Y. DEREU, note précit. sous Cass. 3^{ème} civ., 2 déc. 1980 in JCP 1983, 2, n° 20021.

pas à la question de la mise en demeure préalable, soulignant que ce régime n'a, cependant, jamais imposé que le créancier possède un titre préalable contre la société⁷⁶⁰.

D'un autre côté, on a – au contraire – défendu cette solution, arguant que sans la condition du titre préalable contre la société, la responsabilité des associés *ne serait pas vraiment subsidiaire*⁷⁶¹, et expliqué, que le texte ne saurait être interprété que comme exigeant un titre contre la société, car autrement, et dans le cas contraire, il ne ferait que consacrer l'usage de la mise en demeure préalable visant à faire courir les intérêts légaux contre le débiteur assigné⁷⁶².

387. – La jurisprudence inaugurée par l'arrêt de la troisième Chambre civile du 2 décembre 1980 devait cependant être réaffirmée – fût-ce de manière implicite –, dans un arrêt rendu également par cette même formation de la Cour de cassation, le 12 décembre 1990⁷⁶³. Cette jurisprudence fut de même réaffirmée plus récemment, toujours de manière implicite, par un arrêt très remarqué de la Chambre commerciale du 20 novembre 2001⁷⁶⁴, précédemment cité. Ceci permet de dire, qu'elle est devenue désormais *constante*.

⁷⁶⁰ Y. DEREU, note précit. in JCP 1983, 2, n° 20021.

⁷⁶¹ Ph. KAIGL, art. précit, n° 8.

⁷⁶² Ph. KAIGL, *ibid.*, n° 8.

⁷⁶³ Cass. 3^{ème} civ., 12 déc. 1990 précit. : Bull. civ. 3, n° 264, p. 149.

⁷⁶⁴ Cass. com., 20 nov. 2001 précit. : Bull. civ. 4, n° 184, p. 177 ; RTD com. 2002. 119, note M.-H. Monsérié-Bon. En l'espèce, divers avis de mise en recouvrement ont été émis à l'encontre d'une société civile immobilière. Après des mises en demeure adressées à celle-ci et restées infructueuses, et un avis à tiers détenteur, le receveur principal a notifié à l'associé de celle-ci, deux mises en demeure d'avoir à payer certaines sommes représentant la moitié de la dette fiscale de la société. L'associé poursuivi a fait opposition, celle-ci fut rejetée. Il a alors saisi le juge de l'exécution compétent. Il contestait la régularité de la procédure suivie et prétendait que le comptable public doit adresser au redevable de l'impôt un avis de mise en recouvrement préalablement à la notification d'une mise en demeure. Le juge de l'exécution a annulé la procédure de recouvrement. C'est alors que le receveur des impôts a interjeté appel. La cour d'appel a infirmé le jugement du juge de l'exécution et dit la procédure régulière. L'associé poursuivi se pourvut alors en cassation. Le moyen du pourvoi faisait notamment valoir, que le comptable public est tenu d'adresser au redevable de l'impôt un avis de mise en recouvrement préalablement à la notification d'une mise en demeure à son encontre, et que la cour d'appel en décidant que l'avis de mise en recouvrement émis à l'encontre de la société pouvait authentifier la créance à l'égard de l'associé, qui n'était pas visé dans ce titre, a violé l'article L. 256 LPF. Et la deuxième branche du pourvoi faisait valoir que l'associé d'une société civile ne peut être poursuivi en paiement d'une dette de la société, constatée par un titre exécutoire, sans que soit obtenu un titre exécutoire personnellement contre lui. La Cour de cassation était donc amenée à se prononcer sur les modalités d'exercice des poursuites contre les associés de la société civile. Elle fournit deux solutions, l'une en ce qui concerne les dettes civiles, l'autre en ce qui concerne les dettes fiscales. Sur problème relatif aux dettes civiles, elle rappelle en premier le régime juridique de mise en demeure préalable applicable et énonce que : « (...) la cour d'appel a retenu à bon droit que l'article L. 211-2 C. const. habit., dont l'application n'est pas contestée par le pourvoi, institue à la charge des associés d'une société civile immobilière, tenus au passif social à proportion de leurs droits sociaux, une obligation de paiement sur simple commandement ou mise en demeure, lorsque la mise en demeure qui a été notifiée à la société est demeurée infructueuse ». Elle poursuit cet attendu, et se prononce sur le problème des dettes fiscales, en énonçant que : « l'avis de mise en recouvrement émis à l'encontre de la société civile immobilière constitue aux termes de l'article L. 256 LPF un titre exécutoire authentifiant la créance fiscale ». Dans la suite de cet attendu, la Cour précise que la personne tenue au paiement d'une imposition incombant à une autre personne peut en obtenir copie en application des dispositions de l'article R. 257-2 LPF, et que cet article déroge ainsi à l'article 503 CPC. S'applique donc

388. – Cette jurisprudence doit être approuvée, car, pensons-nous, elle se justifie d'un double point de vue. Du point de vue du droit des voies d'exécution, elle se justifie par la règle selon laquelle, « toute exécution forcée implique que le créancier soit muni d'un titre exécutoire portant condamnation de la personne qui doit exécuter »⁷⁶⁵. Et, du point de vue du droit des affaires, elle se justifie par le caractère subsidiaire de l'obligation des associés au passif social, et c'est en même temps qu'elle contribue à *consolider ce caractère subsidiaire*.

Ce constat s'avère ici être indispensable car on serait, en effet, tenté de se demander si l'obligation au passif social des associés des sociétés civiles de construction-vente, présente *véritablement* le caractère subsidiaire à l'instar de ce qui en est pour les sociétés civiles de droit commun régies par les articles 1845 C.C. et suivants, étant donné que la loi applicable à ce type de sociétés conditionne la poursuite des associés à la *simple mise en demeure adressée à la société*. On a même aussi parfois dénié le caractère subsidiaire de l'obligation au passif social des associés de ce type de sociétés, et estimé, qu'il s'agit d'une subsidiarité ne résultant que *d'une mesure de procédure aux effets limités*⁷⁶⁶.

389. – Or il n'en est rien, et l'état du droit positif dément cette dernière opinion et balaie tout doute possible sur ce point. La jurisprudence admet en effet, *sans réserve*, que l'obligation au passif social des associés de ces sociétés est bel et bien *subsidiaire* par rapport à l'obligation de la société elle-même⁷⁶⁷.

ici un texte spécial, l'article R. 257-2 précité, qui déroge au texte général du Code de procédure civile. L'article 503 CPC en question dispose en effet, en son alinéa premier que :

« Les jugements ne peuvent être exécutés contre ceux auxquels ils sont opposés qu'après leur avoir été notifiés, à moins que l'exécution n'en soit volontaire ».

Poursuivant toujours son attendu, la Cour déduit que : « *la procédure suivie à l'encontre de M. Y. (l'associé) était régulière dès lors qu'un titre exécutoire avait bien été émis à l'encontre de la société civile immobilière et que les mises en demeure à l'encontre de cette dernière étaient demeurées infructueuses* ».

La Cour de cassation rejette le pourvoi, confirmant ainsi la régularité de la procédure de recouvrement des dettes fiscales diligentée contre l'associé de la société civile.

⁷⁶⁵ Cass. 2^{ème} civ., 21 mars 2002 : Bull. civ. 2, n° 56, p. 46.

⁷⁶⁶ R. SAINT-ALARY, obs. pour CA Lyon, 7 nov. 1974 in RTD com. 1975. 323.

⁷⁶⁷ Cass. 3^{ème} civ., 31 mai 1995 : Bull. civ. 3, n° 134, p. 90 ; Bull. Joly 1995. 977, § 352, note Y. Dereu ; RD imm. 1995. 759, obs. J.-Cl. Groslière et C. Saint-Alary-Houin ; RTD com. 1995. 797, obs. M. Jeantin ; *ibid.* 1998. 682, obs. A. Martin-Serf. L'arrêt énonce : « *Pour débouter cet associé de son recours, l'arrêt retient que [l'associé] est un débiteur conjoint des obligations de la société* » ; « *Qu'en statuant ainsi, alors que les associés des sociétés civiles constituées en vue de la construction et de la vente d'immeubles sont des débiteurs subsidiaires du passif social envers les tiers, la cour d'appel a violé le texte susvisé (l'article L. 211-2 C. const. habit.)* ».

L'étude de la responsabilité des associés au passif social dans les sociétés civiles de construction-vente étant achevée, il convient à présent d'envisager le régime applicable à cette obligation dans la société civile professionnelle.

Par. 2 : La société civile professionnelle.

390. – La société civile professionnelle est la première forme sociale ouverte aux professions libérales, et elle est conçue comme une sorte de prolongement de l'activité personnelle de l'associé. L'associé y est tenu par une obligation d'exclusivité professionnelle au profit de la société⁷⁶⁸. La société civile professionnelle relève de la loi précitée n° 66-879 du 29 novembre 1966 et ses modifications, ainsi que du décret propre à chaque profession.

Les associés de la société civile professionnelle sont des personnes physiques réunissant toutes les conditions exigées par la loi ou les règlements pour l'exercice de la profession libérale concernée⁷⁶⁹. L'exclusion des personnes morales est justifiée par le souci d'éviter un anonymat et une certaine irresponsabilité qui seraient contraires aux intérêts de la clientèle⁷⁷⁰.

Les associés répondent indéfiniment, *mais sans solidarité*, des dettes sociales à l'égard des tiers. C'est ce que dispose l'alinéa premier de l'article 15 précité de la loi du 29 novembre 1966⁷⁷¹, tel que modifié par la loi 28 mars 2011.

L'étude du régime de la responsabilité des associés de sociétés civiles de construction-vente et des sociétés civiles professionnelles étant achevée, il convient d'envisager à présent celle qui est relative aux associés dans les sociétés en nom collectif.

Sous-section 2 : Les sociétés en nom collectif.

391. – L'obligation aux dettes dans la société en nom collectif est régie par la solidarité, celle-ci existe entre tous les associés en nom de la société. Mais pour pouvoir rechercher la responsabilité des associés pour le passif social, il faut que le créancier commence par adresser une mise en demeure à la société, cette mise en demeure étant restée infructueuse, ceci lui permettra de poursuivre les associés pour les dettes sociales. Il n'est nullement besoin ici de pousser plus loin les poursuites

⁷⁶⁸ D. VIDAL, *Droit des sociétés*, L.G.D.J., 5^e éd., 2006, spéc. n° 1310 et les réf. citées.

⁷⁶⁹ D. VIDAL, *ibid.*, n° 1311.

⁷⁷⁰ D. VIDAL, *ibid.*, n° 1311.

contre la société. Comme pour les sociétés civiles autres que de droit commun et pour les groupements d'intérêt économique, nous sommes très loin du régime des vaines poursuites exigé pour les sociétés civiles de droit commun. Une simple mise en demeure restée infructueuse suffit pour ouvrir la voie devant la poursuite des associés pour les dettes sociales. On voit qu'il est plus facile pour un créancier de rechercher la responsabilité des associés en nom collectif que de rechercher celle des associés de sociétés civiles de droit commun⁷⁷².

392. – A cet égard, un auteur a, à juste titre, observé que dans les sociétés *affectées de solidarité*, l'écran de subsidiarité, constitué par les modalités gouvernant l'exigence relative aux poursuites contre les associés, est *moins solide* que dans les groupements où il n'existe pas de solidarité⁷⁷³.

Du point de vue de la subsidiarité, il serait intéressant d'étudier la situation des associés en nom par rapport à la société. Si le droit actuel sur les sociétés permet d'affirmer qu'avec l'exigence de *mise en demeure préalable* de la société, l'obligation des associés aux dettes sociales est devenue *subsidaire*⁷⁷⁴, il serait intéressant – ne serait-ce que pour l'utilité de la discussion théorique – de faire la comparaison avec le droit antérieur (par. 1^{er}), pour pouvoir apprécier l'apport du droit actuel qui régit l'obligation aux dettes des associés en nom (par. 2).

Par. 1^{er} : La comparaison avec le droit antérieur.

393. – La solidarité a depuis toujours été le régime juridique qui gouverne l'obligation aux dettes des associés en nom. C'est ainsi que sous l'empire du droit antérieur à la loi du 24 juillet 1966, l'obligation des associés aux dettes sociales dans les sociétés en nom collectif était régie par l'ancien article 22 C. com. qui disposait :

⁷⁷¹ Sur le texte de l'article 15 en question, v. *supra* n^{os} 372 et s., et note 820.

⁷⁷² On a aussi inversement souligné qu'il est plus facile pour un créancier de rechercher la responsabilité des associés de sociétés en nom collectif que de rechercher la responsabilité des associés de sociétés civiles de construction-vente.

⁷⁷³ J.-M. CALENDINI, obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 10 juill. 1996 précit. in Bull. Joly 1996, § 349, p. 960. – Rapp. : Ph. JESTAZ, obs. précit. in RTD civ. 1978. 440, spéc. p. 442. Cet auteur estime que la différence de régime juridique applicable entre d'une part les sociétés civiles et d'autre part les sociétés en nom collectif quant aux conditions de poursuite des associés, *s'explique par la solidarité qui caractérise les relations des associés en nom entre eux*.

⁷⁷⁴ F. DERRIDA, *De la nature juridique des sociétés par intérêts depuis la loi du 24 juillet 1966* in Etudes André Audinet, P.U.F. 1968, p. 43, spéc. n^o 6.

« Les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société, sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale ».

En vertu de ce texte, un seul des associés en nom avait le pouvoir d'engager tous les associés, pourvu qu'il ait usé, en signant, de la raison sociale.

394. – Il est clair que cet article institue la solidarité dans les rapports des associés entre eux ; mais on peut se demander si cette solidarité s'étend aux rapports des associés avec la société.

C'est ce point précis dont l'examen nous intéresse dans le cadre de la présente étude, celle de la perspective de subsidiarité de l'obligation aux dettes des associés en nom, mais aussi dans le but de faire la comparaison du droit antérieur avec le droit actuel, et pouvoir évaluer l'apport de ce dernier.

C'est ainsi que, malgré le silence de ce texte sur la question précise de la solidarité, on avait interprété l'article 22 précité comme instituant non seulement la solidarité des associés entre eux, mais aussi celle des associés avec la société⁷⁷⁵. Ce point de vue ne rend cependant pas compte du droit applicable à la situation des associés en nom vis-à-vis de la société, et a besoin d'être nuancé, car malgré cette prétendue solidarité, il n'était pas reconnu aux créanciers le droit de poursuivre directement et à leur choix l'un quelconque des associés⁷⁷⁶, ce qui sera examiné plus loin.

394. – La situation des associés en nom dans les sociétés en nom collectif avait en effet fait l'objet de réflexions de la part des auteurs anciens et classiques, à une époque où la personnalité morale de ce type de sociétés n'était pas encore pleinement reconnue, ou du moins, ne l'était qu'à ses débuts. C'est ainsi qu'on a pu estimer à propos de ces sociétés, que « *l'être moral se confond pratiquement avec les êtres physiques* »⁷⁷⁷. Ou alors, on a pu dire de manière qui se rapproche quelque peu plus du droit actuel, que « *la personnalité morale de la société n'est pas complètement dégagée de la personnalité de chacun des associés* »⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵ E. THALLER, note sous Cass. civ., 28 mars 1898 précit. in D.P. 1899. 1. 49. – L. LACOUR, note sous Cass. civ., 27 mai 1914 précit. in D. 1921. 1. 121.

⁷⁷⁶ L. LACOUR, note précit. sous Cass. civ., 27 mai 1914 in D. 1921. 1. 121.

⁷⁷⁷ J. ESCARRA, *Cours de droit commercial*, Sirey 1952, p. 358, n° 592, *in fine*.

⁷⁷⁸ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, L.G.D.J. 1963, n° 802.

Ces auteurs ont comparé la situation des associés en nom vis-à-vis de la société, à celle d'une *caution*⁷⁷⁹, certains même l'ont comparé à celle d'une *caution solidaire*⁷⁸⁰. Et sur la question de la reconnaissance ou non d'un « bénéfice de discussion » au profit des associés, la grande majorité des auteurs a refusé de reconnaître l'existence au profit des associés d'un quelconque « bénéfice de discussion »⁷⁸¹. Pour dénier l'existence d'un bénéfice de discussion au profit des associés, certains se sont basés sur la considération que l'ancien article 22 C. com. instituait la solidarité entre les associés et la société⁷⁸². D'autres se sont plus simplement basés sur des considérations d'ordre pratique, tels les désavantages qu'aurait à subir le créancier poursuivant s'il devait discuter les biens de la société débitrice lorsque ces biens se trouveraient disséminés dans le ressort de plusieurs tribunaux⁷⁸³.

Ceux qui ont estimé que les associés en nom pouvaient se prévaloir du bénéfice de discussion ont considéré que la situation de ceux-ci se situait entre celle d'un véritable codébiteur solidaire et celle d'une caution ordinaire⁷⁸⁴. Bien qu'elle soit minoritaire, nous pensons que cette opinion correspond le plus à la réalité de la situation des associés en nom telle qu'elle se trouvait sous l'empire du droit antérieur.

395. – L'opinion de la doctrine refusant le bénéfice de discussion au profit des associés, ne reflétait au demeurant que l'orientation de la jurisprudence de l'époque.

En effet, l'ancienne jurisprudence refusait que les associés puissent opposer au créancier qu'il discute en premier les biens de la société débitrice ; les associés ne pouvaient se prévaloir d'un *quelconque bénéfice de discussion*, à l'encontre du créancier poursuivant⁷⁸⁵. Cette orientation s'est surtout révélée dans des décisions des

⁷⁷⁹ J. ESCARRA, *Manuel de droit commercial*, T. 1, Sirey 1947, n° 600. Cet auteur estime que les associés « ne peuvent être tenus que subsidiairement en qualité de cautions ». C'est le seul auteur qui apporte la précision de *subsidiarité* à l'engagement des associés. – J. M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, T. 4, Librairie de la Cour de cassation, 1841, n° 1026, p. 169. – L. LACOUR, note précit. sous Cass. civ., 27 mai 1914 in D. 1921. 1. 121. – J. P., note sous Trib. com. Tourcoing, 17 nov. 1908 précit. in D.P. 1910. 2. 217.

⁷⁸⁰ A. BOISTEL, *op. cit.*, n° 189. – E. THALLER, note précit. sous Cass. civ., 28 mars 1898 in D.P. 1899. 1. 49.

⁷⁸¹ V. par ex. : A. BOISTEL, *op. cit.*, n° 189. – J. M. PARDESSUS, *op. cit.*, n° 1026, p. 169. – V. qui pourtant soutient l'opinion contraire : L. JULLIOT de La MORANDIÈRE, R. RODIÈRE et R. HOUIN, *Droit commercial*, T. 1, 2^{ème} éd., Dalloz, 1960, p. 312, n° 399.

⁷⁸² L. LACOUR, note précit. sous Cass. civ., 27 mai 1914 in D. 1921. 1. 121.

⁷⁸³ E. THALLER, note précit. sous Cass. civ., 28 mars 1898 in D.P. 1899. 1. 49.

⁷⁸⁴ L. JULLIOT de La MORANDIÈRE, R. RODIÈRE et R. HOUIN, *op. cit.*, n° 399, p. 313.

⁷⁸⁵ Ph. BONNECARRERE et M. LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de droit commercial*, Sirey 1932, p. 75, n° 116. – V. aussi des mêmes auteurs : *Exposé méthodique de droit commercial*, Sirey 1946, n° 364.

juridictions du fond⁷⁸⁶. C'est alors qu'on a pu estimer que les associés ne sont pas seulement tenus solidairement entre eux, *mais aussi avec la société*⁷⁸⁷.

Cette perspective et la comparaison de la situation des associés et celle d'une caution n'est pas étrangère aux vues de bon nombre d'auteurs contemporains qui, dans leur étude du régime juridique de l'obligation aux dettes sociales des associés des sociétés civiles de droit commun, ont estimé que l'exigence de poursuite vaine et préalable contre la société civile, *créait bel et bien au profit des associés une « sorte de bénéfice de discussion »*⁷⁸⁸.

396. – Ceci dit, et malgré le refus de reconnaissance d'un quelconque bénéfice de discussion aux associés en nom, la jurisprudence ne permettait pas que les créanciers puissent poursuivre les associés *avant que la société ne soit invitée à payer par acte équivalent à une mise en demeure*. Cette solution a été notamment affirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 1898, que l'on peut qualifier de décision de principe⁷⁸⁹.

De même, les auteurs anciens insistaient sur la nécessité qui s'impose aux créanciers de procéder à un *acte de réclamation* contre la société⁷⁹⁰, ou, d'obtenir un *jugement contre celle-ci*⁷⁹¹, préalablement à toute poursuite entreprise par eux contre les associés en nom. On a avancé pour expliquer cette solution, l'idée selon laquelle les associés ne sont tenus des dettes sociales qu'à titre *accessoire*, qu'ils remplissent le rôle de *garants*⁷⁹².

397. – Mais il existait certaines décisions dissidentes des juges du fond, qui ne considéraient pas les associés en nom comme des garants mais, au contraire, *tenus au*

⁷⁸⁶ V. par ex. : Trib. com. Tourcoing, 17 nov. 1908 : D.P. 1910. 2. 217, note J. P., le tribunal énonce : « *Les associés poursuivis en paiement d'une dette sociale ne peuvent se refuser à l'acquiescer sous le prétexte que le fonds social n'aurait pas été préalablement discuté* ». – V. aussi : CA Douai, 13 nov. 1909 précit. : D.P. 1913. 2. 57, note C. Levillain. Au début de son attendu reproduit *supra* note 692 sous n° 351, la cour d'appel de Douai énonce que : « *Si aux termes de l'art. 22 C. com., les associés en nom collectif sont solidaires pour tous les engagements de la société et ne peuvent opposer à l'action des créanciers sociaux l'exception du bénéfice de discussion (...)* ».

⁷⁸⁷ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial, op. cit.*, n° 810. – V. aussi qui a une opinion plus nuancée : Ph. BONNECARRERE et M. LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de droit commercial, op. cit.*, p. 75, n° 116. – V. aussi des mêmes auteurs : *Exposé méthodique de droit commercial, op. cit.*, n° 364.

⁷⁸⁸ Sur cette opinion doctrinale ainsi relevée, v. *supra* n°s 394 et 395.

⁷⁸⁹ Cass. civ., 28 mars 1898 précit. : D.P. 1899. 1. 49. Cet arrêt pose au demeurant la solution de principe en ce qui concerne les conditions requises pour que puissent être poursuivis les associés en nom en paiement des dettes sociales, la Cour y énonce que : « *En droit, pour justifier leur action, les créanciers d'une société en nom collectif doivent établir, d'une part, (...) que les engagements dont ils poursuivent l'exécution contre les associés constituent des engagements sociaux, et, d'autre part, que la société elle-même a été invitée à payer par un acte équivalent à une mise en demeure* ».

⁷⁹⁰ C. LEVILLAIN, note sous CA Douai, 13 nov. 1909 précit. in D.P. 1913. 2. 58.

⁷⁹¹ J. M. PARDESSUS, *op. cit.*, n° 1026, p. 169.

⁷⁹² C. LEVILLAIN, note précit. sous CA Douai, 13 nov. 1909 in D.P. 1913. 2. 58.

*même titre que la société*⁷⁹³. De telles hésitations de la jurisprudence peuvent s'expliquer par la considération qu'à cette époque-là, la personnalité morale des sociétés en nom collectif n'était pas encore pleinement et clairement reconnue⁷⁹⁴.

398. – Concernant les exigences requises pour l'exécution des obligations contre les associés en nom, il peut être affirmé ici ce qui l'a été à propos de l'exécution des obligations à l'encontre des associés de sociétés civiles⁷⁹⁵, la poursuite des associés sur leurs biens personnels ne peut se faire que si les créanciers obtiennent un *titre contre ceux-ci personnellement*.

La jurisprudence décide en effet qu'il ne suffit pas aux créanciers d'obtenir ou de détenir un titre contre la société pour qu'ils puissent valablement agir contre les associés, il faut au surplus qu'ils obtiennent un titre contre ces derniers *personnellement*⁷⁹⁶.

La solution aurait pu ne pas être aussi évidente, et on aurait pu penser que les actes exécutoires obtenus contre la société valent comme titre exécutoire à l'égard des associés.

⁷⁹³ Trib. com. Tourcoing, 17 nov. 1908 précit. : D.P. 1910. 2. 217, note J. P. Il s'agissait en l'espèce d'une société en nom collectif qui comprenait deux associés, dont l'un avait fourni un gage pour sûreté des avances faites à la société par un banquier. Les deux associés et la société elle-même, ont été mis en liquidation judiciaire. La société d'une part, et de l'autre, chacun des deux associés personnellement avaient été admis au bénéfice de la liquidation. La question se posait de savoir pour quelle somme le banquier devait être autorisé à produire dans chacune des trois liquidations susmentionnées, étant donné qu'il entendait produire avant toute réalisation de son gage. Le jugement rapporté, par application de l'ancien article 546 C. com., refuse d'admettre le banquier à la liquidation judiciaire de la société tant qu'il n'aura pas réalisé son gage. Or, il ne faut pas perdre de vue, que dans l'espèce rapportée, ce n'était pas la société qui avait constitué le gage avec des valeurs lui appartenant; c'était l'un des associés personnellement avec des biens lui appartenant en propre. On se trouvait donc en présence d'un gage fourni par un autre que par le failli. Donc, le tribunal de Tourcoing refuse au banquier dans le jugement rapporté, le droit de produire pour l'intégralité de sa créance dans la faillite de la société. A l'appui de cette solution, le jugement allègue que la dette de la société en nom collectif n'est pas distincte de celle qui est personnelle à chaque associé, il énonce que : « *dans une société en nom collectif, les associés ne sont pas seulement des coobligés de la société, mais plus précisément et au même titre qu'elle sinon d'avantage encore qu'elle, les obligés eux-mêmes* ».

⁷⁹⁴ L'opinion qui refusait la personnalité morale aux sociétés en nom collectif, reposait essentiellement sur l'idée selon laquelle l'obligation personnelle des associés en nom collectif, obligation indéfinie et solidaire, semblait *incompatible* avec l'existence d'un patrimoine propre de la société. Cette obligation est d'une force telle que les associés qui y sont soumis sont eux-mêmes des commerçants. L'intensité si vive de l'*intuitus personae* qui caractérise l'obligation des associés en nom conduisait dans l'esprit des auteurs antérieurs à la loi de 1966, à *refuser à ces sociétés les attributs de la personnalité morale*. V. sur ce point : F. DERRIDA, *De la nature juridique des sociétés par intérêts depuis la loi du 24 juillet 1966* in *Études André Audinet*, art. précit., n° 6.

⁷⁹⁵ V. *supra* n°s 262 et s.

⁷⁹⁶ TGI Lyon, 15 fév. 1994 : D. 1995, jur. 47, note J. Prévault. Le tribunal énonce que : « *L'acte notarié de prêt dont se prévaut l'UCB ne constitue un titre exécutoire qu'à l'égard du seul emprunteur, à savoir la SNC Saint-Eustache, et non à l'égard des associés de cette société, bien que chaque associé en nom soit tenu indéfiniment et solidairement des dettes sociales* ». En l'espèce, l'Union de crédit pour le bâtiment (UCB) avait accordé à une société en nom collectif (Saint-Eustache) un crédit. Ce prêt était constaté par acte notarié revêtu de la formule exécutoire. La société n'a pas remboursé le prêt, l'UCB pris alors des inscriptions d'hypothèque sur des immeubles appartenant à la dame Chanut, associée dans la société débitrice. Celle-ci a saisi le juge de l'exécution demandant la mainlevée des inscriptions prises. Le juge d'exécution de Lyon prononce l'annulation des inscriptions hypothécaires au motif que l'acte notarié ne

399. – Cette manière de raisonner pourrait trouver un appui sur la considération que les sociétés en nom collectif ont une personnalité morale *chétive* qui laisse transparaître plus ou moins derrière elle, la personne des associés⁷⁹⁷. Cette réalité les rendrait moins protégés vis-à-vis des actes et procédures d'exécution dont ferait l'objet la société. Dans ce contexte, il est intéressant de noter que sous l'empire du droit antérieur, les anciens auteurs estimaient que les jugements rendus contre la société constituaient par eux-mêmes *un titre exécutoire suffisant pour permettre la poursuite des associés*⁷⁹⁸.

Or, la jurisprudence suit la même solution appliquée aux sociétés civiles dont la personnalité morale est *plus soulignée*, et ne permet aux créanciers d'engager des actes d'exécution contre les associés en nom qu'après l'obtention d'un titre délivré personnellement contre eux⁷⁹⁹. Un auteur a suggéré l'existence de trois voies ouvertes au créancier dans une telle situation⁸⁰⁰. Nous ne nous arrêterons que devant deux d'entre elles.

400. – La première concerne le droit des procédures d'exécution, elle consiste à solliciter une autorisation judiciaire pour une inscription d'hypothèque provisoire sur les biens de l'associé de la société débitrice. La seconde voie, qui nous intéresse le plus, consiste à adresser une *mise en demeure* à la société ; si cette mesure reste sans résultat, c'est alors que l'associé pourra être assigné en remboursement du prêt litigieux.

401. – Cette orientation de la jurisprudence a été réaffirmée dans une décision assez récente, qui, au demeurant, a eu un grand retentissement dans les milieux d'affaires français. C'est par un arrêt de la deuxième Chambre civile du 19 mai 1998⁸⁰¹, que la Cour de cassation a refusé aux créanciers d'une société en nom

constituait un titre qu'à l'égard du seul emprunteur, il ne pouvait donc être exécuté à l'encontre des associés.

⁷⁹⁷ Rapp. : G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial, op. cit.*, n° 802.

⁷⁹⁸ A. BOISTEL, note sous Cass. req., 14 mai 1890 précit. in D.P. 1891. 1. 243. L'auteur cite à l'appui de son opinion, des références d'éminents commercialistes de l'époque. Sur cet arrêt, v. aussi *supra* note 692 sous n° 351.

⁷⁹⁹ Sur cette solution appliquée aux sociétés civiles, v. *supra* n°s 275 et s.

⁸⁰⁰ J. PRÉVAULT, note sous TGI Lyon, 15 fév. 1994 précit. in D. 1995, jur. 48.

⁸⁰¹ Cass. 2^{ème} civ., 19 mai 1998 : D. 1998. jur. 405, concl. P. Tatu ; RTD civ. 1998. 750, obs. approb. R. Perrot ; *ibid.* 933, obs. crit. P.-Y. Gautier. L'arrêt énonce : « *Toute exécution forcée implique que le créancier soit muni d'un titre exécutoire à l'égard de la personne même qui doit exécuter, et que le titre délivré à l'encontre d'une société n'emporte pas le droit de saisir les biens des associés, fussent-ils tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales, à défaut de titre exécutoire pris contre eux* ». En l'espèce, une société en nom collectif emprunte auprès d'une banque, par actes authentiques, plus de quarante millions de francs, utilisés pour acquérir et aménager un immeuble. Impayée, elle fait procéder à plusieurs saisies conservatoires des biens des associés de la société en nom collectif, bientôt converties en

collectif, qui détenaient des titres exécutoires – en l’occurrence des actes notariés – à l’encontre de celle-ci, de saisir les biens des associés. Le moyen du pourvoi se fondait sur les effets de la solidarité passive pour obtenir que les titres en question puissent être exécutoires contre les associés⁸⁰². La Cour de cassation a suivi l’avis de l’avocat général qui a conclu au rejet du pourvoi, se basant notamment sur une précédente décision des juges du fond, évoquée plus haut⁸⁰³. L’affaire soulève le problème des rapports existant entre le droit des voies d’exécution et celui des obligations, et leur coordination. Elle a, sur ce point, provoqué des opinions divergentes. Un éminent auteur approuva d’ailleurs la solution de l’arrêt et le formalisme sur lequel elle se fonde⁸⁰⁴, formalisme qui veut qu’un titre exécutoire ne soit opposable qu’aux personnes contre lesquelles il a été délivré⁸⁰⁵.

La solution de l’arrêt dépendait – pensons-nous – de la question de l’admission ou non des effets secondaires de la solidarité. Ces effets qui sont supposés exister entre la société en nom collectif – personne morale – et les associés qui lui sont solidaires pour les engagements sociaux.

Ces effets engendrent la représentation mutuelle entre les codébiteurs, ceci résulte d’ailleurs d’une jurisprudence séculaire et fermement établie⁸⁰⁶.

saisies-ventes. Entre-temps, la société a fait l’objet d’une procédure collective. Les associés saisis font valoir la nullité des procédures, compte tenu de l’absence de titre exécutoire à leur encontre, arguant qu’aucun jugement sur le fond ne les ayant personnellement condamnés au bénéfice du créancier. Les juges du second degré leur donnent raison. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par la banque, créancière de la société en nom collectif.

⁸⁰² Le moyen du pourvoi mérite d’être reproduit, il énonçait que : « *La solidarité établie par la loi à l’égard de l’associé d’une société en nom collectif, si elle a trait à un engagement subsidiaire, produit tous les effets de la solidarité passive, de sorte que le titre exécutoire dressé contre la société, fût-il constitué par un acte notarié, est opposable audit associé de plein droit et le créancier est fondé à en poursuivre l’exécution contre celui-ci sans recourir à l’exigence d’une décision judiciaire à l’égard de l’associé ; dès lors, l’arrêt attaqué, en retenant que la banque ne détenait aucun titre à l’égard des époux Tapie, a aussi violé les articles 10, al. 2 de la loi du 24 juillet 1966 (...)* ».

⁸⁰³ P. TATU, concl. pour l’arrêt in D. 1998. jur. 405. L’avocat général cite le jugement précité du juge d’exécution de Lyon du 15 février 1994, cité *supra* note 796 sous n° 398.

⁸⁰⁴ R. PERROT, obs. sur l’arrêt in RTD civ. 1998. 750.

⁸⁰⁵ L’auteur souligne par ailleurs que la portée de l’arrêt devrait être bien précisée. Que d’un côté, la solution ne concerne que les poursuites prises relativement à la force exécutoire du titre entendue *strictu sensu*. Ce qui veut dire qu’un jugement pourrait être pris contre un tiers sur lequel des dispositions légales font dériver la charge d’une dette ; par exemple comme il en est pour un associé en nom dans une société en nom collectif, mais que l’exécution de cette dette à son encontre doit toujours être basée sur un titre exécutoire pris contre lui *personnellement*. De l’autre, et reprenant ce qui a été dit, concernant une dette dont la charge dérive sur un tiers, il estime que la solution s’applique à toutes les situations où par l’effet de la solidarité ou la garantie, – qu’elle soit d’origine légale ou conventionnelle – une dette se répercute contre un tiers. Pour que cette dette soit exécutable contre lui, il faut qu’un titre la reconnaissant soit délivré contre ce tiers même.

⁸⁰⁶ D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, *La représentation mutuelle des coobligés*, in Etudes Alex Weill, Dalloz-Litec, 1983, p. 547. – Pour la jurisprudence la plus récente, v. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 22 avr. 1997, n° de pourvoi : 95-16.088. – CA Angers, 11 mars 2002, n° de RG: 2001/00159.

Un auteur a critiqué l'arrêt précité du 19 mai 1998 ; il estimait que les effets secondaires de la solidarité reposaient plus sur une communauté d'intérêts et son corollaire *l'affectio societatis* que sur un prétendu mandat tacite⁸⁰⁷. Cette communauté d'intérêts qui, selon lui, devait lier les codébiteurs entre eux, en l'occurrence, entre les associés en nom et la société en nom collectif⁸⁰⁸. Ce même auteur invoque plusieurs arguments à l'appui de son opinion, se tournant vers les auteurs classiques et leurs prédécesseurs les auteurs anciens, qui considéraient que les associés sont supposés se représenter mutuellement pour les affaires relatives à la société.

402. – La même solution initiée par l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 19 mai 1998, a été réaffirmée par un arrêt très remarqué de la Chambre commerciale du 26 octobre 1999⁸⁰⁹. Elle le fut également par l'arrêt précité du 20 mars 2012, également rendu par la Chambre commerciale⁸¹⁰. Ceci nous permet d'affirmer que cette solution est devenue *de jurisprudence constante*.

Après avoir fait la comparaison entre droit ancien et droit actuel qui régissent la société en nom collectif, il nous faut à présent mettre en relief l'apport du droit nouveau par rapport à ce type de société.

⁸⁰⁷ P.-Y. GAUTIER, obs. sur l'arrêt in RTD civ. 1998. 935.

⁸⁰⁸ P.-Y. GAUTIER, *ibid.*, 935.

⁸⁰⁹ Cass. com., 26 oct. 1999 : RTD civ. 2000. 167, obs. R. Perrot ; RD bancaire et fin. 2000, act. n° 21, obs. F.-X. Lucas ; Dr. sociétés 2009, comm. n° 4, note R. Mortier. En l'espèce, des créanciers d'une société en nom collectif placée en liquidation judiciaire l'avaient mise en demeure d'avoir à leur payer une créance née après le jugement d'ouverture puis, faute de résultat, ils avaient procédé à une saisie-attribution des créances d'un des associés faisant lui-même l'objet d'une procédure collective. La cour d'appel avait annulé cette voie d'exécution au motif que la règle de la responsabilité solidaire des associés en nom posée par l'article 10 de la loi du 24 juillet 1966 cesse de s'appliquer lorsque s'ouvre une procédure collective à l'encontre de la société et de chacun des associés par application de l'ancien article 178 de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives. Le pourvoi formé contre l'arrêt est rejeté, mais, chose remarquable, la Cour de cassation procède à une *substitution de motifs*. Et à la motivation de la cour d'appel, elle préfère un motif de pur droit tiré du droit des voies d'exécution, et qui est le suivant : « Toute exécution forcée implique que le créancier soit muni d'un titre exécutoire à l'égard de la personne même qui doit exécuter et que le titre délivré à l'encontre d'une société n'emporte pas le droit de saisir entre les mains d'un tiers, par la voie de la saisie-attribution, les créances des associés, fussent-ils tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales, à défaut de titre exécutoire pris contre eux ».

Soulignons cependant que la solution donnée par l'arrêt sur le point relatif à l'application de l'ancien article 178 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 624-1 C. com., est devenue caduque aujourd'hui, celui-ci ayant en effet été abrogé par la loi du 26 juillet 2005. Mais cet arrêt conserve toujours une valeur certaine en ce qu'il a énoncé dans un attendu de principe de grande clarté, une règle de portée générale et hautement invariable en matière de procédures civiles d'exécution.

⁸¹⁰ Cass. com., 20 mars 2012 précit. : Bull. civ. 4, n° 61 ; Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2012, n° 5, p. 388, note J.-F. Barbière ; Dr. sociétés n° 6, juin 2012, comm. 102, note M. Roussille ; EDCO 1^{er} mai 2012 n° 5, p. 7, obs. M. Caffin-Moi ; Gaz. Pal. 12 avril 2012, n° 103, p. 25 ; Rev. sociétés 2012. 577, note O. Dexant - de Bailliencourt. L'arrêt énonce que : « (...) les associés d'une société en nom collectif ne sont pas les coobligés de cette dernière, de sorte qu'il incombe au porteur du chèque de rapporter la preuve de la dette sociale dont il leur réclamait le paiement, une telle preuve ne pouvant résulter du seul titre exécutoire obtenu contre la société ».

Sur les faits qui ont donné lieu à cet arrêt, v. *supra* note 693 sous n° 352.

Par. 2 : L'apport du droit actuel.

403. – La loi du 24 juillet 1966 est venue apporter un changement radical quant au statut des associés en nom en instituant, en son article 10, la personnalité morale de la société en nom collectif.

La réforme opérée par la loi du 24 juillet 1966 a ainsi rendu la société en nom collectif *véritablement autonome* par rapport à la personne des associés, et l'obligation qui pèse sur ceux-ci pour le passif social est – corrélativement – devenue *simplement subsidiaire*.

404. – C'est par l'exigence de la mise en demeure préalable que la subsidiarité de l'engagement des associés en nom aux dettes sociales a été assurée⁸¹¹. Et c'est ainsi que les obligations respectives de la société et des associés sont devenues véritablement *hiérarchisées*⁸¹².

405. – La jurisprudence actuelle a également eu l'occasion de préciser le régime juridique qui s'applique à l'obligation des associés en nom, et ainsi, d'affirmer le caractère subsidiaire de cette obligation. C'est alors que, notamment, dans un arrêt très remarqué du 8 octobre 1999, précédemment cité, la cour d'appel de Paris a affirmé que l'obligation des associés « *n'a qu'un caractère subsidiaire, la société devant être poursuivie avant eux* »⁸¹³. Et, c'est dans son arrêt précité du 9 septembre 2003, confirmé d'ailleurs par l'arrêt de la Chambre commerciale du 21 octobre 2008, que cette même juridiction a également très clairement énoncé que, « *l'engagement de l'associé en nom collectif est un engagement subsidiaire (...)* »⁸¹⁴.

406. – Ce courant de jurisprudence a été complété par un arrêt récent ; il s'agit de l'arrêt – précité – de la Chambre commerciale du 20 mars 2012, dans lequel la Cour de cassation énonce que, « *les associés d'une société en nom collectif ne sont pas les coobligés de cette dernière* »⁸¹⁵. Une telle assertion se situe assurément dans

⁸¹¹ CA Rennes, 24 oct. 2002 précit., n° de RG : 01/06368. Cet arrêt énonce en effet que : « (...) *la mise en demeure par acte extrajudiciaire apparaît comme le moyen d'assurer la subsidiarité de l'engagement de l'associé en nom, permettant d'éviter que le créancier n'agisse immédiatement contre lui alors que la société est solvable* ».

⁸¹² V. pourtant qui estime que l'article 10 de la loi du 24 juillet 1966 n'instaure pas une hiérarchie des actions, mais une « *chronologie des actions* », v. : D. FIORINA, note précit. sous CA Paris, 8 oct. 1999 in D. 2000, jur. 586, n° 11, 1^{ère} col.

⁸¹³ CA Paris, 8 oct. 1999 précit. : JurisData n° 1999-111534 ; Bull. Joly soc. 2000, p. 93, § 18, note P. Le Cannu ; D. 2000, jur. 583, note D. Fiorina ; JCP E 1999, n° 47, p. 1851.

⁸¹⁴ CA Paris, 9 sept. 2003 précit. : Bull. Joly soc., 1^{er} fév. 2004, n° 2, p. 395, § 71, note F.-X. Lucas. – V. aussi : CA Rennes, 24 oct. 2002 précit., n° de RG : 01/06368.

⁸¹⁵ Cass. com., 20 mars 2012 précit. : Bull. civ. 4, n° 61 ; Bull. Joly soc., 1 mai 2012, n° 5, p. 388, note J.-F. Barbiéri ; Dr. sociétés n° 6, juin 2012, comm. 102, note M. Roussille ; EDCO 1^{er} mai 2012 n° 5, p. 7, obs. M. Caffin-Moi ; Gaz. Pal. 12 avril 2012, n° 103, p. 25 ; Rev. sociétés 2012. 577, note O. Dexant - de Bailliencourt.

le prolongement de l'affirmation faite précédemment par la jurisprudence, selon laquelle les associés sont des débiteurs subsidiaires de la société, puisque le statut de coobligé est *antinomique* de l'existence d'une hiérarchie entre débiteurs⁸¹⁶.

407. – A l'instar de ce qui a été dit à propos des sociétés civiles de droit commun, le droit nouveau a modifié le *fondement* en vertu duquel les associés en nom deviennent tenus envers les créanciers sociaux⁸¹⁷. Ce ne sont plus les associés qui se rendent *directement* débiteurs envers les créanciers par les engagements que la société souscrit, mais c'est cette dernière, être moral, qui devient débitrice *au premier rang*⁸¹⁸.

408. – Puis, la loi du 26 juillet 2005 est venue à son tour, apporter un changement important au statut des associés en nom. Cette loi a abrogé l'ancien article L. 624-1 C. com.⁸¹⁹ – originellement l'article 178 de la loi du 25 janvier 1985 –, texte qui *étendait* la procédure ouverte à l'égard de la société à l'encontre des associés. Et ainsi, *a été abandonné le principe de la propagation de la procédure collective aux associés*, tenus solidairement et indéfiniment du passif social⁸²⁰.

Ceci a eu pour effet de *renforcer* la subsidiarité de l'obligation au passif social des associés en nom. Ainsi la séparation opérée entre la procédure appliquée à la société et la situation des associés a eu pour effet de former un *écran protecteur*, en faveur des associés et à l'encontre des créanciers de la société.

⁸¹⁶ Un commentateur de l'arrêt a relevé, avec pertinence d'ailleurs, que la question posée dans l'espèce à la Cour de cassation relevait davantage du droit de la preuve, et de manière accessoire du droit du chèque, que du droit des obligations ou du droit des sociétés, v. : O. DEXANT - De BAILLIENCOURT, note précit. sous l'arrêt rapporté in Rev. sociétés 2012. 577, spéc. n° 1. – Rapp. : M. ROUSSILLE, note précit. sous l'arrêt rapporté in Dr. sociétés n° 6, juin 2012, comm. 102. Cet auteur estime quant à elle, que l'affirmation selon laquelle les associés en nom ne sont pas les coobligés de la société n'est pas de nature à fonder la solution.

Ces opinions contiennent une part de vérité, et nous pensons que l'assertion faite par la Cour de cassation *n'était pas indispensable*, pour qu'elle parvienne à la solution par elle donnée. Nous pensons quand même que cette assertion doit être approuvée et qu'elle n'ôte rien à la valeur de l'arrêt, *ni n'en affecte la cohérence*. Pour en savoir plus sur cet arrêt, v. *supra* note 693 sous n° 352.

Un des commentateurs qui a critiqué la solution donnée par l'arrêt, finit cependant par l'approuver sur le point précis relatif au statut des associés, v. : O. DEXANT - De BAILLIENCOURT, note précit. sous l'arrêt rapporté in Rev. sociétés 2012. 577, spéc. n° 19.

⁸¹⁷ Th. BONNEAU, note précit. sous Cass. com., 24 janv. 2006 in Rev. sociétés 2006. 637, spéc. n° 9.

⁸¹⁸ V. également pour ce point : CA Paris, 8 oct. 1999 précit. : JurisData n° 1999-111534 ; Bull. Joly 2000, p. 93, § 18, note P. Le Cannu ; D. 2000, jur. 583, note D. Fiorina ; JCP E 1999, n° 47, p. 1851.

⁸¹⁹ Sur ces textes, v. *supra* note 728 sous n° 365.

⁸²⁰ Soulignons ici que l'ancien article L. 624-1 C. com. s'appliquait aux associés des sociétés civiles professionnelles car ceux-ci avaient le statut de membres indéfiniment et *solidairement* tenus du passif social. L'article L. 624-1 en question fut – bien entendu – abrogé, mais aussi, les associés de ce type de société ont perdu le statut de membres solidairement responsables du passif social. La loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 est en effet, venue modifier, par son article 30, l'article 15 de la loi du 29 novembre 1966 régissant les sociétés civiles professionnelles et elle a ôté le caractère solidaire à l'obligation des associés. C'est en raison de cette modification substantielle que nous avons préféré ne pas évoquer le statut des associés des sociétés civiles professionnelles en tant que membres ayant vu la subsidiarité de leur obligation au passif social se renforcer.

409. – Donc, à l'écran protecteur que forme la personnalité morale de la société, est venue s'ajouter *l'absence d'extension* de la procédure ouverte à l'égard des associés en nom en tant qu'associés tenus solidairement et indéfiniment du passif social. Ces deux facteurs cumulés contribuent à consolider la subsidiarité de l'obligation au passif social des associés en nom.

Si certains auteurs ont considéré que la situation des associés en nom *n'a pas été fondamentalement modifiée* par l'abandon du principe de la propagation de la procédure collective aux associés⁸²¹, nous pensons néanmoins que leur situation a quand même été *sensiblement modifiée*. Désormais, c'est le droit commun qui reprend son empire. Le tribunal devra alors se prononcer en fonction de la situation concrète de chacune des personnes concernées, et le cas échéant, décider l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. Ceci laisse une chance sérieuse aux associés d'échapper à une éventuelle procédure collective ouverte à leur égard. Et ceci a pour résultat de leur procurer une *protection supplémentaire*, et de cette manière, la subsidiarité de l'obligation de ceux-ci au passif social est *davantage immunisée et renforcée*⁸²².

Après avoir examiné ce qu'a été l'apport du droit nouveau par rapport à la société en nom collectif, il nous faut à présent examiner le cas des groupements d'intérêt économique.

Sous-section 3 : Les groupements d'intérêt économique.

410. – Ils constituent une création relativement récente et assez originale, c'est pour cette raison qu'il convient en premier, de faire un bref aperçu sur cette entité juridique afin de pouvoir définir ce qui la distingue des autres groupements envisagés par la présente étude tels les sociétés civiles et les sociétés en nom collectif, pour pouvoir, par la suite, étudier le régime de responsabilité applicable aux membres d'un groupement d'intérêt économique. C'est ce qui sera envisagé dans deux paragraphes successifs.

Par. 1^{er} : Essai de définition de l'entité.

⁸²¹ J.-F. BARBIÈRI, note précit. sous Cass. com., 24 janv. 2006 in Rev. sociétés 2006. 410, n° 4. – A. LIENHARD, *Sauvegarde des entreprises en difficulté : le nouveau droit des procédures collectives*. Dalloz 2006, spéc. n° 2401, p. 342.

⁸²² Plus d'un auteur a souligné que l'abrogation de l'ancien article L. 624-1 C. com. précité, a pour effet de donner toute leur mesure aux actions individuelles des créanciers sociaux contre les membres indéfiniment et solidairement responsables du passif de la personne morale, v. par ex. : A. MARTIN-SERF, obs. pour Cass. com., 24 janv. 2006 in RTD com. 2006. 916.

411. – Institués par l’ordonnance du 23 septembre 1967, les groupements d’intérêt économique constituent un type nouveau de groupements d’affaires⁸²³, et une *nouvelle forme* de personne morale⁸²⁴. Ils servent de cadres aux entreprises qui, face à la dure concurrence de la vie économique, sont obligées de se grouper afin de progresser et de durer au lieu de disparaître absorbées ou de risquer de mener seules un lent défi pénible et ruineux⁸²⁵. Ces groupements constituent une institution qui n’est pas destinée à supplanter les autres institutions juridiques, mais à leur venir en renfort pour inciter à des mises en commun d’activités plus nombreuses⁸²⁶. Cette institution nouvelle revêt une importance particulière car sa vocation est d’embrasser le champ des activités économiques qui est plus large que celui des sociétés commerciales, celles-ci ne pouvant – suivant une jurisprudence bien établie en droit positif – être constituées que dans le but de partager les *bénéfices*⁸²⁷.

412. – C’est en ceci que le GIE met fin à la dichotomie traditionnelle société-association⁸²⁸. En effet, le rejet par le législateur du critère très restrictif du bénéfice – tel que défini par l’ancienne jurisprudence – l’a incité dès le début du siècle passé, à doter d’un statut particulier divers groupements qui se constituaient sous le couvert de formes juridiques ne correspondant pas à leur finalité réelle⁸²⁹. Peu à peu et après maintes interventions législatives⁸³⁰, le législateur est intervenu par l’ordonnance précitée du 23 septembre 1967, aujourd’hui intégrée au Code de commerce aux articles L. 251-1 à L. 251-23, et a institué le groupement d’intérêt économique pour permettre à des personnes morales ou physiques, commerçantes ou non

⁸²³ D. VIDAL, *op. cit.*, spéc. n^{os} 149 et s.

⁸²⁴ Y. GUYON et G. COQUEREAU, *Le groupement d’intérêt économique : ordonnance n^o 67-821 du 23 septembre 1967 : régime juridique et fiscal*, Dalloz, 1973, spéc. p. 3, n^o 2.

⁸²⁵ J. GUYÉNOT, *Les groupements d’intérêt économique et le droit des sociétés commerciales*, Rev. sociétés 1969. 162.

⁸²⁶ J. GUYÉNOT, *ibid.*, p. 164.

⁸²⁷ J. GUYÉNOT, *ibid.*

⁸²⁸ Ch. LAVABRE, *Le groupement d’intérêt économique. Réflexions sur une nouvelle entité juridique*, D. 1969, chron. 35. – Y. GUYON et G. COQUEREAU, *op. cit.*, n^o 8, p. 10.

⁸²⁹ Ch. LAVABRE, *ibid.*, p. 37.

⁸³⁰ Plusieurs interventions législatives ont précédé l’ordonnance du 23 sept. 1967. Le législateur a promulgué la loi du 28 juin 1938 qui a rendu licite la constitution de sociétés ayant pour objet soit la construction ou l’acquisition d’immeubles en vue de leur division par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance, soit la gestion et l’entretien de ces immeubles ainsi divisés, *même si elle n’ont pas pour but de partager des bénéfices*. Puis intervint la loi du 10 sept. 1947 qui a permis la constitution de sociétés coopératives, celle-ci a pour but non pas la recherche d’un gain mais la *réduction* au profit de ses membres, des prix de revient et de vente des produits ainsi que l’amélioration de la qualité des produits achetés ou vendus. Peut être encore citée, dans le même ordre d’idées, la loi du 2 août 1949 organisant la coopération dans le commerce de détail. Cependant ces sociétés coopératives doivent se constituer sous la forme de sociétés commerciales. Dans toutes ces institutions, nouvelles pour l’époque, nous voyons qu’est reconnue la possibilité aux individus de se grouper dans un but autre que de partager les bénéfices. Aussi on peut remarquer que la loi précitée du 28 juin 1938 peut être vue comme la devancière de la loi du 16 juillet 1971 instituant les sociétés civiles de construction-vente.

commerçantes⁸³¹, de se grouper dans un but *autre que celui de partager directement ou exclusivement des bénéfices*⁸³², comme de celui de défendre des intérêts communs⁸³³, de regrouper des moyens qui donneront plus d'efficacité aux entreprises membres⁸³⁴, ou d'« améliorer ou d'accroître les résultats de l'activité de ses membres »⁸³⁵.

413. – Le groupement d'intérêt économique constitue une forme de revêtement juridique d'ententes économiques engendrées par l'union conclue entre opérateurs. Il peut être valablement comparé à la société commerciale, forme de revêtement juridique de l'entreprise et substance économique unitaire, *sans que pour autant il puisse être confondu avec celle-ci*⁸³⁶. Selon l'article L. 251-1, al. 3 C. com., « son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci ». L'activité du GIE doit absolument être auxiliaire à l'activité de ses membres, ce qui n'est évidemment pas le cas lorsque son activité est *incompatible* avec celle de ses membres⁸³⁷.

414. – Soulignons également que le GIE ne peut être constitué qu'entre personnes, sociétés ou entreprises ayant une activité économique, sont exclues de son champ d'application les personnes ayant une activité autre qu'économique. Ce qui implique naturellement que ne peuvent se constituer en GIE, les personnes ayant une activité culturelle, culturelle ou philanthropique⁸³⁸, ce qui est au demeurant regrettable. Mais il reste qu'aucune définition de l'activité économique n'étant donnée par l'ordonnance, la notion est assez large⁸³⁹ pour permettre au GIE d'avoir un domaine immense d'application.

⁸³¹ Il n'est nullement besoin d'être commerçant pour participer à un GIE, et la participation à un GIE ne confère pas la qualité de commerçant à ses membres même si un GIE non conforme en son objet à l'ordonnance du 23 septembre 1967 dégénère en une société de personnes, v. : Th. PEAUCELLE, *De la notion de groupement d'intérêt économique et d'intérêt public à celle de groupements de moyens*, Pet. Aff. n° 85, du 16 juillet 1984, p. 5 et les réf. citées.

⁸³² Y. GUYON et G. COQUEREAU, *op. cit.*, n° 8, p. 10.

⁸³³ L'article L. 251-1, al. 2 C. com. dispose :

« Le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même ».

⁸³⁴ Y. GUYON et G. COQUEREAU, *op. cit.*, p. 5, n° 3.

⁸³⁵ Cass. soc., 4 juin 1975 : Bull. civ. 5, n° 309, p. 269 ; Rev. sociétés 1975. 699, note J. G.

⁸³⁶ En ce sens : N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé : éléments d'une théorie*, L.G.D.J., bibl. dr. priv. tome 410, 2004, préf. B. Petit, spéc. p. 335, n° 611.

⁸³⁷ D. VIDAL, *op. cit.*, n° 151 et les réf. citées.

⁸³⁸ J. GUYÉNOT, *Une typologie de l'objet et de la finalité des groupements d'intérêt économique dans l'application pratique*, Gaz. Pal. 1981, 2, doct. 466, n° 2.

⁸³⁹ La notion d'activité économique ne peut se restreindre, contrairement à ce qui est communément admis, à des activités se rapportant à la production, à la distribution ou à la circulation des richesses, ainsi qu'à celles répondant à la satisfaction des besoins d'un marché.

415. – Le GIE est une entité dotée de la personnalité morale. Il jouit de *l'indépendance juridique* par rapport à ses membres⁸⁴⁰. Ceci le rapproche sans doute des structures sociétaires. Ce qui est significatif, c'est que l'article 3 de l'ordonnance de 1967 reprend les dispositions de l'article 5 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, cet article dispose que :

« Le groupement jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité à dater de son immatriculation au registre de commerce ».

Après cet aperçu sur l'entité que constituent les groupements d'intérêt économique, examinons dans ce qui suit le régime de l'obligation aux dettes sociales applicable aux membres de ce type de groupement.

Par. 2 : Le régime de l'obligation aux dettes sociales applicable aux membres du groupement.

416. – L'obligation au passif social des membres du groupement est régie par l'article 4 de l'ordonnance précitée du 23 septembre 1967, devenu l'article L. 251-6 C. com. Ce texte dispose que :

« Les membres du groupement sont tenus des dettes de celui-ci sur leur patrimoine propre. Toutefois, un nouveau membre peut, si le contrat le permet, être exonéré des dettes nées antérieurement à son entrée dans le groupement. La décision d'exonération doit être publiée. Ils sont solidaires, sauf convention contraire avec le tiers cocontractant. Les créanciers du groupement ne peuvent poursuivre le paiement des dettes contre un membre qu'après avoir vainement mis en demeure le groupement par acte extrajudiciaire ».

Selon ce texte, et comme nous l'avons dit, les relations entre les membres du groupement sont régies par la *solidarité*⁸⁴¹. Cette solidarité signifie qu'un seul membre du GIE peut être condamné au paiement de la *totalité de la dette*⁸⁴². Cette

⁸⁴⁰ CA Orléans, 9 oct. 1972 : Rev. sociétés 1973. 714, note J.G. La cour d'Orléans énonce que : « *Attendu que les premiers juges ont exactement retenu, pour répondre à l'exception d'incompétence, que la personnalité du groupement, entité juridique indépendante de celle de ses membres, devait être seule prise en considération ; que l'immatriculation au registre de commerce d'un groupement d'intérêt économique n'emportant pas présomption de commercialité (...)* ». – N. BARUCHEL, *op. cit.*, spéc. p. 94, n° 165 et les réf. citées.

⁸⁴¹ La responsabilité solidaire des membres du groupement d'intérêt économique « assure, comme dans les sociétés de personnes, la garantie des engagements contractés avec les tiers et constitue la contrepartie de la grande liberté laissée aux membres du groupement dans le fonctionnement de celui-ci ». V. : Rép. min. n° 20728 précit. : JOAN Q, 19 juill. 1975, p. 5306.

⁸⁴² Cass. com., 24 juin 2008 : Bull. Joly soc., 1^{er} avr. 2009, n° 4, p. 396, note Q. Urban ; Dr. sociétés 2008, comm. 222, note R. Mortier. En l'espèce, une société avait obtenu des premiers juges que soient prises des mesures conservatoires à l'encontre des membres d'un GIE qui avait été placé en liquidation judiciaire le 21 juin 2000. Dans son arrêt du 22 avril 2005, la cour d'appel avait limité l'obligation à la dette des membres du GIE en considérant qu'à l'égard des membres poursuivis, les consorts Y., « qui possèdent une participation dans le GIE de 15 % chacun, le principe d'une créance égale à 100 % du montant de la dette du GIE est sujet à caution, la preuve de l'insolvabilité des autres membres du GIE n'étant pas rapportée

règle signifie d'une part, que l'engagement à la dette sociale des membres du GIE n'est pas limité à la proportion de leur part dans le capital. Une telle répartition de l'obligation suivant les parts de chaque membre n'est aucunement prévue par la loi, et serait au surplus inconcevable en raison du fait que la création d'un capital *est facultative pour les GIE*, et ceci en vertu de L. 251-3 C. com.⁸⁴³. Cette règle signifie d'autre part, que l'obligation de l'un des membres au passif social, *n'est pas subordonnée à la preuve de l'insolvabilité des autres membres*⁸⁴⁴. A cet égard, une sommation restée sans effet *suffit à remplir la condition exigée par la loi*⁸⁴⁵. On est bien loin ici de l'exigence de vaines poursuites applicable aux sociétés civiles de droit commun en vertu de l'article 1858 C.C.

417. – La solidarité régissant les relations des membres du groupement, ne comprend cependant pas la relation entre le groupement et les personnes qui le composent : en ce sens que celles-ci ne sont pas solidaires envers le groupement pour les dettes qu'il contracte⁸⁴⁶. Il existe véritablement une hiérarchie entre les obligations respectives du groupement et de ses membres. Les membres appartenant au groupement ne sont donc pas ses *codébiteurs*, et ceci aidera à expliquer que leur obligation au passif social du groupement est *subsidaire par rapport à l'obligation du groupement lui-même*.

418. – Et en ce qui concerne l'obligation au passif social de l'associé cédant, la Cour de cassation applique aux associés de ce type de groupement la solution suivie pour les sociétés en nom collectif. C'est ainsi qu'elle a très clairement décidé que, « *le membre d'un groupement d'intérêt économique reste tenu des obligations contractées par ce groupement avant qu'il s'en soit retiré* »⁸⁴⁷. Cette solution constitue une application de l'ancien article 7, al. 2 de l'ordonnance du 23 septembre 1967. L'article 7 se présentait ainsi :

par la société créancière ». Les premiers se sont égarés sur le sens à donner à la solidarité de cet engagement. La solidarité signifie que chacun des membres du GIE peut être tenu pour la totalité de la dette. La Cour de cassation, qui a cassé l'arrêt d'appel rappelle fermement cette règle aux juges du fond, elle énonce dans un attendu important : « *en statuant ainsi, alors qu'en leur qualité de membres du GIE les consorts Y. sont solidairement tenus, sauf convention contraire avec le tiers cocontractant des dettes du GIE, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

⁸⁴³ L'article L. 251-3 dispose :

« Le groupement d'intérêt économique peut être constitué sans capital ».

⁸⁴⁴ Q. URBAN, note sous l'arrêt rapporté in Bull. Joly soc., 1^{er} avr. 2009, n° 4, p. 396.

⁸⁴⁵ CA Paris, 4 déc. 1984 : RTD com. 1985. 328, obs. E. Alfandari et M. Jeantin.

⁸⁴⁶ J. GUYÉNOT, *Les groupements d'intérêt économique et les créances des tiers*, art. précit., D. 1972, chron. 13, n° 25.

⁸⁴⁷ Cass. com., 10 mars 1987 : Bull. civ. 4, n° 67, p. 50.

« Le groupement, au cours de son existence, peut accepter de nouveaux membres dans les conditions fixées par le contrat constitutif.

Tout membre du groupement peut se retirer dans les conditions prévues par le contrat, sous réserve qu'il ait exécuté ses obligations ».

Aujourd'hui, cet ancien article 7 a été introduit au Code de commerce à l'article L. 251-9 C. com. Et on peut affirmer que la jurisprudence autrefois suivie pour l'associé sortant, *reste toujours valable aujourd'hui*.

419. – Soulignons par ailleurs que la possibilité ouverte par le premier alinéa de l'article L. 251-6 précité d'exonérer le nouveau membre de l'obligation aux dettes sociales nées avant son entrée dans le groupement est *originale*, et n'existe pour aucun des groupements étudiés.

Et on peut voir que l'alinéa 2 de l'article L. 251-6 C. com. précité constitue la reprise textuelle de l'article L. 221-1 du même Code applicable aux sociétés en nom collectif. La subsidiarité qui caractérise l'obligation au passif social de leurs membres est à rapprocher de celle qui se rapporte aux associés en nom ; une simple mise en demeure adressée au groupement permettant de rechercher la responsabilité des membres du groupement.

420. – Malgré la rareté des décisions rendues en la matière, la Cour de cassation a quand même eu l'occasion de rappeler l'incorruptible exigence de mise en demeure préalable du groupement, pour pouvoir valablement poursuivre ses membres. C'est dans une espèce se rapportant à un GIE composé de « V.R.P. » (voyageurs, représentants, placiers), que la Cour de cassation a décidé qu'un « V.R.P. » qui en est membre ne peut demander à un autre membre, devenu son employeur, le paiement de commissions dues par ledit groupement *sans avoir mis ce dernier en demeure préalablement*⁸⁴⁸.

421. – Les membres de GIE sont également concernés par l'abrogation de l'article L. 624-1 C. com., anciennement article 178 de la loi du 25 janvier 1985, par

⁸⁴⁸ Cass. soc., 4 juin 1975 précit. : Bull. civ. 5, n° 309, p. 269 ; Rev. sociétés 1975. 699, note J. G. La Cour de cassation rejette le pourvoi, approuvant d'une part la cour d'appel d'avoir débouté le représentant de ses demandes de rappel de commissions et d'indemnité pour la période pendant laquelle il avait travaillé pour le groupement. Et l'approuvant d'autre part, d'avoir décidé que l'employeur, qui avait rompu le contrat de travail du membre qui le liait au « V.R.P. », devait à ce dernier une indemnité de clientèle en rapport avec l'augmentation totale de clientèle qu'il lui avait procurée, et ceci, « fût-ce sous le couvert d'un groupement d'intérêt économique ». Cette deuxième tranche de l'attendu mérite une particulière attention ; elle démontre que la structure de GIE ne vise pas à supplanter les relations contractuelles existant entre employeur et salarié, mais à constituer un cadre juridique qui soit *propice au développement de ces relations*.

V. aussi, de manière plus générale, une espèce se rapportant au droit des entreprises en difficulté : Cass. com., 9 mai 2001 précit., n° de pourvoi : 98-18.216.

la loi du 26 juillet 2005. Ce texte qui, comme nous l'avons dit, étendait la procédure collective ouverte contre l'être moral aux membres de celui-ci indéfiniment et solidairement responsables pour le passif social, était autrefois applicable aux membres des GIE⁸⁴⁹. Ceux-ci voient désormais leur situation *modifiée*, à l'instar de ce qui a été des associés des sociétés en nom collectif⁸⁵⁰.

422. – Après avoir étudié le régime applicable à l'obligation aux dettes sociales dans les groupements soumis à l'exigence de mise en demeure préalable, on peut arriver au constat selon lequel, *la mise en demeure préalable ne procure pas aux associés la protection que leur procure l'exigence de la poursuite préalable*. La responsabilité des associés quant au passif social dans les groupements soumis sur ce point à l'exigence de la *simple* mise en demeure, est plus facile à mettre en œuvre que dans les groupements soumis sur ce même point à l'exigence de la poursuite préalable et vaine. Ceci nous amène alors naturellement à nous poser la question de savoir, s'il existe entre ces deux régimes d'une différence de degré ou bien s'il s'agit d'une différence de nature. Certains auteurs ont alors estimé qu'il s'agit d'une différence de degré⁸⁵¹. D'autres, tout en admettant cette réalité, ne se sont pas expliqués longtemps sur celle-ci et ne lui ont pas attaché d'effets quant à la nature juridique de l'obligation aux dettes dans les deux catégories de groupements envisagés⁸⁵². D'autres ont estimé que la subsidiarité de l'obligation au passif social dans ces groupements est une

⁸⁴⁹ V. sous l'empire de l'ancienne loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes : Cass. com., 12 mai 1975 : Bull. civ. 4, n° 126, p. 105. Dans cette espèce, était en cause l'ancien article 97 de ladite loi du 13 juillet 1967 qui fut abrogé par la loi précitée n°85-98 du 25 janvier 1985. Ce texte dont les dispositions ont été reprises plus ou moins fidèlement par celle-ci, se présentait ainsi :

« Le jugement qui constate la cessation des paiements d'une personne morale produit ses effets à l'égard de tous les associés lorsqu'ils sont indéfiniment et solidairement responsables du passif social et prononce contre chacun d'eux, soit le règlement judiciaire, soit la liquidation des biens ».

L'article L. 624-1 C. com. introduit dans le Code de commerce par la loi du 25 janvier 1985 reprend assez fidèlement les dispositions de l'article 97 en question, mais en substituant au concept de cessation des paiements ceux de redressement et de liquidation judiciaires. Sur le texte de l'article L. 624-1, v. *supra* note 728 sous n° 365.

En l'espèce, la liquidation des biens d'un groupement d'intérêt économique a été prononcée par un premier jugement. La liquidation des biens du président du conseil d'administration de ce groupement a été prononcée dans un second jugement. Celui-ci a été confirmé par la cour d'appel. Le président ainsi condamné, se pourvut en cassation ; il prétendait que l'article 97 précité impose à la juridiction qui prononce la liquidation des biens ou le règlement judiciaire d'une personne morale, de prononcer par le même jugement la liquidation des biens ou le règlement judiciaire des membres ou associés. Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation énonce que : « *Mais attendu que la cour d'appel retient, a bon droit, que le tribunal n'est pas tenu de statuer par un seul et même jugement a l'égard de la personne morale et des associés ou membres lorsqu'ils sont indéfiniment et solidairement responsables du passif de celle-ci* ».

⁸⁵⁰ Sur la situation des associés de sociétés en nom collectif après l'abrogation de l'article L. 624-1 en question, v. *supra* n°s 408 et s.

⁸⁵¹ F. PÉROCHON, note précit. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n° 5. – L. GODON, thèse précit., n° 88.

⁸⁵² V. par ex. : L. GODON, *ibid.*, n° 101.

subsidiarité *purement formelle*⁸⁵³. Ils dénie tout véritable caractère subsidiaire à l'obligation des associés ; ils estiment que l'obligation des associés est *simultanée* à celle de la société. Rappelons encore ici que la différence existant entre ces régimes respectifs est bien, *une différence de degré*⁸⁵⁴.

423. – Nous avons donc vu dans ce qui a précédé que la loi met en place des exigences plus ou moins rigoureuses avant qu'elle ne permette que la voie soit ouverte à une poursuite des associés ou membres des groupements pour le passif social. Ces exigences visent sur le plan pratique à protéger ces associés en rendant leur obligation au passif social *véritablement subsidiaire*. Sur un plan théorique, elles expriment la valeur donnée par le législateur à la personnalité morale de ces groupements, personnalité à consistance plus ou moins importante.

424. – Mais telles qu'étudiées jusqu'à présent, ces sujets de recherche et de réflexion n'ont pas été entièrement investigués, il subsiste certains côtés à éclaircir. Ceux-ci vont révéler des atténuations considérables aux règles et solutions précédemment étudiées et consacrées. En ce sens que, à ce régime assez rigoureux, *le droit positif apporte des correctifs*. Ces correctifs sont dictés par les mêmes raisons qui ont amené le législateur à mettre en place les exigences expliquées plus haut, savoir la protection des associés. Ceci veut dire que, lorsque l'impératif de protection des associés n'a plus sa raison d'être ou ne s'impose plus avec la même force et que les exigences voulues n'ont plus leur raison d'être, le régime jusqu'alors applicable *cède la place à un nouveau régime corrigé par les données nouvelles*. C'est ce que nous verrons dans ce qui va suivre.

Sous-chapitre 3 : Les correctifs admis en droit positif aux exigences mises en place pour la poursuite des associés pour le passif social. Illustration d'une subsidiarité rejetée.

425. – Il est admis dans certains cas en droit positif, que des entorses soient infligées aux exigences légales lorsqu'il se trouve que celles-ci *perdent leur raison d'être*. Les créanciers sociaux seront ainsi dispensés de devoir se plier aux préalables mise en demeure et vaines poursuites et la voie à la poursuite des associés leur sera

⁸⁵³ D. GIBIRILA, note sous Cass. 3^{ème} civ., 8 oct. 1997 précit. in D. 1998, jur. 140. Cet auteur semble pourtant avoir eu une opinion différente dans un autre endroit. V. du même auteur : *L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles*, Rép. Def. 1998, art. 36808, p. 625, art. précit., n° 23 et s.

ainsi plus facilement ouverte (section 1^{ère}). Il demeure cependant qu'ils doivent se plier à des exigences d'une autre nature, ces exigences sont quant à elles dictées par une matière spéciale qui se trouve souvent imbriquée avec le droit des sociétés, il s'agit du droit des entreprises en difficulté (section 2).

Section 1^{ère} : La dispense accordée aux créanciers de devoir se plier aux exigences édictées par le droit des affaires.

426. – La jurisprudence décide que l'exigence de mise en demeure préalable cesse d'être requise lorsque la société est en état de *liquidation judiciaire*.

La troisième Chambre civile de la Cour de cassation a admis pour la première fois – à notre connaissance – cette solution dans un arrêt du 8 avril 1987⁸⁵⁵ relatif à une société civile de construction-vente. La solution pourrait, au premier abord, surprendre car eu égard aux termes généraux de la loi – en l'occurrence la loi du 6 juillet 1971 –, il semblerait que le créancier social soit *toujours* obligé de mettre la société en cause⁸⁵⁶. Or, il n'en est rien et la mise en demeure préalable qui est destinée à établir si la société est ou n'est pas en mesure de payer sa dette, n'a plus sa raison d'être dès lors que cette impossibilité est suffisamment établie par la *cessation des paiements*⁸⁵⁷. Cette solution est établie et constante, car elle a été réitérée dans des décisions ultérieures⁸⁵⁸.

427. – Plus récemment encore, la jurisprudence a également réaffirmé cette solution ; elle a décidé que le créancier était recevable à agir directement contre l'un des associés d'une société civile de construction-vente qui avait fait l'objet d'une

⁸⁵⁴ Voir aussi sur cette question, *supra* n^{os} 257 et s.

⁸⁵⁵ Cass. 3^{ème} civ., 8 avr. 1987 : Bull. civ. 3, n^o 83, p. 50 ; Bull. Joly 1987. 867, § 359, note G. Lesguillier ; JCP 1987. 4. 215. En l'espèce, l'associé de la société civile faisait grief à l'arrêt d'appel, de l'avoir condamné, à concurrence de ses droits sociaux, à payer à une créancière de la société, la créance qu'elle avait à l'égard de celle-ci. Dans son pourvoi, il faisait valoir que l'article L. 211-2 C. const. habit. subordonnant la poursuite des créanciers contre les associés d'une société civile de construction à une mise en demeure préalable adressée à la société et restée infructueuse, cette exigence est destinée à garantir l'indépendance du patrimoine social, et par là même, à assurer une certaine protection des associés en contrepois de leur obligation personnelle au passif social. Et, que selon lui, en dispensant le créancier de la formalité de la mise en demeure tout en refusant de subordonner l'obligation des associés à la constatation d'une impossibilité réelle de paiement par la personne morale, la cour d'appel rompt l'équilibre instauré par le législateur entre les intérêts des créanciers et ceux des associés, en privilégiant les premiers au détriment des seconds. En réponse au pourvoi, et pour rejeter celui-ci, l'arrêt se contente de poser la solution, et énonce de manière très claire : « *Mais attendu que l'arrêt retient à bon droit qu'en raison de l'état de liquidation des biens de la société civile immobilière débitrice, une mise en demeure était inutile pour agir contre les associés* ».

⁸⁵⁶ G. LESGUILLIER, note sous Cass. 3^{ème} civ., 8 avr. 1987 précit. in Bull. Joly 1987. 867, § 359, p. 869.

⁸⁵⁷ G. LESGUILLIER, *ibid.*, p. 869.

procédure de liquidation amiable clôturée avant la notification du redressement, et pour laquelle il était établi *qu'elle ne disposait plus d'aucun actif*⁸⁵⁹.

La Cour de cassation, poursuivant la consolidation de ce courant jurisprudentiel, a rendu ultérieurement des décisions qui complètent les solutions consacrées précédemment.

428. – Ce courant de jurisprudence devait ainsi, *naturellement*⁸⁶⁰, être étendu aux sociétés en nom collectif. C'est alors que, par un arrêt du 9 janvier 2001, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé que le créancier d'une société en nom collectif était *dispensé* d'adresser une mise en demeure à celle-ci et pouvait agir contre l'un de ses associés ; cette mesure étant devenue inutile « *en raison de l'évolution de la procédure collective de cette société* »⁸⁶¹. Notons le choix très pertinent de la formule employée par la Cour, qui met en relief l'idée de l'importance attachée à *l'état d'avancement de la procédure s'appliquant à la société*, sans que, pour autant, la Cour ne mentionne que la société a été mise en liquidation judiciaire, et que celle-ci a été clôturée pour insuffisance d'actif, bien que ce fût le cas en réalité. Le commentateur de l'arrêt, l'ayant d'ailleurs approuvé, a considéré qu'il ne fallait pas en surestimer la portée, et que la solution qui en résulte devait être limitée

⁸⁵⁸ V. par ex. : Cass. com., 20 fév. 1996 précit. : Bull. civ. 4, n° 59, p. 46 ; D. 1996, somm. 337, obs. A. Honorat ; Rép. Def. 1996, art. 36448, § 155, p. 1428, obs. Ch. Atias ; Rev. sociétés 1996. 836, note A. Honorat.

⁸⁵⁹ Cass. 3^{ème} civ., 12 sept. 2007 : Bull. civ. 3, n° 142 ; Lexbase heb. éd. Gén., n° 289, du 24 janv. 2008, n° Lexbase N8373BDH, note J.-B. Lenhof ; Bull. Joly soc. 2008, n° 1, p. 26, note Y. Dereu.

⁸⁶⁰ Ce type de sociétés étant – bien entendu – soumis à l'instar des groupements d'intérêt économique et des sociétés civiles de construction-vente, à l'exigence de la mise en demeure préalable pour la recherche de la responsabilité des associés pour le passif social.

⁸⁶¹ Cass. com., 9 janv. 2001 : Bull. Joly soc. 2001, p. 365, § 92, note F.-X. Lucas. Dans son attendu plus haut repris l'arrêt précise que l'associé, poursuivi en paiement, *ne faisait pas lui-même l'objet d'une procédure collective*. Du temps où l'arrêt a été rendu, cette précision revêtait une certaine importance qu'elle a aujourd'hui, perdue. En effet, l'arrêt a été rendu dans le temps où l'article L. 624-1 C. com., aujourd'hui abrogé, s'appliquait toujours. Et, selon cet article, le jugement ouvrant la procédure à l'encontre de la société « produit ses effets à l'égard de chaque associé ». En l'espèce, le créancier d'une société en nom collectif avait assigné l'un des associés en paiement d'une dette sociale demeurée impayée après la clôture de la liquidation judiciaire de la société, clôture ayant abouti à une insuffisance d'actif. La liquidation judiciaire de la personne morale n'avait visiblement pas entraîné l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de cet associé. Nous n'analyserons pas ici les raisons qui ont fait que, contrairement aux termes de l'article L. 624-1 C. com. précité, la procédure collective n'ait pas été étendue à l'associé poursuivi, étant donné que ce texte *n'est plus en vigueur aujourd'hui*. La cour d'appel avait accueilli la prétention du créancier et avait condamné l'associé à payer le solde de la créance sociale.

La difficulté soumise à la Cour de cassation concernait les modalités d'exercice de l'action en paiement exercée contre l'associé. Celui-ci prétendait que le créancier social ne pouvait agir contre lui sans avoir préalablement mis en demeure la société par acte extrajudiciaire. L'argument semblerait décisif compte tenu des termes clairs des articles L. 221-1, al. 2 C. com. et 15 du décret du 23 mars 1967 desquels il résulte que c'est seulement à l'expiration d'un délai de huit jours après une mise en demeure de la société par acte extrajudiciaire que le créancier peut agir contre un associé. Et pourtant, la Cour de cassation rejette le pourvoi, approuvant la cour d'appel d'avoir dispensé le créancier de l'exigence de mise en demeure préalable par acte extrajudiciaire.

au seul cas de clôture de la procédure pour insuffisance d'actif⁸⁶². Nous pensons au contraire, que cet arrêt se situe dans le droit fil de la jurisprudence innovatrice de la Cour de cassation qui vise à *dispenser* les créanciers sociaux des exigences mises en place dans un but de protection des associés et d'assurer la subsidiarité de leur obligation aux dettes sociales, lorsque – bien entendu – une telle dispense se trouve *justifiée*. Et par conséquent, la solution que préconise cet arrêt du 9 janvier 2001, aura vocation à valablement s'appliquer chaque fois qu'il s'avère de manière claire, que *la société en nom collectif poursuivie en paiement de ses dettes ne pourra pas faire face à ses engagements*. Une telle situation pourrait se trouver vérifiée pour le cas de *redressement aussi bien que de liquidation judiciaire des sociétés en nom collectif*⁸⁶³.

429. – Puis consolidant toujours sa jurisprudence, la Chambre commerciale décida par un arrêt du 19 décembre 2006, que, *devient inutile la délivrance d'une mise en demeure par acte extrajudiciaire*, lorsque la déclaration de créance, valant mise en demeure⁸⁶⁴, a été faite devant la société en nom collectif mise en redressement ou liquidation judiciaires avant l'engagement des poursuites contre les associés en nom⁸⁶⁵.

⁸⁶² F.-X. LUCAS, note précit. sous Cass. com., 9 janv. 2001 in Bull. Joly soc. 2001, p. 365, § 92.

⁸⁶³ Y. DEREU, note précit. sous Cass. 3^e civ., 12 sept. 2007 in Bull. Joly soc., 1^{er} janv. 2008, n° 1, p. 26 et les réf. citées. – V. aussi : Cass. com., 19 déc. 2006 précit. : Bull. civ. 4, n° 262, p. 285 ; Rev. sociétés 2007. 410, note J.-F. Barbière ; RTD com. 2007. 595, note A. Martin-Serf ; D. 2008. 570, obs. P.-M. Le Corre. Sur cet arrêt, v. *infra* note 865.

Soulignons ici que la dispense de mise en demeure préalable accordée au créancier social s'applique aux sociétés en nom collectif lorsqu'elles sont dans la situation de redressement aussi bien que de liquidation judiciaire, et ceci à l'exclusion de tout autre type de groupement. Ceci peut trouver une justification dans la *solidarité* qui caractérise l'obligation au passif des associés en nom.

⁸⁶⁴ Sur cette question, v. *supra* n°s 342 et s.

⁸⁶⁵ Cass. com., 19 déc. 2006 précit. : Bull. civ. 4, n° 262, p. 285 ; Rev. sociétés 2007. 410, note J.-F. Barbière ; RTD com. 2007. 595, note A. Martin-Serf ; D. 2008. 570, obs. P.-M. Le Corre. En l'espèce, une société en nom collectif a été mise en redressement judiciaire. Le receveur principal des impôts a déclaré sa créance à titre privilégié, celle-ci a été partiellement admise. La procédure de redressement judiciaire commencée contre cette société a été étendue à chacun de ses associés, à l'exception d'une seule qui est une société à responsabilité limitée. Celle-ci a bénéficié d'une procédure de règlement amiable. Un jugement du tribunal de grande instance rendu le 21 janvier 1997, a converti le redressement judiciaire de la société en nom collectif en liquidation judiciaire. Le 5 octobre 1999, le receveur des impôts a adressé à la société à responsabilité limitée, une mise en demeure valant commandement de payer le reliquat des dettes fiscales de la société en nom collectif en sa qualité d'associé de celle-ci. Cette associée a fait assigner le receveur des impôts devant le juge de l'exécution afin d'obtenir l'annulation du commandement, elle faisait valoir que le receveur n'avait pas mis en demeure la débitrice, la société en nom collectif, par acte extrajudiciaire, conformément à l'article L. 221-1 C. com., avant de poursuivre le paiement de sa dette à l'encontre des associés et qu'aucune mise en demeure n'avait été adressée à la débitrice au titre des avis de mise en recouvrement notifiés après l'ouverture de la procédure collective. Pour s'opposer à l'application de l'article L. 221-1 précité, le receveur des impôts a invoqué les dispositions de l'article L. 257 LPF. Ce texte dispose :

« A défaut de paiement des sommes mentionnées sur l'avis de mise en recouvrement ou de réclamation assortie d'une demande de sursis de paiement formulée dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 277, le comptable chargé du recouvrement adresse une mise en demeure avant l'engagement des poursuites ».

L'alinéa premier de l'article L. 277 précité dispose :

« Le contribuable qui conteste le bien-fondé ou le montant des impositions mises à sa charge est autorisé, s'il en a expressément formulé la demande dans sa réclamation et précisé le montant ou les bases du

430. – La Cour de cassation a également donné une solution analogue en ce qui concerne les groupements d'intérêt économique⁸⁶⁶. Que la mise en règlement judiciaire d'un groupement d'intérêt économique rende *superflue* toute mise en demeure préalable avant la poursuite des membres du groupement, est une solution logique et prévisible. En effet, si une telle solution est applicable aux sociétés civiles de construction-vente soumises, quant à la poursuite des associés pour le passif social, à l'exigence de la mise en demeure préalable et vaine, il doit en être de même et ceci semble aller de soi, en ce qui concerne les groupements d'intérêt économique. Ceux-ci, tels les sociétés civiles de construction-vente, ont été soumis par l'ordonnance du 23 septembre 1967, à l'exigence de la mise en demeure préalable⁸⁶⁷.

431. – Ces solutions sont tout à fait défendables et doivent être approuvées⁸⁶⁸, car décider le contraire serait procurer aux associés une protection excessive qui aboutirait à porter un grand préjudice aux intérêts des créanciers.

Les solutions précédemment évoquées concernent exclusivement les groupements soumis pour la poursuite au passif social des associés à l'exigence de la simple mise en demeure.

432. – On pourrait alors légitimement se demander si ces mêmes solutions sont applicables aux sociétés civiles de droit commun, étant donné que celles-ci sont

dégrévement auquel il estime avoir droit, à différer le paiement de la partie contestée de ces impositions et des pénalités y afférentes ».

La clôture pour insuffisance d'actif est intervenue le 15 mai 2001.

La société à responsabilité limitée interjeta appel de la décision du juge d'exécution. La cour d'appel accueillit sa demande. Pour accueillir sa demande, celle-ci retient que la clôture pour insuffisance d'actif de la société en nom collectif étant intervenue le 15 mai 2001, le receveur ne pouvait valablement poursuivre l'associée, la société à responsabilité limitée, en paiement des avis de mise en recouvrement faute pour lui d'avoir notifié, par acte extrajudiciaire, une mise en demeure à la société en nom collectif.

Pour censurer l'arrêt attaqué, la Cour de cassation énonce :

« *Attendu qu'en statuant ainsi, après avoir relevé que le receveur avait déclaré sa créance à la procédure collective de la SNC, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations* ».

V. qui approuve cette orientation jurisprudentielle : P. RUBELLIN, note sous Cass. com., 29 sept. 2009 in Bull. Joly soc. 2010, n° 1, p. 64.

⁸⁶⁶ Cass. com., 4 oct. 1983 : Bull. civ. 4, n° 249, p. 216 ; D. 1984, jur. 499, note J. Guyénot. La Cour décide : « *Il est reproché à l'arrêt d'avoir accueilli la demande en écartant la fin de non-recevoir tirée de l'absence de mise en demeure préalable du GIE aux motifs, notamment, que l'état d'insolvabilité au moins partiel du débiteur principal se trouvait de fait établi, alors, selon le pourvoi, que, d'une part, la mise en demeure préalable du groupement d'intérêt économique, débiteur principal, est une condition de recevabilité de l'action à l'encontre des membres du groupement, en sorte qu'en décidant le contraire, l'arrêt attaqué a violé l'art. 4 de l'ord. du 23 septembre 1967 et alors que, d'autre part, viole l'art. 1^{er} de la loi du 13 juill. 1967 l'arrêt attaqué qui confond la cessation des paiements et l'insolvabilité* » ; « *Mais attendu qu'ayant énoncé exactement que la mise en règlement judiciaire du GIE impliquait obligatoirement l'état de la cessation des paiements de ce dernier, la cour d'appel, (...), en a déduit à bon droit, que toute mise en demeure préalable du débiteur principal par acte extrajudiciaire était inutile ; que le moyen n'est pas fondé* ».

V. déjà : CA Paris, 17 avr. 1975 : Gaz. Pal. 1975. 2. 442, note anon. – Cass. com., 6 juin 1977 : Rev. sociétés 1977. 742.

⁸⁶⁷ Sur le régime de la mise en demeure préalable, v. *supra* n°s 342 et s.

soumises à des exigences *plus rigoureuses* pour la mise en œuvre de la responsabilité des associés. Rappelons encore que la poursuite des associés dans ce type de groupement est soumise à la *poursuite* vaine et préalable de la société, et non seulement à la mise en demeure préalable⁸⁶⁹.

433. – D’après ce qui a déjà été dit, nous pensons qu’il faut faire la distinction entre le cas où la société fait *simplement* l’objet de l’ouverture d’une procédure collective, et le cas où elle est mise en liquidation judiciaire. Dans le premier cas, rien ne préjuge que la société ne sera pas en mesure de payer la créance⁸⁷⁰. Dans le second cas, la situation financière de la société est à un tel point obérée que les chances de recouvrement des dettes par les créanciers sont *presque nulles*, et, on estime qu’il est *juste* d’accorder aux créanciers le droit de poursuivre directement les associés dès le prononcé de la liquidation judiciaire⁸⁷¹, l’exigence des vaines et préalables poursuites *perdant totalement sa justification*, lorsque la société a été liquidée et que tous ses actifs ont été partagés entre ses associés⁸⁷².

La Cour de cassation a eu heureusement l’occasion de statuer sur cette question. Elle le fit à propos d’un cas de dissolution de société. Sa troisième Chambre civile a décidé, par un arrêt du 31 mars 2004, que dans le cas où une société civile a été dissoute, les créanciers sociaux sont recevables à agir en paiement de la dette *directement* contre l’un des associés⁸⁷³. Cette solution doit être pleinement approuvée,

⁸⁶⁸ En ce sens : L. GODON, thèse précit., n° 93.

⁸⁶⁹ Sur le régime de la mise en œuvre de la responsabilité des associés pour le passif social dans les sociétés civiles de droit commun, v. *supra* n°s 189 et s.

⁸⁷⁰ Sur ce point, v. *supra* n°s 205 et s.

⁸⁷¹ L. GODON, thèse précit., n° 98.

⁸⁷² F.-X. LUCAS, note sous Cass. com., 25 sept. 2007 in Bull. Joly soc. 2008, 1^{er} janv. 2008, n° 1, p. 31.

⁸⁷³ Cass. 3^{ème} civ., 31 mars 2004 : Bull. civ. 3, n° 67, p. 62 ; Bull. Joly Soc., 1^{er} juillet 2004, n° 7, p. 998, note J.-P. Garçon ; Rev. sociétés 2004. 684, note J.-F. Barbière ; RD imm. 2004. 291, note B. Boubli. En l’espèce, une société civile constituée entre deux associés se répartissant également le capital social, avait pour objet la réalisation d’un lotissement. Après sa dissolution amiable survenue le 26 juin 1991, un acte de partage notarié du même jour constatait l’attribution à chacun de la moitié indivise du terrain viabilisé. Une entreprise créancière de la société civile immobilière procéda à une action en paiement du solde d’un marché de travaux à l’encontre de l’un des deux anciens associés. La cour d’appel de Montpellier a déclaré recevable l’action en paiement exercée à l’encontre de celui-ci. Le pourvoi dirigé contre cet arrêt faisait valoir, qu’au jour de la signature du contrat, seule la société était propriétaire du terrain et que se trouvait ainsi méconnu le principe de vaine et préalable poursuite de la société dont la personnalité subsistait aussi longtemps que n’étaient pas liquidés tous ses droits et obligations. L’ancien associé ainsi condamné se défendait en outre d’avoir à supporter l’intégralité de la dette alors qu’il n’avait détenu que la moitié du capital social. L’argumentation est rejetée. C’est ainsi que la Cour de cassation énonce : « *Attendu qu’ayant relevé que la société civile immobilière avait été dissoute par décision des associés du 26 juin 1991 et liquidée par acte de partage du même jour, par lequel il avait été attribué à chacun des associés la moitié indivise en pleine propriété du terrain constituant le seul actif de la société civile immobilière, la cour d’appel a exactement relevé que la société Solive (la créancière) était recevable à agir en paiement d’une dette de la société directement contre l’un des associés* ».

et semble même aller de soi ; elle se justifie par la *complète inutilité* de devoir persister à s'attaquer pour la forme au « spectre d'une société vidée de sa substance »⁸⁷⁴.

434. – Cette orientation jurisprudentielle met, par ailleurs, en cause la solution prétorienne posant la règle de la survie de la personnalité morale de la société pour les besoins de sa liquidation, à propos de laquelle un commentateur a très justement estimé, *qu'elle n'est pas absolue*⁸⁷⁵. Un autre commentateur de l'arrêt a de son côté – très justement – estimé que la personnalité morale de la société survivant pour les besoins de la liquidation, est une *personnalité morale réduite, maintenue pour cause de subsistance d'une dette sociale*⁸⁷⁶.

435. – La Cour de cassation devait compléter la doctrine selon laquelle l'exigence des vaines et préalables poursuites cède la place à la possibilité accordée aux créanciers de *rechercher directement la responsabilité des associés au passif social*, réduisant ainsi à *néant* la subsidiarité de l'obligation de ceux-ci au passif social.

C'est ainsi que plus récemment encore, la Haute juridiction a en effet eu l'occasion d'apporter plus d'enseignements sur cette question. C'est par l'arrêt précité de sa Chambre mixte du 18 mai 2007⁸⁷⁷, qu'elle a décidé que le créancier qui

Notons l'importance liée à l'emploi par l'attendu de l'adverbe « directement » : la société ne peut plus continuer à former l'écran existant autrefois pour protéger les associés, puisque, par hypothèse, elle a été dissoute, et ce qui subsiste de sa personnalité morale, *ne peut plus servir à assurer la subsidiarité de l'obligation des associés au passif social*. Rappelons que la jurisprudence a posé pour principe que la personnalité morale d'une société subsiste aussi longtemps que les droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés, ce qui autorise à rouvrir la liquidation malgré la publication de sa clôture. Or, en l'occurrence, l'actif social subsistant à la clôture de la liquidation avait été partagé entre les anciens coassociés alors que subsistait une dette sociale. L'application mécanique du principe prétorien de survie de la personne morale à la clôture de sa liquidation aurait donc dû conduire à la nomination d'un mandataire chargé de reconstituer le patrimoine de la société afin de lui permettre d'assumer son passif. C'est cette procédure, longue et superflue, que – clairement – condamne la Cour de cassation par le rejet du pourvoi.

V. déjà mais de manière moins claire : Cass. 3^{ème} civ., 18 juin 2003, n° de pourvoi : 01-16.504.

⁸⁷⁴ J.-P. GARÇON, note précit. sous Cass. 3^{ème} civ., 31 mars 2004 in Bull. Joly soc., 1^{er} juill. 2004, n° 7, p. 998.

⁸⁷⁵ J.-F. BARBIÈRI, note sous Cass. 3^{ème} civ., 31 mars 2004 in Rev. sociétés 2004. 684, spéc. n° 4. Cet auteur considère que cette règle a, en particulier, pour limite la clôture de la liquidation suivie du partage opéré entre ex-associés. Il semble au surplus, approuver la solution de l'arrêt.

⁸⁷⁶ J.-P. GARÇON, note précit. sous Cass. 3^{ème} civ., 31 mars 2004 in Bull. Joly soc., 1^{er} juill. 2004, n° 7, p. 998.

⁸⁷⁷ Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 précit. : Bull. civ., Ch. mixte, n° 4 ; Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, note F. Pérochon ; Dr. sociétés 2007, comm. 157, note J.-P. Legros ; JCP (E) 2007, n° 39, 27 sept. 2007. 2157, note A. Cerati-Gauthier ; Rép. Def. 2007, art. 38675, p. 1571, § 9, note D. Gibirila ; Rev. sociétés 2007. 620, note J.-J. Barbiéri ; RTD com. 2007. 550, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; *ibid.* 2007. 597, obs. A. Martin-Serf ; D. 2007. 1414, note A. Lienhard ; Gaz. Pal. 2007. 2521, note P.-M. Le Corre ; Lexbase heb.

a déclaré sa créance au passif de la société placée en liquidation judiciaire, *remplit les conditions exigées par l'article 1858 C.C.* Autrement dit, celui-ci pourra à partir de l'accomplissement de l'acte de déclaration, *poursuivre directement l'associé en recouvrement du passif social*. Il y a ici, *dispense totale* de devoir se plier à l'exigence des vaines et préalables poursuites. Un commentateur a cependant pertinemment fait remarquer, que la lettre de l'arrêt ne permet pas de décider si cette dispense, *est une règle de fond ou une simple présomption de l'insuffisance du patrimoine*⁸⁷⁸. Cet auteur a estimé que cette dispense doit être considérée comme une *simple présomption de la vanité des poursuites contre la société*⁸⁷⁹. D'autres auteurs ont, au contraire, estimé qu'il s'agissait d'une règle générale et abstraite, « un peu brutale et potentiellement contraire à la loi »⁸⁸⁰.

436. – Nous pensons qu'il faut préférer l'interprétation selon laquelle il s'agit d'une simple présomption de la vanité des poursuites à celle qui serait fondée sur une quelconque violation de la loi, car il n'est pas logique que la Haute juridiction ait voulu par cet arrêt de principe, opérant au demeurant un revirement de jurisprudence, promouvoir *une doctrine contraire à la loi*.

437. – Soulignons également, *même si ceci semble aller de soi*, que la solution n'est valable que pour le cas de *liquidation judiciaire de la société*⁸⁸¹, et, comme corollaire à cette réalité, elle n'est – contrairement à ce qui en est pour les sociétés en nom collectif –, *aucunement applicable aux cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire*⁸⁸². Ceci se défend parfaitement car, par hypothèse, l'existence d'un plan de sauvegarde ou de redressement a pour objet l'apurement du passif, et, il n'est pas possible de décider *si les poursuites des créanciers seront vaines et le recouvrement des dettes impossible tant que le plan de sauvegarde est en cours d'exécution*⁸⁸³.

éd. Gén., n° 289, du 24 janv. 2008, n° Lexbase N8373BDH, note J.-B. Lenhof ; Pet. Aff. 14 août 2007, n° 162, p. 18, note F. Vinckel. Pour en savoir plus sur cet arrêt, v. *supra* note 415 sous n° 233.

⁸⁷⁸ F. PÉROCHON, note précit. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n° 24.

⁸⁷⁹ F. PÉROCHON, *ibid.*, spéc. n° 25.

⁸⁸⁰ J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER, obs. in JCP 2007. I. 179, spéc. n° 9.

⁸⁸¹ P.-M. Le CORRE, note précit. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Gaz. Pal. 2007. 2521. – A. LIENHARD, obs. précit. pour Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in D. 2007. 1414. – A. MARTIN-SERF, obs. précit. pour Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in RTD com. 2007. 597. – F. PÉROCHON, note précit. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n° 26.

⁸⁸² A. LIENHARD, obs. précit. pour Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in D. 2007. 1414. – F. PÉROCHON, note précit. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc. n° 27. – A. MARTIN-SERF, obs. précit. pour Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in RTD com. 2007. 597.

⁸⁸³ F. PÉROCHON, note précit. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, spéc., n° 27. – En ce sens : P.-M. Le CORRE, note précit. sous Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in Gaz. Pal. 2007. 2521.

438. – La jurisprudence inaugurée pour les sociétés civiles de droit commun par l'arrêt précité de la troisième Chambre civile du 31 mars 2004, fut réaffirmée, mais de manière implicite, par la Chambre commerciale dans un arrêt en date du 25 septembre 2007⁸⁸⁴, également précédemment cité.

Nous voyons donc que la subsidiarité de l'obligation aux dettes sociales des associés, *disparaît*. Autrement dit, l'action contre les associés n'est plus subordonnée à la mise en demeure préalable de la société qui est en règlement ou en liquidation judiciaires⁸⁸⁵.

439. – Dans les sociétés civiles de droit commun, l'obligation des associés aux dettes sociales n'est pas non plus soumise à l'exigence des poursuites préalables, et la subsidiarité de l'engagement de ceux-ci *s'étirole*, comme le montre l'arrêt de la Chambre mixte du 18 mai 2007, lorsque la société est mise en liquidation judiciaire⁸⁸⁶. Les associés sont poursuivis *directement* pour le passif social.

Ceci constitue une entorse importante à la subsidiarité qui régit l'obligation aux dettes des associés de sociétés et groupements soumis pour la poursuite du passif à l'encontre de leurs associés à l'exigence des préalables poursuite et mise en demeure. Mais il ne s'agit ici nullement d'une entorse injustifiée à cette subsidiarité. Ce correctif que la subsidiarité subit trouve son explication dans le fait – précédemment évoqué – que la situation financière de la société permet que ses créanciers *fassent l'impasse sur sa mise en cause préalable*, que ce soit par des poursuites ou par une mise en demeure.

440. – En somme, les solutions plus haut analysées, consistant à dispenser les créanciers sociaux des exigences de mise en demeure préalable d'une part, et de

⁸⁸⁴ Cass. com., 25 sept. 2007 précit. : Bull. civ. 4, n° 207 ; Bull. Joly soc. 2008, 1^{er} janv. 2008, n° 1, p. 31, note F.-X. Lucas ; Lexbase heb. éd. Gén., n° 289, 24 janv. 2008, n° Lexbase N8373BDH, note J.-B. Lenhof ; Rev. sociétés 2007. 137, obs. J.-F. Barbiéri. Dans cette espèce, une société civile immobilière qui avait pour associés deux sociétés à responsabilité limitée a confié à un architecte l'élaboration d'un avant-projet immobilier à la suite duquel cette société a obtenu, le 16 avril 1993, un permis de construire. Celle-ci ayant été dissoute et liquidée, sa radiation a été publiée à la fin de 1993 au registre du commerce et des sociétés. Le créancier avait tenté de faire délivrer, le 24 décembre 1997, une assignation en référé à cette société. Par la suite, il a assigné les sociétés, ses associés, en règlement de ses honoraires. La cour d'appel a déclaré irrecevable l'action du créancier contre les associés, elle a retenu qu'il avait renoncé aux poursuites exercées contre celle-ci. Pour casser l'arrêt d'appel et sous le visa de l'article 1858 C.C., la Cour énonce : « *Attendu qu'en statuant ainsi, après avoir constaté que M. X. (le créancier) avait fait délivrer à la SCI, le 24 décembre 1997, une assignation en référé transformée en procès-verbal de recherches infructueuses, la cour d'appel, qui a retenu que le créancier n'établissait pas l'existence de vaines poursuites contre la SCI préalables à l'action en paiement exercée les 22 mai et 4 juin 1998 contre les associés de celle-ci, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations* ».

⁸⁸⁵ Ch. ATIAS, obs. pour Cass. com., 20 fév. 1996 in Rép. Def. 1996, art. 36448, § 155, p. 1429.

⁸⁸⁶ V. cependant : A. MARTIN-SERF, obs. précit. pour Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 in RTD com. 2007. 597. L'auteur considère que « *le principe de la subsidiarité de l'engagement des associés est respecté, mais avec une nécessaire adaptation aux spécificités de la procédure collective* ».

celles de vaines et préalables poursuites de l'autre, ne peuvent s'expliquer que si l'on recherche la *justification* de ces mesures, exigées *préalablement* à toute recherche de la responsabilité des associés au passif social⁸⁸⁷. Cette justification réside tout simplement dans la *nature subsidiaire de l'engagement des associés*, que ce soit dans les groupements soumis à l'exigence de mise en demeure préalable ou dans les groupements soumis à celle de vaines et préalables poursuites⁸⁸⁸. C'est ce qui explique que l'on puisse s'en dispenser lorsque le groupement poursuivi en paiement des dettes sociales a été mis en liquidation judiciaire⁸⁸⁹, ou dans le cas de redressement judiciaire, lorsque les éléments de fait démontrent de manière assez vraisemblable que celui-ci *ne pourra plus faire face à ses engagements*, ce qui se vérifie pour les sociétés en nom collectif.

A côté de ces dispenses, il faut relever que certaines exigences *demeurent cependant exigées*.

Section 2 : La persistance d'exigences s'imposant aux créanciers par le droit des entreprises en difficulté.

441. – Malgré la dispense de poursuites et de mises en demeure préalables, il semble cependant que la Cour de cassation pose toujours certaines exigences à l'encontre des créanciers de sociétés pour lesquelles la poursuite des dettes contre les associés est soumise à la mise en demeure préalable.

Ces exigences se trouvent nécessitées par le droit des entreprises en difficulté. C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé que le créancier d'une société civile de construction-vente faisant l'objet d'une liquidation des biens, procédure qui vise le recouvrement de sa dette à l'encontre des associés, devait *produire au passif de la société débitrice l'intégralité de sa créance*⁸⁹⁰.

⁸⁸⁷ Rapp. : F.-X. LUCAS, note précit. sous Cass. com., 9 janv. 2001 in Bull. Joly soc. 2001, p. 365, § 92.

⁸⁸⁸ Rapp. : F.-X. LUCAS, *ibid.*

⁸⁸⁹ Et il n'est point nécessaire ici d'exiger que la procédure ouverte contre le groupement soit clôturée pour insuffisance d'actif.

⁸⁹⁰ Cass. com., 20 fév. 1996 précit. : Bull. civ. 4, n° 59, p. 46 ; D. 1996, somm. 337, obs. A. Honorat ; Rép. Def. 1996, art. 36448, § 155, p. 1428, obs. Ch. Atias ; Rev. sociétés 1996. 836, note A. Honorat. L'arrêt énonce : « *Attendu qu'en vertu de ce texte (l'article L. 211-2 C. const. habit.), les associés d'une société civile constituée en vue de la vente d'immeubles sont tenus du passif social sur tous leurs biens à proportion de leurs droits sociaux ; que si l'action en paiement dirigée contre un associé n'est subordonnée ni à la mise en demeure préalable de la société en règlement judiciaire ou en liquidation des biens ni à la preuve de l'admission de la créance au passif, le créancier ne peut poursuivre le paiement qu'après avoir produit au passif de la société débitrice l'intégralité de la créance* ». En l'espèce, le receveur des impôts avait notifié aux représentants légaux d'une société civile de construction-vente, qui était en liquidation des biens divers avis de mise en recouvrement d'impôts et taxes, et fait procéder à une saisie-exécution de meubles leur appartenant. Les associés avaient alors saisi le juge des référés pour faire annuler la saisie. Le juge des référés, puis la cour d'appel, avaient rejeté leur demande. La cour d'appel

442. – Cette jurisprudence a suscité la critique ; on a estimé que la Cour de cassation avait opéré un *glissement* de l'existence de l'engagement social vers sa preuve⁸⁹¹. En l'espèce, la preuve de l'engagement social n'était plus rapportée par suite de l'absence de production au passif de la société⁸⁹². Le principal reproche fait à cette décision repose sur l'idée qu'*aucune disposition légale* régissant les sociétés civiles et les procédures collectives n'impose que la preuve du caractère social de la dette en cas de soumission à une procédure collective, découle *uniquement* de la production ou de la déclaration au passif de la société⁸⁹³.

443. – Ceci est vrai, la preuve du caractère social de la dette ne découle pas en effet, *impérativement et de façon unique*, de la production au passif de la société. Mais nous pensons que cette solution a été adoptée pour conserver un *minimum d'exigences* relatives à certaines formalités revêtant de l'importance dans une matière – telle le droit des entreprises en difficultés – qui obéit à des règles complexes de forme et de procédure. Le créancier d'une société civile mise en redressement ou en liquidation judiciaires, est déjà dispensé d'adresser une mise en demeure préalable à la société ou d'entreprendre des poursuites contre celle-ci afin de pouvoir poursuivre les associés en recouvrement du passif social, on ne pourrait le dispenser également d'entreprendre d'autres actes nécessaires à la bonne marche d'une procédure collective. La matière de l'obligation au passif social dans les sociétés civiles combinée à celle des procédures collectives, ne saurait valablement faire l'impasse sur plus d'une exigence imposée par la loi, et ceci dans un but de sécurité juridique.

444. – C'est pour ces raisons que la solution consistant à faire l'obligation au créancier d'une société civile de construction-vente mise en redressement ou en liquidation judiciaire, à produire au passif de la société débitrice l'intégralité de la créance avant de pouvoir poursuivre les associés en recouvrement de celle-ci, doit –

avait estimé qu'une production tardive du Trésor public ne pouvait être déclarée *a priori* irrecevable, dès lors que le Trésor public a la faculté de demander un relevé de forclusion et que, de toute façon, le juge des référés n'avait pas compétence pour se prononcer sur une telle demande. La Cour de cassation censure l'arrêt en se fondant uniquement sur l'article 211-2, al. 1 et 2 C. const. habit., et en précisant que le créancier ne peut poursuivre les associés qu'après avoir produit au passif de la société l'intégralité de la créance, elle casse la décision qui n'avait pas constaté que le receveur des impôts avait produit à la procédure collective de la société la totalité de la créance, en proportion de laquelle était poursuivi le recouvrement à l'encontre de deux associés.

⁸⁹¹ A. HONORAT, note sous Cass. com., 20 fév. 1996 in Rev. sociétés 1996. 839.

⁸⁹² A. HONORAT, *ibid.*, p. 839. Sur la question du caractère social de la dette, v. *supra* n^{os} 237 et s.

⁸⁹³ A. HONORAT, *ibid.*, pp. 839-840.

pensons-nous – *être approuvée*. Cette solution a d'ailleurs été réaffirmée dans des décisions ultérieures⁸⁹⁴.

445. – Plus, il semble que la Cour de cassation applique aussi cette solution, inaugurée – à notre connaissance – par l'arrêt précité de la Chambre commerciale du 20 février 1996, aux sociétés en nom collectif⁸⁹⁵, exigeant de même à l'égard du créancier de ce type de sociétés qu'il ait déclaré sa créance au passif de la société mise en liquidation. Ceci peut être déduit des termes clairs de l'arrêt précité du 9 janvier 2001⁸⁹⁶, rendu également par la Chambre commerciale.

446. – Il est important de souligner que les décisions de la Chambre commerciale du 9 janvier 2001, du 13 février 2007, ainsi que – bien entendu – celle du 20 février 1996 précitées, ont été rendues sous l'empire des dispositions antérieures à la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises, par application des dispositions alors en vigueur, notamment l'article 53 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985. Rappelons que selon cet article, le défaut de déclaration de leur créance par les créanciers de la société faisant l'objet de la procédure collective *entraînait extinction de leur créance*. On peut alors se demander si la situation restera la même depuis l'entrée en vigueur de la loi précitée du 26 juillet 2005 applicable aux procédures collectives à compter du 1^{er} janvier 2006. Rappelons encore qu'en effet, par application des dispositions du nouvel article L. 622-26, al. 1^{er} C. com., le défaut de déclaration de créance *n'entraîne plus l'extinction de celle-ci*⁸⁹⁷.

447. – Nous pensons qu'aujourd'hui encore il demeure *impératif* aux créanciers de déclarer leur créance au passif de la société débitrice, afin *d'éviter tout débat sur l'extinction ou l'inopposabilité de leur créance*, à l'occasion de l'exercice

⁸⁹⁴ V. par ex. : Cass. com., 13 fév. 2007 : Construction - Urbanisme 1^{er} juin 2007, n° 6, comm. 117, obs. Ch. Sizaire ; Gaz. Pal. 20 juill. 2007, n° 201, p. 18, note P.-M. Le Corre ; Rev. proc. coll. 2007, n° 3, p. 168, note Ch. Lebel.

⁸⁹⁵ V. *supra* n°s 428 et 429.

⁸⁹⁶ Cass. com., 9 janv. 2001 précit. : Bull. Joly soc. 2001, p. 365, § 92, note F.-X. Lucas. En l'espèce, le créancier avait déclaré sa créance au passif de la société, il avait aussi obtenu que celle-ci soit admise par décision d'admission des créances, celle-ci ayant valeur de décision de justice, reconnaissant l'existence de sa créance. L'attendu de l'arrêt prend soin de relever cette double circonstance en énonçant que la cour d'appel a relevé que : « *la banque avait déclaré sa créance qui avait été admise au passif de la société en nom collectif* ». Et la Chambre commerciale a approuvé la cour d'appel d'avoir dispensé le créancier d'avoir à pratiquer une mise en demeure par acte extrajudiciaire en vue d'agir contre l'associé. Et sur la question de la valeur attribuée à la décision d'admission des créances rendue par le juge-commissaire dans la procédure collective, v. *supra* n° 256.

⁸⁹⁷ Rappelons encore que, désormais le défaut de déclaration de créance entraîne seulement l'inopposabilité de la créance à la procédure collective, le créancier n'étant pas admis dans les répartitions et les dividendes.

de leur droit de poursuite individuelle à l'encontre des associés de la société mise en liquidation judiciaire⁸⁹⁸.

448. – Précisons en dernier et pour mémoire, que si la déclaration de créance est exigée par la jurisprudence à l'égard du créancier, ceci ne s'étend *aucunement* à la condition de l'admission de la créance au passif de la société ; celle-ci n'est *aucunement requise pour que la voie soit valablement ouverte au créancier pour la poursuite des associés*⁸⁹⁹, et la décision qui poserait cette condition supplémentaire, *encourrait la cassation*⁹⁰⁰.

⁸⁹⁸ V. par ex. : Ch. SIZAIRE, obs. précit. pour Cass. com., 13 fév. 2007 in Construction - Urbanisme 1^{er} juin 2007, n° 6, comm. 117. Cet auteur exprime cette opinion par rapport à une société civile de construction-vente, mais nous pensons qu'elle peut être valablement généralisée à tous les types de groupements, ceux soumis à l'exigence de mise en demeure préalable et ceux soumis à l'exigence de vaine et préalable poursuite.

⁸⁹⁹ Cass. 3^{ème} civ., 14 fév. 2007 précit. : Bull. civ. 3, n° 24 ; Bull. Joly soc., 1^{er} juin 2007, n° 6, p. 705, note F. Kenderian ; Lexbase heb. 2007, éd. Gén., n° 252, n° Lexbase N3323BAC, note M. Parmentier ; *ibid.*, n° 289, du 24 janv. 2008, n° Lexbase N8373BDH, note J.-B. Lenhof ; Pet. Aff. 12 juin 2007, n° 117, p. 19, note Ch. Lebel ; RTD com. 2007. 396, note M.-H. Monsérié-Bon.

⁹⁰⁰ Cass. 3^{ème} civ., 14 fév. 2007 précit., v. *supra* note 899.

Conclusion du chapitre

449. – L'obligation au passif des associés de sociétés civiles et des groupements assimilés constitue une illustration parfaite de la subsidiarité, plus précisément, *d'un cas de degrés de la subsidiarité*. Ainsi, plus l'écran qui protège les associés est consistant, plus la subsidiarité est forte, et plus il devient difficile au créancier social de rechercher la responsabilité de ceux-ci pour le passif social. Et inversement, lorsque cet écran est chétif, la subsidiarité de l'obligation des associés aux dettes sociales s'en ressent et celle-ci sera faible.

Plus, on peut même affirmer que l'obligation au passif social des associés constitue *le seul cas* illustratif de degrés de la subsidiarité.

450. – Les lois réformant les sociétés civiles ainsi que les groupements soumis pour l'obligation au passif social pesant sur les associés à la mise en demeure préalable, ont apporté beaucoup de nouveautés au régime juridique de ces entités. Cependant, toutes ces innovations n'intéressent pas la subsidiarité ; les principales innovations qui se rattachent à celle-ci sont : la mise en place par l'article 1858 C.C. de l'exigence de la vaine et préalable poursuite, et le renforcement de la personnalité morale de la société civile et l'exigence de mise en demeure préalable des membres de groupements civils autres que la société civile de droit commun ainsi que des associés de sociétés en nom collectif.

Et, on pourrait affirmer que la subsidiarité de l'obligation des associés aux dettes sociales est *proportionnelle* à la consistance de la personnalité morale du groupement, et puisque cette consistance est à des *degrés variés*, la subsidiarité est elle-même à des degrés *plus ou moins importants*.

451. – En plus du fait qu'elle répond à une *logique parfaite* en étant *harmonieusement proportionnée* à la consistance de la personnalité morale de chaque groupement, la subsidiarité qui caractérise l'obligation au passif social des membres de sociétés civiles et autres groupements régis sur ce point respectivement, par l'exigence vaines poursuites et de mise en demeure préalables, *fonctionne également avec une parfaite logique*. C'est ainsi que lorsque les raisons d'être de cette subsidiarité cessent, celle-ci est purement et simplement *rejetée*. Il en est ainsi lorsque la société ou le groupement est en état de liquidation judiciaire ou fait l'objet

d'une procédure de redressement judiciaire. La jurisprudence construite sur cette question par la Cour de cassation ne peut être que pleinement approuvée.

452. – Après avoir étudié l'obligation aux dettes sociales des associés de sociétés civiles de droit commun et de groupements assimilés, comme illustration des *obligations subsidiaires*, il nous faut à présent passer à un *tout autre domaine*. Ce domaine se rapporte, quant à lui, non à l'obligation prise en elle-même, mais à l'exécution de celle-ci. C'est la matière des voies d'exécution dont il sera alors question. Nous envisagerons donc dans un troisième chapitre, la subsidiarité en ce domaine illustrée par la *subsidiarité caractérisant la saisie-vente*.

Chapitre 3 : la subsidiarité des voies d'exécution : le cas de la saisie-vente.

453. – La subsidiarité n'est pas une notion étrangère aux procédures civiles d'exécution. Plus d'un texte de loi, établit une hiérarchie entre les mesures d'exécution imposant au créancier de suivre une procédure déterminée pour l'exécution de sa créance. Il en est notamment ainsi de l'article L. 161-1 C. pr. civ. ex., qui permet à un entrepreneur individuel poursuivi en paiement d'une créance contractuelle ayant sa cause dans son activité professionnelle, s'il établit que les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise sont *d'une valeur suffisante* pour garantir le paiement de la créance, *de demander au créancier que l'exécution soit en priorité poursuivie sur ces derniers*.

Il en est également ainsi de plusieurs articles intégrés dans le Code des procédures civiles d'exécution par le décret n° 2012-783 du 30 mai 2012⁹⁰¹.

454. – Nous avons choisi la saisie-vente, comme illustration de la subsidiarité des procédures civiles d'exécution car le caractère subsidiaire attribué par le législateur à cette mesure d'exécution a grandement *suscité la discussion*, et la rareté des décisions de jurisprudence en cette matière nous incite à vouloir encore plus éclairer la question.

C'est en 1991 que cette nouveauté a été introduite. En cette année, le législateur a en effet, fondamentalement *réformé* les procédures civiles d'exécution. Ceci s'est produit par l'entrée en vigueur de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 « portant réforme des procédures civiles d'exécution »⁹⁰², et du décret du 31 juillet 1992, instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de cette loi.

Cette réforme qui, par ailleurs, a eu le mérite de restaurer la valeur du titre exécutoire, a imprimé un *caractère subsidiaire* à la saisie-vente qui est l'une des quatre catégories de mesures d'exécution sur les meubles corporels⁹⁰³.

⁹⁰¹ Citons notamment les articles R. 162-2, R. 211-23, R. 322-58 et R331-2 C. pr. civ. ex.

⁹⁰² Sur cette réforme, v. : A. BOUKRIS, *La réforme des procédures civiles d'exécution*, LPA n° 49, du 22 avr. 1992, p. 4.

Notons que cette loi a subi plusieurs modifications par des textes et lois ultérieurs, la dernière étant celle résultant du décret n° 2009-397 du 10 avril 2009.

⁹⁰³ H. CROZE, *Le décret du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution*, JCP 1992, 1, 3635, spéc. n°s 17 et 18. L'auteur précise que, en plus de la saisie-vente, les trois autres catégories de mesures d'exécution sur les meubles corporels sont : la saisie-appréhension, les mesures portant sur les véhicules terrestres à moteur, et les saisies sur les biens placés dans un coffre-fort.

455. – Est entrée en vigueur récemment, l'ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011 qui est venue codifier la partie législative du Code des procédures civiles d'exécution. Elle a abrogé la loi précitée du 9 juillet 1991, a procédé à une codification de ses dispositions et les a intégrées – en y introduisant cependant quelques modifications – dans ledit Code des procédures civiles d'exécution.

L'ancien article 51 de cette loi est ainsi devenu l'article L. 221-2 C. pr. civ. ex., cet article dispose que :

« La saisie-vente dans un local servant à l'habitation du débiteur, lorsqu'elle tend au recouvrement d'une créance autre qu'alimentaire, inférieure à un montant fixé par voie réglementaire, ne peut être pratiquée, sauf autorisation du juge, que si ce recouvrement n'est pas possible par voie de saisie d'un compte de dépôt ou des rémunérations du travail ».

Cet article appelle une observation *principale* : la subsidiarité de la saisie-vente ne peut concerner que les créances *autres qu'alimentaires*. Les créances ayant la nature alimentaire ne peuvent faire l'objet de la *restriction* se concrétisant par la subsidiarité. La procédure imprimant la subsidiarité à la saisie-vente ne se rapporte donc qu'aux *petites créances*. Elle ne se rapporte de plus et surtout, qu'à la saisie de meubles corporels se rapportant à un local servant à *l'habitation du débiteur*⁹⁰⁴, qu'il le soit à titre principal ou secondaire⁹⁰⁵, ou simplement *occupé* par celui-ci, même s'il sert à l'habitation d'un *tiers*⁹⁰⁶.

Après cette brève entrée en matière, nous envisagerons successivement dans les trois sections qui suivent, l'effet de subsidiarité résultant de la mise œuvre de la saisie-vente (section 1^{ère}), puis, la manière avec laquelle se concrétise en droit positif la subsidiarité caractérisant celle-ci (section 2), pour par la suite en faire une appréciation critique (section 3).

Section 1^{ère} : La mise en œuvre de la saisie-vente et l'effet de subsidiarité.

456. – La subsidiarité de la saisie-vente résulte des termes de l'article 51 de cette loi, devenu l'article L. 221-2 C. pr. civ. ex., qui fut, d'ailleurs, modifié par la loi n° 2004-130 du 11 février 2004.

⁹⁰⁴ Des éminents auteurs ont, *pertinemment*, justifié la subsidiarité, par, notamment, le fait que la pénétration forcée dans un local et spécialement dans un local d'habitation, est de plus en plus *mal ressentie*, v. : R. PERROT et Ph. THÉRY, *La subsidiarité de la saisie-vente*, D.1996, chron. 169, spéc. n° 2 et les réf. citées.

⁹⁰⁵ Cette précision résulte d'un arrêt récent, v. : Cass. 2^{ème} civ., 18 juin 2009 : Bull. civ. 2, n° 169 ; Gaz. Pal. 5 sept. 2009, n° 248, p. 25, note L. Lauvergnat. Sur cet arrêt, v. *infra* n°s 468 et s.

⁹⁰⁶ J.-J. DAIGRE, *A propos de l'exception de subsidiarité de la saisie-vente*, Rev. huissiers 1992. 1041, spéc. n° 1.

C'est l'alinéa premier de cet article qui, en donnant la *primauté* au recouvrement par la saisie d'un « compte de dépôt » ou des « rémunérations du travail », confère à la saisie-vente un *caractère subsidiaire*⁹⁰⁷. C'est à travers la *hiérarchie* ainsi imposée à la procédure d'exécution qu'est instituée la subsidiarité de cette voie d'exécution.

457. – Les dispositions de l'article L. 221-2 en question, sont complétées par celle de l'article R. 221-3 du même Code, qui fut créé par le décret n° 2012-783 du 30 mai 2012. Cet article qui régit la mise en œuvre de la procédure d'exécution, dispose en son deuxième alinéa, qu'un commandement de payer est signifié au débiteur et devant, notamment contenir, à peine de nullité, « un commandement d'avoir à payer dans un délai de huit jours les sommes indiquées avec l'avertissement qu'à défaut de paiement et si aucune saisie sur un compte de dépôt ou sur les rémunérations n'est possible il peut y être contraint par la vente forcée de ses biens meubles »⁹⁰⁸.

C'est cet alinéa qui est le plus important quant à la constatation de la carence du débiteur, ou, au contraire, quant à la *mise en œuvre de la subsidiarité de la procédure*.

L'article R. 221-3 C. pr. civ. ex. donnant au débiteur un délai de huit jours pour payer les sommes indiquées dans le commandement. La question se pose alors de savoir comment va se dérouler la procédure d'exécution après l'écoulement dudit délai, si celle-ci devient *possible*. On se demande ce que le défaut de réponse du débiteur ou son refus de communiquer les nom et adresse de son employeur et les références de son compte bancaire auront comme conséquence à l'expiration dudit délai, savoir s'ils ouvrent *ou non la voie à l'exécution de la créance à son encontre*. De tels agissements font-ils alors échec à la subsidiarité de la saisie-vente ? Et la procédure d'exécution pourra-t-elle conséquemment, être amorcée ?

⁹⁰⁷ Sur cette question, v. par ex. : C. BRENNER, *Voies d'exécution*, Dalloz 2^{ème} éd., 2001, spéc. n° 31. – P. CROCC (dir.), *Les vingt ans de la réforme des procédures civiles d'exécution : ses acquis et ses défis : actes du IXe colloque de droit et procédures, Paris, 25 mars 2011*, Editions juridiques et techniques 2012, spéc. n° 95. – H. CROZE, art. précit., spéc. nos 17 et 18. – J.-J. DAIGRE, *À propos de l'exception de subsidiarité de la saisie-vente*, Rev. huissiers 1992. 1041. – V. aussi du même auteur : *Subsidiarité de la saisie-vente : la carence du débiteur récompensée ?*, Rev. huissiers 1996. 257. – Y. DESDEVISES, *L'incidence du silence du débiteur sur la subsidiarité de certaines saisies-ventes*, D. 1993, chron. 160. – J.-P. FAGET et D. R. MARTIN, *Subsidiarité de la saisie-vente et carence du débiteur saisi*, JCP 1993, 1, 3711. – N. MONACHON-DUCHÊNE, *Les limites de la saisie-vente*, JCP 1997. 1. 4044, spéc. n° 4. – R. PERROT et Ph. THÉRY, art. précit. – R. TENDLER, *Les voies d'exécution*, Ellipses 1998, spéc. p. 70.

⁹⁰⁸ Les 1° et 2° de l'article R. 221-3 C. pr. civ. ex., imposent respectivement que le commandement devrait mentionner, le « titre exécutoire en vertu duquel les poursuites sont exercées (...) », et, une « injonction de communiquer à l'huissier de justice du poursuivant, dans un délai de huit jours, les nom et adresse de son employeur et les références de ses comptes bancaires ou l'un de ces deux éléments seulement ».

458. – La loi du 9 juillet 1991 a suscité sur ce point précis des difficultés d'interprétation. Et ceci a été une raison pour que la Cour de cassation soit sollicitée d'un avis sur ce point.

C'est ainsi que, le 8 septembre 1995, la Cour de cassation a été saisie par le juge de l'exécution du tribunal de grande instance de Limoges sur la question de savoir si le simple silence du débiteur, après la demande de communication d'informations faite dans le commandement, conformément aux prescriptions de l'article 83-3° de l'ancien décret n° 92-755 du 31 juillet 1992, devenu aujourd'hui l'article R. 221-3 précité, caractérise l'impossibilité posée par l'article 51 précité de la loi du 9 juillet 1991, devenu l'article L. 221-2 C. pr. civ. ex.

La question incluait aussi celle de savoir si le silence du débiteur permet, sans autorisation du juge de l'exécution, une saisie-vente au domicile du débiteur pour le recouvrement d'une créance non alimentaire, *inférieure au minimum fixé par voie réglementaire*⁹⁰⁹.

La Cour de cassation a, le 8 décembre 1995⁹¹⁰, en faisant référence aux articles 51 et 39 de la loi du 9 juillet 1991, et des articles 82 et 83 de son décret d'application précité, du 31 juillet 1992, donné la motivation suivante à son avis :

« L'absence de réponse du débiteur à l'injonction qui lui est faite dans le commandement de communiquer les renseignements utiles à l'exercice de ces dernières voies d'exécution ne fait pas échec à ce principe de subsidiarité, et n'a pour effet, si le recours au procureur de la République s'avère nécessaire pour connaître l'employeur du débiteur ou les établissements où celui-ci a un compte, que de dispenser l'huissier de justice de justifier de recherches infructueuses ».

Et par conséquent, la Cour de cassation était d'avis que : *« le silence du débiteur ne rend pas possible de ce seul fait la saisie-vente. Il permet à l'huissier de justice de s'adresser immédiatement et sans autre formalité au procureur de la République en vue d'obtenir l'identification de l'employeur ou des comptes de dépôt du débiteur ».*

459. – Ce qui est le plus digne d'attention dans cet avis, c'est la reconnaissance par la Cour de cassation du *principe de subsidiarité* de cette voie d'exécution. Le terme de « subsidiarité » n'a été nulle part mentionné dans la loi,

⁹⁰⁹ Soulignons qu'actuellement, l'article R. 221-2 C. proc. civ. ex., créée par le décret précité du 30 mai 2012, a fixé le montant minimal de la dette à 535 euros en principal.

⁹¹⁰ Cass., avis, 8 déc. 1995 : Bull. 1995, avis n° 15, p. 13 ; Rev. huissiers 1996. 621.

mais sa reconnaissance expresse par la Cour de cassation lui confère une *autorité certaine* auprès des juridictions. C'est ainsi, que cet avis a reçu des échos auprès des juridictions, que ce soit en ce qui concerne la *consécration du principe de subsidiarité*, ou l'*effet attaché au silence du débiteur*⁹¹¹.

460. – Il résulte aussi de cet avis, que l'huissier de justice a simplement la *possibilité* de saisir le Procureur de la République⁹¹², que ce n'est point une obligation pour lui⁹¹³.

La motivation de la Cour dans sa dernière tranche évoquant les « recherches infructueuses », n'est pas sans rappeler l'exigence de vaines poursuites posée par l'article 1858 C.C. à l'égard des associés de sociétés civiles⁹¹⁴. Mais nous ne pensons pas qu'il soit possible de faire un *quelconque rapprochement* entre l'exigence des vaines poursuites édictée en vue de rechercher l'obligation au passif social des associés de sociétés civiles et la subsidiarité de la procédure civile d'exécution qui caractérise la saisie-vente⁹¹⁵.

Ceci est d'autant plus vrai, que le – nouveau – Code des procédures civiles d'exécution, a *supprimé* toute référence aux « recherches infructueuses », visées dans l'ancien article 39 de la loi du 9 juillet 1991. Toute comparaison possible sur ce point précis, a *donc perdu sa raison d'être*.

Les dispositions dudit article 39 ont été transférées, après avoir – il est vrai – subi quelques modifications⁹¹⁶, aux articles L. 152-1 et L152-2 C. pr. civ. ex.⁹¹⁷.

⁹¹¹ V. par ex. : CA Paris, 19 mai 1998, JurisData n° : 1998-021662. – CA Pau, 19 mai 2008, n° de RG : 06/03284. Sur ces arrêts, v. *infra* n°s 464 et 465.

⁹¹² Soulignons ici que les articles L. 152-1 et L. 152-2 C. proc. civ. ex., créés par l'ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011, ne font *aucune référence* à la saisine par l'huissier de justice du Procureur de la République, autrefois applicable en vertu de l'article 39 de la loi du 9 juillet 1991. L'article L. 152-1 C. proc. civ. ex. fait notamment référence aux administrations de l'Etat, des régions, des départements et des communes, et, aux établissements publics ou organismes contrôlés par l'autorité administrative. Alors que l'article L. 152-2 du même Code fait quant à lui référence, aux « établissements habilités par la loi à tenir des comptes de dépôt ».

Sur le texte des articles L. 152-1 et L. 152-2 C. proc. civ. ex., v. *infra* note 917.

⁹¹³ V. qui énonce très clairement cette solution : CA Angers, 11 juill. 1995 : Rev. huissiers 1996. 610. – V. aussi : CA Paris, 19 mai 1998 précit., JurisData n° : 1998-021662.

Un auteur avait aussi démontré qu'il s'agissait bien d'une *possibilité* offerte à l'huissier, et non d'une obligation pour lui, v. : J.-J. DAIGRE, *Subsidiarité de la saisie-vente : la carence du débiteur récompensée ?*, art. précit., p. 258.

⁹¹⁴ Sur l'exigence de vaines poursuites posée par l'article 1858 C.C., v. *supra* n°s 186 et s.

⁹¹⁵ Il est vrai que la différence qui sépare entre d'une part, le commandement de payer signifié au débiteur, et, d'autre part, l'exigence de vaines et préalables, est aussi bien de *degré que de nature*.

⁹¹⁶ Rappelons que la principale modification apportée aux dispositions de l'article 39 en question, a été de supprimer toute référence à la saisine par l'huissier de justice du Procureur de la République.

⁹¹⁷ Les articles L. 152-1 et L152-2 C. pr. civ. ex., créés par l'ordonnance précitée n° 2011-1895 du 19 décembre 2011, disposent respectivement que :

« Sous réserve des dispositions de l'article 6 de la loi n° 51-711 du 7 juin 1951 sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques, les administrations de l'Etat, des régions, des départements et des communes, les entreprises concédées ou contrôlées par l'Etat, les régions, les départements et des communes, les établissements publics ou organismes contrôlés par l'autorité

461. – Une question se pose naturellement : l’avis précité de la Cour de cassation du 8 décembre 1995 reste-il toujours valable aujourd’hui, après que sont intervenues les différentes modifications législatives ?

Nous pensons que cet avis, *vaut toujours pour aujourd’hui*, car, l’essentiel de la procédure *n’a pas été modifié*. Le Code des procédures civiles d’exécution a repris *assez fidèlement*, les dispositions de la loi du 9 juillet 1991 et de son décret d’application.

Mais cette solution si elle s’applique au silence du débiteur après l’expiration du délai de huit jours fixé dans le commandement, elle ne s’applique cependant pas au *refus opposé par le débiteur à l’huissier de justice*⁹¹⁸. Dans un tel cas, l’omission – fautive – du débiteur ne permettra *pas de faire jouer la subsidiarité en sa faveur*.

Nous pensons en effet, comme un auteur l’a soutenu, que le bénéfice de subsidiarité de la saisie-vente « *ne saurait permettre au débiteur de mener une guérilla de retardement* »⁹¹⁹. Donc, le refus du débiteur de déférer à l’injonction de l’huissier de communiquer les nom et adresse de son employeur, et les références de son compte bancaire, serait une *raison suffisante* pour *neutraliser* la subsidiarité de la saisie-vente et ouvrir la voie à la poursuite de la mesure d’exécution⁹²⁰.

Si l’on défendait le contraire, on ferait entrer la procédure d’exécution dans un *cercle vicieux*.

462. – A côté du refus opposé par le débiteur, il est très possible que la dette s’avère *non recouvrable*. Il nous faut donc savoir comment apprécier la notion de « recouvrement impossible », par voie de saisie d’un compte de dépôt ou de saisie des

administrative doivent communiquer à l’huissier de justice chargé de l’exécution, porteur d’un titre exécutoire, les renseignements qu’ils détiennent permettant de déterminer l’adresse du débiteur, l’identité et l’adresse de son employeur ou de tout tiers débiteur ou dépositaire de sommes liquides ou exigibles et la composition de son patrimoine immobilier, à l’exclusion de tout autre renseignement, sans pouvoir opposer le secret professionnel ».

« Les établissements habilités par la loi à tenir des comptes de dépôt doivent indiquer à l’huissier de justice chargé de l’exécution, porteur d’un titre exécutoire, si un ou plusieurs comptes, comptes joints ou fusionnés sont ouverts au nom du débiteur ainsi que les lieux où sont tenus les comptes, à l’exclusion de tout autre renseignement, sans pouvoir opposer le secret professionnel ».

⁹¹⁸ Rapp. : J.-P. FAGET et D. R. MARTIN, *Subsidiarité de la saisie-vente et carence du débiteur saisi*, art. précit., n° 9 *in fine*. Ces auteurs considèrent que la non-fourniture par le débiteur des informations requises par lui, *crée l’état d’impossibilité visé par la loi*.

⁹¹⁹ J.-J. DAIGRE, *Subsidiarité de la saisie-vente : la carence du débiteur récompensée ?*, art. précit., p. 259, 2^{ème} col *in fine*.

⁹²⁰ V. une espèce se rapportant à une hypothèse pareille de *refus*, et dans laquelle le créancier a effectivement procédé à la saisie de certains biens immobiliers se trouvant dans le local d’habitation du débiteur : CA Angers, 11 juill. 1995 précit. : Rev. huissiers 1996. 610.

rémunérations du travail, visée à l'article L. 221-2 C. pr. civ. ex. précité, anciennement article 51 de la loi du 9 juillet 1991⁹²¹.

Sur cette question, les auteurs ont émis plusieurs propositions, toutes également défendables, d'hypothèses obéissant à la qualification de « recouvrement impossible ».

On a ainsi proposé que, constituerait un *recouvrement impossible*, le fait pour le débiteur *de ne pas être* titulaire d'un compte bancaire⁹²², ou, bien qu'il en soit titulaire, et que celui-ci soit *non provisionné*⁹²³, ou, le fait de ne pas avoir d'employeur soit parce qu'il est au chômage, à la retraite ou membre d'une profession indépendante⁹²⁴, ou alors, le fait que le salaire soit – pour une raison ou une autre – *insaisissable*⁹²⁵. Constituerait également un recouvrement impossible, l'hypothèse dans laquelle la procédure d'exécution aura pour fondement *un chèque sans provision*⁹²⁶.

Des hypothèses comparables à celles susmentionnées, peuvent être aussi considérées comme *remplissant la condition du recouvrement impossible*.

Le fait que cette condition soit remplie, revêt une grande importance dans la présente perspective de subsidiarité.

463. – En effet, le fait que cette condition soit remplie, *neutralise la subsidiarité*, caractérisant la saisie-vente. La protection conférée par celle-ci au débiteur est *anéantie*, et le créancier pourra alors mettre en marche la procédure d'exécution et procéder à la saisie-vente des meubles corporels garnissant le local d'habitation du débiteur.

Il va sans dire, que le fait que le recouvrement soit possible conformément aux dispositions de l'article L. 221-2 C. pr. civ. ex. précité, aura pour résultat de *donner son plein effet au principe de subsidiarité*.

Après avoir examiné la mise en œuvre de la saisie-vente et l'effet de subsidiarité qui pourrait s'y attacher, examinons dans ce qui suit, comment la

⁹²¹ Sur le texte de l'article L. 221-2 C. pr. civ. ex., v. *supra* n° 455.

⁹²² J.-J. DAIGRE, *Subsidiarité de la saisie-vente : la carence du débiteur récompensée ?*, art. précit., p. 258, 2^{ème} col.

⁹²³ Y. DESDEVISES, *L'incidence du silence du débiteur sur la subsidiarité de certaines saisies-ventes*, art. précit., p. 160, 1^{ère} col.

⁹²⁴ J.-J. DAIGRE, *Subsidiarité de la saisie-vente : la carence du débiteur récompensée ?*, art. précit., p. 258, 2^{ème} col.

⁹²⁵ Y. DESDEVISES, *L'incidence du silence du débiteur sur la subsidiarité de certaines saisies-ventes*, art. précit., p. 160, 1^{ère} col.

⁹²⁶ J.-J. DAIGRE, *Subsidiarité de la saisie-vente : la carence du débiteur récompensée ?*, art. précit., p. 258, 2^{ème} col.

jurisprudence applique les prescriptions légales assurant la subsidiarité de la saisie-vente.

Section 2 : Les applications jurisprudentielles de la subsidiarité de la saisie-vente.

464. – Malgré la rareté des décisions rendues en la matière, le peu de décisions qui l’ont été nous seront quand même assez instructives, car elles sont *très significatives*.

Signalons à cet égard un arrêt très remarqué de la cour d’appel de Paris – précédemment cité – du 19 mai 1998⁹²⁷, dans lequel il est énoncé : « *Considérant que l’article 51 de la loi du 9 juillet 1991 a posé un principe de subsidiarité de la saisie-vente dans un local servant d’habitation à un débiteur en énonçant qu’il ne pouvait y être recouru que si le recouvrement par voie de saisie d’un compte de dépôt ou des rémunérations de travail n’était pas possible* ». Cette première tranche de l’attendu mérite particulièrement notre attention, en ce qu’elle consacre clairement la subsidiarité caractérisant la saisie-vente. On regrette cependant l’emploi de l’article indéfini, il aurait été plus convenable d’employer l’article défini « le ».

La suite de l’attendu est *tout aussi importante*, car elle précise le régime de la preuve. L’arrêt énonce ainsi « *qu’il appartient au créancier d’apporter la preuve de cette impossibilité* ». Le fardeau de la preuve de l’impossibilité du recouvrement pèse donc sur le créancier, et c’est ce qui nous permet d’affirmer que le principe de subsidiarité gouvernant la saisie-vente constitue *une faveur pour le débiteur*. Celui-ci est dispensé de prouver l’impossibilité du recouvrement pour pouvoir bénéficier du principe de subsidiarité, et c’est au créancier qu’il incombe de rapporter cette preuve pour pouvoir *neutraliser* la subsidiarité de la saisie-vente, et, procéder ainsi à la saisie des biens corporels se trouvant dans le local d’habitation du débiteur. Le débiteur s’était en l’espèce *abstenu* de répondre à l’injonction qui lui a été faite par le commandement, de communiquer les renseignements utiles à l’exercice d’une saisie d’un compte de dépôt ou des rémunérations de travail, et, la cour a décidé, conformément à l’avis précité de la Cour de cassation du 8 décembre 1995⁹²⁸, que ce silence *ne suffisait pas à faire échec au principe de subsidiarité*.

Après avoir constaté que le créancier n’avait versé aux débats aucun élément de nature à prouver *l’impossibilité de recourir à une saisie d’un compte de dépôt ou*

⁹²⁷ CA Paris, 19 mai 1998 précit., JurisData n° : 1998-021662.

des rémunérations de travail, la cour décide, à juste titre, que la procédure de saisie-vente opérée par le créancier, « *n'a pas respecté le principe de subsidiarité posé par l'article 51* ».

465. – Dans la même optique, un arrêt de la cour d'appel de Pau – précédemment cité – du 19 mai 2008⁹²⁹, mérite également d'être signalé. Bien que rendu par les juges du fond, cet arrêt est riche en enseignements, et énonce des solutions *d'ordre général*. Il se rapporte à l'hypothèse d'une saisie-vente pratiquée sur les biens mobiliers d'un débiteur pour une créance qui *n'atteignait pas le plafond légal fixé à 535 euros au principal*⁹³⁰. La saisie-vente avait été en l'occurrence, pratiquée sur le fondement d'une ordonnance portant injonction de payer la somme en principal de 10.606,81 euros, alors que le débiteur avait déjà acquitté, avant la signification de l'ordonnance d'injonction de payer, la somme de 10.076,47 euros, de sorte que le montant de la créance en principal à recouvrer *restait inférieur au plafond de 535 euros* et *n'atteignait que le montant de 530,34 euros*. Le débiteur, appelant, alléguait que devaient être impérativement appliquées les dispositions des articles 51 de la loi 9 juillet 1991 et 82 et 83 du décret du 31 juillet 1992. Il demandait la réformation du jugement attaqué rendu par le juge d'exécution de Bayonne, en ce qu'il l'a débouté de sa demande en dommages-intérêts intentée contre son créancier. Il faisait valoir que son créancier a fait procéder à une saisie-vente *abusive* à son encontre, et demandait en conséquence, que celui-ci soit condamné au *paiement d'une indemnité* de 25.000 euros en réparation du préjudice qu'il a subi du fait de la saisie-vente des biens corporels se trouvant dans son local d'habitation.

La cour de Pau précise que cette saisie-vente *n'avait pas été préalablement autorisée par le juge de l'exécution*⁹³¹.

Il est surtout important de souligner, que la cour relève qu'« *aucune justification n'est donnée de ce que le recouvrement de la créance n'aurait pas été possible par voie de saisie d'un compte de dépôt ou des rémunérations du travail* ».

⁹²⁸ Sur cet avis, v. *supra* n^{os} 458 et s.

⁹²⁹ CA Pau, 19 mai 2008 précit., n^o de RG : 06/03284.

⁹³⁰ Sur la fixation du plafond légal, v. *supra* note 909.

⁹³¹ Il est indispensable de préciser ici qu'une autorisation du juge de l'exécution, conformément à l'article 32 du décret du 31 juillet 1992, devenu l'article R. 121-23 C. proc. civ. ex., *permettra de déroger au principe de subsidiarité*. Soulignons que l'article R. 121-23 se rapporte aux « ordonnances sur requête », qui peuvent être rendues par le juge d'exécution.

Cet article dispose en son alinéa premier, qui seul nous intéresse ici que :

Et plus loin, elle relève que « *le créancier saisissant avait nécessairement connaissance effective de l'existence d'un compte bancaire au nom de M. X (...) et alors encore qu'était ouverte la faculté de faire procéder à des recherches plus amples, notamment quant à l'activité professionnelle exercée par M. X, dans le ressort judiciaire du lieu du domicile effectif de celui-ci, qui était connu par M. Y et qui, de surcroît, se trouvait expressément mentionné sur le chèque de 10.076,47 €, qui lui avait été adressé* ».

Tous ces éléments de fait indiquent que, dans le raisonnement de la cour, le créancier était de *mauvaise foi*, ou, du moins, qu'il a fait preuve d'une *légèreté blâmable*, qu'il avait la possibilité de recouvrer la dette litigieuse par d'autres moyens *moins traumatisants* – si l'on peut dire – que la pratique d'une saisie-vente sur les objets se trouvant dans le local d'habitation du débiteur.

Après avoir relevé les éléments de fait susmentionnés, la cour de Pau énonce que : « *la soumission de la saisie vente, telle qu'elle a été pratiquée, aux conditions de l'article 51, al. 1^{er} de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et de l'article 82 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992, s'avère ainsi avoir été contraire au principe de subsidiarité de la mesure considérée, dans l'ordre des mesures d'exécution susceptibles d'être mises en œuvre, tel que posé, dans les limites et conditions définies en ces articles* ».

La reconnaissance du principe de subsidiarité caractérisant la saisie-vente est faite par la cour de Pau avec *grande clarté*. La solution ainsi posée a vocation à être *généralisée* et appliquée à des hypothèses comparables. Selon cette solution, le créancier avait l'*obligation* de procéder à une saisie du compte bancaire du débiteur ou de ses rémunérations de travail, pour recouvrer sa dette. La procédure de saisie-vente amorcée dans le contexte relatif à l'arrêt *versait inévitablement dans l'illégalité*. La saisie-vente est une mesure *subsidaire* à celles susmentionnées ; celles-là doivent être pratiquées *prioritairement*. Nous voyons donc, qu'il existe véritablement une *hiérarchie* entre les voies d'exécution à pratiquer⁹³².

« Le juge de l'exécution statue par ordonnance sur requête dans les cas spécifiés par la loi ou lorsque les circonstances exigent qu'une mesure urgente ne soit pas prise contradictoirement ».

⁹³² *Contra* : J.-J. DAIGRE, *Subsidiarité de la saisie-vente : la carence du débiteur récompensée ?*, art. précit., p. 260, 2^{ème} col. Cet auteur réfute qu'une hiérarchie pourrait exister les procédures civiles d'exécution.

La cour de Pau poursuit sa motivation, dans un attendu qui complète le précédent, elle énonce : « *il apparaît, de surcroît, hors même l'effet de ces principes et au regard du montant de la créance en principal et frais qui restait à recouvrer au jour de la mise en œuvre du commandement et de la saisie-vente, que la mesure d'exécution ainsi choisie exposait, sans nécessité effective, le débiteur à des frais hors de proportion avec cette seule créance restant à recouvrer, selon ce qui peut être observé et comme l'a fait à bon droit le premier juge* ».

C'est l'expression « sans nécessité effective » qui attire particulièrement notre attention ; ceci veut dire, qu'au regard de la cour, la mesure pratiquée *ne se justifiait point*. La deuxième expression significative de cet attendu est, « hors de proportion », qui évoque le principe de *proportionnalité*⁹³³, principe qui vient compléter le principe de subsidiarité de la mesure d'exécution qu'est la saisie-vente.

466. – Il est possible d'avancer que la solution de la cour de Pau aurait pu être parfaitement fondée sur le *seul* principe de subsidiarité. Ce qui indique ceci, c'est l'expression « de surcroît », qui montre que cette considération vient *s'ajouter* à l'exigence de subsidiarité.

Par la suite, la cour affirme que le : « *créancier mandant devant répondre vis-à-vis du débiteur, des manquements à ces principes, seraient-ils le fait de son mandataire* ». Elle évoque ici la *faute* commise par les avocats et conseillers juridiques, mandataires du créancier, dans les démarches judiciaires entreprises par eux pour faire procéder à la saisie-vente. Ceux-ci arguaient en l'occurrence, *qu'ils n'étaient pas informés* de l'existence du compte bancaire du débiteur. Un tel argument ne pouvait pas prospérer devant la cour, d'autant plus qu'il émanait d'un *professionnel* dont la faute est appréciée avec plus de rigueur qu'un profane. La faute commise en l'occurrence par les mandataires, engageait la responsabilité du mandant.

Et la cour de décider que : « *la saisie-vente, telle qu'elle a été pratiquée doit donc être encore tenue comme irrégulière, en application ensemble des dispositions*

⁹³³ Ce principe est édicté à l'article 22 de la loi précitée du 9 juillet 1991, devenu l'article L. 111-7 C. pr. civ. ex. Plus précisément, il est édicté dans la *deuxième tranche* de ce texte. Sur le texte de l'article L. 111-7 en question, v. *infra* n° 471.

Pour un arrêt de principe appliquant le principe de proportionnalité, v. : Cass. 2^{ème} civ., 10 mai 2007 : JurisData n° : 2007-038841 ; Procédures 1^{er} juill. 2007, p. 11, note R. Perrot. Il est significatif de remarquer que cet arrêt est rendu au visa de l'article 1382 C.C., bien qu'il se rapporte aux *procédures civiles d'exécution*. Il énonce dans un attendu de grande portée que : « *si le créancier a le choix des mesures d'exécution, l'exécution de cette mesure ne peut excéder ce qui est nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation compte tenu du montant de la créance et de l'attitude du débiteur* ».

La référence faite à l'article 1382 C.C., évoque la *vocation subsidiaire du droit commun de la responsabilité civile*. Sur cette question, v. *infra* n°s 1198 et s.

des articles 18 et 22 de la loi no 91-650 du 9 juillet 1991, comme encore 51 de cette même loi, 82 et 83 du décret no 92-755 du 31 juillet 1992 ».

Elle affirme alors, pour se décider dans le sens *du caractère abusif de la mesure d'exécution* entreprise par le créancier saisissant, que : « *dans ces conditions, le recours volontaire à cette procédure de saisie-vente, tenue pour la plus dommageable pour le débiteur, ou, à tout le moins, le manque d'attention, ayant conduit à ce choix, de la part de ce professionnel avisé, doit être en outre tenu comme suffisamment caractérisé et grave pour conférer à la mesure retenue le caractère d'un abus de droit* ».

467. – Cet attendu de portée générale et de grande valeur doctrinale, appelle plusieurs observations.

La première se rapporte au caractère *volontaire* de la mesure pratiquée ; celle-ci a été choisie par le créancier en *toute connaissance de cause* et dans l'existence d'autres alternatives *moins draconiennes* offertes à lui pour faire valoir son droit.

La deuxième se rapporte au superlatif « plus » s'appliquant à l'adjectif *dommageable*, qui démontre que le préjudice causé en l'espèce au débiteur *pouvait être évité*, notamment par le recours à des mesures d'exécution *moins dommageables*.

La troisième observation se rapporte à la *négligence fautive* du professionnel, en l'occurrence, l'huissier de justice, qui est supposé se montrer *plus prudent* dans le choix des démarches d'exécution qu'il entreprend⁹³⁴. Dans le raisonnement de la cour, c'est ce dernier élément, qui aurait, *à lui seul*, permis de retenir le *caractère abusif* de la mesure d'exécution. Mais il se trouve également renforcé par d'autres éléments *condamnables*, en l'occurrence le *mauvais choix* opéré pour l'emploi de la mesure *la moins appropriée*.

Elle a alors décidé, que « *le créancier était entièrement responsable des préjudices que le débiteur a subi du fait de la mise en œuvre de cette mesure d'exécution* ». Le jugement attaqué devait donc être infirmé sur ce point.

⁹³⁴ Précisons à cet égard que les huissiers de justice *assument une responsabilité* dans le choix et la conduite des procédures d'exécution. L'ancien article 18 de la loi du 9 juillet 1991, devenu l'article L. 122-1 C. proc. civ. ex., dispose en son deuxième alinéa que :

« Ils sont tenus de prêter leur ministère ou leur concours sauf lorsque la mesure requise leur paraît revêtir un caractère illicite ou si le montant des frais paraît manifestement susceptible de dépasser le montant de la créance réclamée (...) ».

V. aussi : L. LAUVERGNAT, note sous Cass. 2^{ème} civ., 18 juin 2009 in Gaz. Pal. 5 sept. 2009, n° 248, p. 25, spéc. n° 5.

Solidement motivé et d'une rédaction exemplaire, cet arrêt est effectivement d'une *grande valeur doctrinale*, et, la solution qu'il consacre pourrait s'appliquer à des *hypothèses comparables*.

468. – Soulignons que le pourvoi formé contre cet arrêt, a été rejeté par un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 18 juin 2009⁹³⁵. Cet arrêt approuve l'arrêt d'appel en ce qu'il avait *décidé que les dispositions de l'article 51 de la loi du 9 juillet 1991 étaient applicables*, et ceci, après avoir relevé que le débiteur avait payé, avant la signification de l'ordonnance d'injonction de payer, la somme de 10.076,47 euros de sorte que le montant de la créance en principal à recouvrer restait inférieur au plafond de 535 euros. Et pour rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour de Pau du 18 mai 2008, il énonce : « *qu'ayant relevé que le montant de la créance à recouvrer était modeste, que le moyen de paiement utilisé par le débiteur informait suffisamment le créancier et l'huissier de justice sur l'existence d'un compte bancaire et l'adresse principale du débiteur permettant la mise en œuvre de mesures d'exécution respectueuses des principes et sans exposer le débiteur à des frais dont la disproportion évidente était perceptible par l'huissier de justice, la cour d'appel a souverainement apprécié le caractère abusif du recours à la mesure d'exécution force* ».

469. – Nous pouvons clairement voir, que, à la différence de l'arrêt de la cour de Pau du 19 mai 2008, qui fonde sa solution sur le principe de subsidiarité de la saisie-vente, en adopte au surplus une motivation très explicite et de facture *abstraite*, l'arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 2009, *n'évoque nullement la subsidiarité*. Il se fonde exclusivement sur *l'abus de droit*, abus dans l'exercice de la voie d'exécution. Sa motivation se trouve par ailleurs, rattachée de *manière intime à l'espèce tranchée* et il ne contient nullement d'abstractions. Il a cependant un intérêt principal, c'est celui d'avoir affirmé pour la première fois – semble-t-il – que, « *l'article 51 de la loi du 9 juillet 1991 vise tout local servant à l'habitation, qu'elle soit à titre principal ou secondaire* », répondant ainsi au moyen du pourvoi qui faisait valoir que « les dispositions de l'article 51 de la loi du 9 juillet 1991 ne sont

⁹³⁵ Cass. 2^{ème} civ., 18 juin 2009 : Bull. civ. 2, n° 169 ; Gaz. Pal. 5 sept. 2009, n° 248, p. 25, note L. Lauvergnat.

applicables qu'à la saisie-vente pratiquée dans la résidence principale du débiteur »⁹³⁶.

Il a aussi un *autre intérêt*, qui semble aller de soi, mais que nous évoquons quand même ; c'est d'avoir précisé que le montant de la créance à prendre en considération est *celui du solde restant dû en principal au moment de l'exécution forcée, et non celui constaté initialement dans le titre exécutoire*⁹³⁷.

470. – On peut légitimement se demander lequel des deux procédés est le plus exact ; celui de combiner le principe de subsidiarité et la théorie de l'abus de droit, ou, celui, plus simplement, de ne se fonder *que sur l'abus de droit*.

Nous pensons que des rapports *étroits* peuvent être établis entre subsidiarité et abus de droit, en ce sens que l'atteinte au principe de subsidiarité pourrait *dégénérer en abus de droit*, comme il en a été dans l'espèce tranchée par la Cour de cassation le 18 juin 2009, alors que, l'inverse *n'est pas toujours vrai*. L'abus dans l'exercice des procédures d'exécution pourrait ne pas toujours résulter d'une atteinte au principe de subsidiarité, mais d'un autre type d'illégalité⁹³⁸. Dans l'espèce tranchée par l'arrêt précité du 18 juin 2009, tous les éléments et circonstances de fait *laissaient pressentir cet abus*, qui résultait également d'une atteinte au principe de subsidiarité, comme le fait pour le débiteur d'avoir acquitté quatre vingt quinze pour cent de sa dette, la connaissance par le créancier de l'existence d'un compte bancaire sur lequel pourrait être valablement pratiquée une saisie, et la possibilité offerte à lui de procéder à des recherches plus amples quant à l'activité professionnelle exercée par son débiteur.

⁹³⁶ Cette solution correspond à la lettre du texte ainsi qu'aux méthodes d'interprétation. D'une part, l'article 51 de la loi du 9 juin 1991 ne distingue pas selon qu'il s'agisse de l'habitation principale ou d'une résidence secondaire. Ceci est une application de la maxime selon laquelle, là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu à distinguer (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*). D'autre part, le texte emploie l'article indéfini « un » local et non pas l'article défini « le », pour viser le local servant à l'habitation, ce qui permet d'exclure une interprétation *a minima* englobant l'unique habitation principale du débiteur, v. : L. LAUVERGNAT, note précit. sous l'arrêt rapporté in Gaz. Pal. 5 sept. 2009, n° 248, p. 25, spéc. n° 3.

⁹³⁷ L. LAUVERGNAT, note précit. sous l'arrêt rapporté in Gaz. Pal. 5 sept. 2009, n° 248, p. 25, spéc. n° 4.

⁹³⁸ A l'instar des toutes les matières du Droit, le droit des procédures civiles d'exécution connaît la théorie d'abus de droit. Il a prévu la possibilité de la commission d'un abus de droit et y a attaché une *sanction*. C'est ainsi que l'article 22 de la loi précitée du 9 juillet 1991, devenu l'article L. 111-7 C. pr. civ. ex., après avoir dans son alinéa premier posé le principe du libre choix pour le créancier « des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance », est venu apporter dans son deuxième alinéa un *tempérament à ce principe*. Après la codification des lois et autres textes relatifs aux procédures civiles d'exécution, le deuxième alinéa dudit article 22 a été transféré *tel quel*, par l'ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011, dans le Code des procédures civiles d'exécution. Il est actuellement devenu l'article L. 121-2 C. proc. civ. ex. Cet article dispose que :

« Le juge de l'exécution a le pouvoir d'ordonner la mainlevée de toute mesure inutile ou abusive et de condamner le créancier à des dommages-intérêts en cas d'abus de saisie ».

Il y a ici tant d'éléments qui nous donnent l'impression que le recours à la saisie-vente était, en l'espèce, *excessif*, et, qu'il était aussi et surtout, *injustifié*. L'arrêt du 18 juin 2009, ne peut donc être que *pleinement approuvé*.

Après l'examen des applications que la jurisprudence donne de la subsidiarité de la saisie-vente, il nous faut à présent en faire une *appréciation critique*.

Section 3 : Appréciation critique de la subsidiarité de la saisie-vente.

471. – La subsidiarité instaurée pour la saisie-vente par la réforme des procédures civiles d'exécution, a suscité l'intérêt de la doctrine, mais aussi, n'a pas manqué de susciter les *critiques*.

Elle a été qualifiée par les auteurs d'« exception », et de « bénéfice exorbitant d'exception »⁹³⁹.

Nous pensons que, par rapport au créancier, il s'agirait plutôt d'une *restriction* aux pouvoirs qu'il tient en vertu du titre exécutoire, et par rapport au débiteur, il s'agit assurément d'une *faveur* qu'il lui est accordée⁹⁴⁰.

Des auteurs se sont demandés si la subsidiarité instituée par les modifications législatives susvisées devait être saluée comme une marque de « sagesse législative » ou, si, au contraire, elle ne portait pas atteinte au caractère exécutoire du titre du créancier⁹⁴¹. Ils ont estimé, que la subsidiarité *ne survit pas à la carence du débiteur*⁹⁴².

D'autres ont estimé que la subsidiarité de la saisie-vente est *très contestable* dans son principe⁹⁴³.

On a avancé qu'elle constitue une *entorse* au libre choix des mesures d'exécution par le créancier, principe qui est édicté à l'article 22 de la loi précitée du

⁹³⁹ J.-J. DAIGRE, *A propos de l'exception de subsidiarité de la saisie-vente*, art. précit., n° 1.

⁹⁴⁰ On a aussi considéré qu'il s'agit d'un « privilège » accordé au débiteur, v. : J. DAIGRE, *A propos de l'exception de subsidiarité de la saisie-vente*, art. précit., n° 4, p. 1043. La qualification de faveur est – pensons-nous – plus *convenable*.

⁹⁴¹ J.-P. FAGET et D. R. MARTIN, art. précit., spéc. n° 1.

⁹⁴² J.-P. FAGET et D. R. MARTIN, *ibid.*, nos 1, 5 et 7 à 11. Ces auteurs ont notamment avancé que la subsidiarité est mêlée d'un « devoir de collaboration du débiteur », et que le silence du débiteur de répondre à l'injonction qui lui est faite de devoir fournir des informations sur son compte bancaire ou sur son travail, ainsi que son refus de le faire, *mettent fin à la subsidiarité*.

Soulignons que cette opinion est *tout à fait contraire* à ce qu'a exprimé la Cour de cassation dans son avis précité du 8 décembre 1995. Mais il faut aussi relever à cet égard que ces auteurs se sont exprimés en 1993, donc *avant* que la Cour de cassation ne se prononce sur la question du silence du débiteur dans son fameux avis du 8 décembre 1995. Nous pensons néanmoins, que même s'ils s'étaient exprimés après ledit avis, ils auraient sans doute *défendu la même opinion*.

V. aussi qui défend une même opinion : H. CROZE, art. précit., n° 18.

⁹⁴³ R. PERROT et Ph. THÉRY, art. précit., n° 2, p. 169, 2^{ème} col. – R. TENDLER, *op. cit.*, p. 71.

9 juillet 1991⁹⁴⁴, devenu l'article L. 111-7 C. pr. civ. ex., créé par l'ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011. Cet article dispose que :

« Le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance. L'exécution de ces mesures ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation ».

Soulignons que, *en plus* du principe de la liberté de choix des mesures d'exécution, cet article consacre aussi le principe de *proportionnalité* de ces mesures⁹⁴⁵.

Le principe de proportionnalité peut être valablement *rapproché* du principe de subsidiarité, dans le sens où ces principes contribuent tous les deux mais chacun *par une technique différente*, à ce que les mesures d'exécution ne soient pas *traumatisantes* pour le débiteur, et surtout, qu'elles *évitent de verser dans l'abus*.

472. – Nous pensons que la subsidiarité de la saisie-vente constitue simplement un *aménagement* de la marche des procédures d'exécution, décidé en *faveur du débiteur*. Et que, de ce point de vue, elle doit être *approuvée sans réserve*.

Et, si elle a pour effet de *limiter* la liberté de choix donnée au créancier concernant les mesures d'exécution, la limite ainsi infligée à cette liberté de principe, *n'est pas absolue* puisqu'il pourra être *dérogé* à la subsidiarité de la saisie-vente par une *autorisation du juge de l'exécution*, donnée par ordonnance sur requête conformément aux dispositions de l'article R. 121-23 C. proc. civ. ex.⁹⁴⁶.

⁹⁴⁴ J.-J. DAIGRE, *A propos de l'exception de subsidiarité de la saisie-vente*, art. précit., n° 1. – Y. DESDEVISES, *L'incidence du silence du débiteur sur la subsidiarité de certaines saisies-ventes*, art. précit., p. 161, 2^{ème} col.

⁹⁴⁵ Ce principe a été précédemment évoqué, v. *supra* n° 465.

⁹⁴⁶ Sur le texte de l'article R. 121-23 en question, v. *supra* note 931.

Conclusion du chapitre

473. – Dans la réforme des procédures civiles d'exécution, la subsidiarité est employée par le législateur pour instaurer un *ordre*, ou, une *hiérarchie* dans le déroulement des procédures, et ceci dans le but de la poursuite d'objectifs d'ordre *pratique*.

La subsidiarité démontre, encore une fois, à travers son application aux procédures civiles d'exécution, en l'occurrence la saisie-vente, qu'elle est employée par le législateur dans le but d'assurer la *protection* à une partie se trouvant assujettie à une situation déterminée.

La protection que la subsidiarité, caractérisant la saisie-vente, assure au débiteur faisant l'objet d'une procédure d'exécution sur les meubles corporels se trouvant dans son local d'habitation, en recouvrement d'une créance d'un montant peu élevé, *ne rompt pas l'équilibre* devant exister dans la relation entre créancier et débiteur au profit de ce dernier.

Le législateur est parvenu, à travers une réglementation assez minutieuse de la procédure – procédure d'exécution –, à trouver le *juste équilibre* entre les parties à la procédure d'exécution. Et c'est sans doute cette raison qui a permis que le principe de subsidiarité de la saisie-vente, institué en 1991 par la loi réformant les procédures civiles d'exécution, soit, non seulement resté en vigueur plus de vingt ans après, mais qu'il ait aussi fait l'objet d'une *codification*.

Conclusion du titre premier

474. – Au terme de cette analyse de la fonction de la subsidiarité préservant, dans le droit substantiel, la primauté du principal, on peut constater que cette fonction se concrétise par la mise en place d'une hiérarchie, hiérarchie, qui, même si elle est strictement et impérativement réglementée, *n'est pas pour autant intangible*.

La raison de l'absence de cette intangibilité réside tout simplement, dans le fait que la subsidiarité, et partant, la hiérarchie qu'elle engendre, répondent à une *logique déterminée*, et lorsque cette logique *ne se justifie plus*, la subsidiarité s'en trouve corrélativement anéantie et emporte naturellement avec elle la hiérarchie qu'elle instituait autrefois.

Ceci se vérifie pour le cautionnement, pour l'obligation des associés au passif social dans les groupements soumis aux préalables et vaines poursuites et mise en demeure, ainsi que pour la saisie-vente, illustrant la subsidiarité dans les procédures civiles d'exécution.

475. – Sous l'angle *précis* consistant à instaurer un *ordre* dans le déroulement des procédures d'exécution, la subsidiarité caractérisant la saisie-vente peut être rapprochée de la *hiérarchie* des poursuites instituée par le législateur pour l'obligation des associés au passif social dans les sociétés civiles et autres groupements assimilés. Mais la comparaison *s'arrête cependant là*.

C'est *uniquement* dans l'optique de la *hiérarchie* instituée entre d'une part, les procédures – civiles – d'exécution, et, d'autre part, la poursuite pour le passif social des associés de groupements, qu'une comparaison pourrait être faite. Le reste des éléments qui composent les deux hypothèses respectives de saisie-vente, et d'associés tenus au passif social, *les sépare profondément*.

Ce qui les rapproche, c'est le fait que la subsidiarité est instaurée respectivement, dans le but de *protéger* le débiteur d'une petite créance poursuivi sur les biens corporels garnissant son local d'habitation, et, dans celui de protéger les associés poursuivis pour le passif social au *détriment* du groupement auquel ils appartiennent et qui est supposé *leur procurer cette protection*.

476. – Cependant, l'envergure de la subsidiarité n'est pas la même dans les deux hypothèses, et les enjeux nécessitant l'instauration de cette protection sont aussi *d'importances inégales*.

De plus, les contextes respectifs abritant les sujets de cette protection sont *fondamentalement différents*. Dans le premier, il s'agit d'une relation – contractuelle – de créancier à débiteur, alors que dans le second, c'est le groupement qui doit *prioritairement* faire l'objet des poursuites préalables et vaines, ou, de la mise en demeure – selon le type de groupement mis en cause – pour assurer la protection à ses membres.

Ce qui est le plus important, c'est la consistance *très différenciée* de la subsidiarité dans les deux hypothèses, et qui semble être *proportionnée* aux intérêts objets de la protection. En ce sens, qu'elle est *moins importante* dans la saisie-vente qu'elle ne l'est dans les groupements dont les associés sont soumis pour l'obligation au passif social aux vaines et préalables poursuites ou à la mise en demeure.

477. – Après avoir étudié la subsidiarité dans le droit substantiel, dans sa fonction de *préserver la primauté du principal*, nous envisagerons, dans un titre second, la subsidiarité dans son aspect *procédural*, ou, la *subsidiarité processuelle* au sens strict, c'est-à-dire, celle qui se rapporte au *déroulement du procès*.

La subsidiarité processuelle remplit, à son tour, la fonction de *préserver la primauté du principal*.

Titre 2 : La subsidiarité processuelle.

478. – Le présent titre sera consacré à l'étude de la subsidiarité dans son *aspect processuel*. Cette notion ne se limite pas seulement au fond du droit, elle a un rôle qui est de non moindre importance, et qui se *concrétise* dans la marche du procès. C'est lorsqu'on a recours à la subsidiarité dans la marche du procès, que celle-ci y est employée, que l'on parle de « subsidiarité processuelle ».

Dans cette partie, seront étudiés, dans trois chapitres successifs, les aspects principaux rattachés à la subsidiarité processuelle. Le premier se rapporte à « la pratique de la demande subsidiaire dans le procès », le deuxième à la « réglementation de la demande subsidiaire par le législateur », et le troisième à la « nature juridique de la subsidiarité comme défense dans le procès ». Ainsi, le premier chapitre envisage le côté pratique de la subsidiarité processuelle, alors que le deuxième se rapporte à l'attitude du législateur face à celle-ci, et le troisième à l'analyse de sa nature juridique.

Ainsi, le premier chapitre sera relatif à la « pratique de la demande subsidiaire dans le procès », le deuxième à « la réglementation de la demande subsidiaire par le législateur », et le troisième à l'examen de « la nature juridique de la subsidiarité comme défense dans le procès ».

Chapitre 1^{er} : La pratique de la demande subsidiaire dans le procès.

479. – La demande subsidiaire concerne de manière principale, le droit commun de la procédure civile. Elle s’y concrétise, lorsque les parties dans un procès présentent une demande principale à l’appui de leurs prétentions et une demande subsidiaire, pour en appuyer d’autres. Dans le langage de la pratique judiciaire, on appelle demandes, conclusions et moyens subsidiaires, des demandes, conclusions ou moyens qui sont présentés *après d’autres*, et pour le cas où ces derniers ne seraient pas accueillis par le juge. Il est entendu que le rejet des demandes, conclusions ou moyens présentés à titre principal, que ce soit pour des raisons de droit ou de fait, *n’empêche pas que les conclusions ou moyens subsidiaires soient accueillis par le juge*. Plus exactement, c’est le rejet et seulement le rejet de la demande principale qui déterminera le juge à examiner la demande subsidiaire⁹⁴⁷, et, à, éventuellement, déclarer celle-ci *recevable*. La jurisprudence a eu, dans les litiges opposant les ex-concubins, l’occasion d’affirmer ceci de manière très claire, en énonçant que : « *le rejet de la demande fondée sur l’existence d’un contrat de société rendait recevable celle, subsidiaire, fondée sur l’enrichissement sans cause* »⁹⁴⁸.

480. – Cet attendu résume de manière claire et exhaustive le *mécanisme* qui doit être suivi par les juges pour traiter la demande subsidiaire. Et c’est en ceci qu’apparaît le lien indéniable entre l’existence d’une demande subsidiaire, présentée par le demandeur pour donner un second fondement à sa prétention, et l’office du juge⁹⁴⁹.

La règle énoncée dans cet attendu est d’une importance fondamentale quant à l’office du juge face à la demande subsidiaire, en ce sens que si celui-ci rejette la

⁹⁴⁷ Il est intéressant de souligner ici que depuis assez longtemps, un éminent auteur avait fait cette assertion, v. : P. ESMEIN, note sous CA Colmar, 25 oct. 1963 in D. 1964, jur. 47, 1^{ère} col. *in fine*.

⁹⁴⁸ V. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2008 précit. : Dr. famille 2008, comm. 95, obs. V. Larribau-Terneyre. Sur les faits ayant donné lieu à cet arrêt, v. *supra* note 161 sous n° 80. – V. aussi qui reprend textuellement le même attendu : Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2009 précit. : Dr. famille n° 6, juin 2009, comm. 68, obs. V. Larribau-Terneyre. – V. aussi dans le même sens mais de manière implicite : Cass. 1^{ère} civ., 15 oct. 1996 précit. : Bull. civ., 1, n° 357, p. 250 ; Rép. Def. 1997, art. 36620, p. 923, note O. Milhac ; RTD civ. 1997, 636, obs. J. Hauser. La Cour énonce que : « *Attendu que, pour écarter la demande subsidiaire, rendue recevable par le rejet de la demande fondée sur l’existence d’un contrat de société (...)* ». En l’espèce, la cour d’appel avait bien respecté les règles régissant l’examen par le juge de la demande subsidiaire comme nous pouvons le voir par l’attendu plus haut reproduit. Mais l’arrêt d’appel fut censuré pour avoir refusé de constater l’appauvrissement de la concubine et l’enrichissement corrélatif de son concubin causé par la collaboration sans rétribution de celle-ci à l’exploitation du fonds de commerce lui appartenant.

⁹⁴⁹ En ce sens : E. SAVAUX, note sous Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2009 in Rép. Def. 2009, p. 1285, § 38964, n° 5.

demande principale et refuse d'examiner la demande subsidiaire, *il méconnaît l'objet du litige*⁹⁵⁰.

La demande subsidiaire ne sera examinée par le juge que dans le cas où la demande principale est *rejetée* ; c'est de cette manière que la subsidiarité processuelle constitue une illustration de la *fonction de préservation de la primauté du principal par la subsidiarité*. La demande subsidiaire ne sera examinée qu'*en second lieu*, comme son nom l'indique ; elle est *subsidiaire*. C'est la demande principale dont la primauté doit être assurée, qui doit être examinée *en premier*.

Et c'est ce qui justifie que la subsidiarité processuelle soit étudiée dans cette partie de la thèse, qui en est la première.

481. – La règle susénoncée qui déterminera le juge à examiner la demande subsidiaire, seulement dans le cas où il rejette la demande principale, a été affirmée dans des litiges de natures diverses⁹⁵¹. Nous pouvons valablement dire que c'est une règle de *portée générale*.

Cette règle a naturellement son corollaire, qui en constitue le *revers logique*. C'est la dispense faite au juge de ne pas devoir examiner la demande subsidiaire, dès lors qu'il *a fait droit à la demande principale*⁹⁵². Autrement dit, l'accueil de la demande principale, *rend sans objet la demande subsidiaire*⁹⁵³.

La question de la pratique de la demande subsidiaire dans le procès, nécessitera que soient examinées *respectivement dans les six sections suivantes*, l'intérêt qui s'attache au recours à celle-ci dans le procès, les violations infligées à celle-ci dans le procès, les rapports qu'elle entretient avec l'objet du litige, les rapports qu'elle entretient avec le deuxième degré de juridiction, les conclusions subsidiaires sur le fond et l'effet dévolutif de l'appel dans le cas de nullité de l'acte introductif d'instance, et, en dernier, les rapports qu'entretiennent demande subsidiaire et loyauté de la demande en justice.

⁹⁵⁰ E. PUTMAN, *Remarques sur la demande subsidiaire*, JCP 1991. 1. 3493.

⁹⁵¹ V. par ex. : Cass. com., 19 fév. 2008 : Dr. sociétés n° 5, mai 2008, comm. 98, note J.-P. Legros. Soulignons que cette décision se rapporte au droit des procédures collectives. – Cass. 1^{ère} civ., 18 sept. 2008 : Bull. civ. 1, n° 204. Cette décision se rapporte au droit des contrats spéciaux, plus spécialement au contrat d'assurance.

⁹⁵² Cass. 3^{ème} civ., 16 déc. 1998 : Bull. civ. 3, n° 248, p. 165.

⁹⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 9 juill. 1996, n° de pourvoi : 94-18.696. Il est intéressant de souligner que la Cour de cassation fonde en l'espèce, le rejet de la demande subsidiaire sur *le principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle*, alors qu'il aurait suffi d'énoncer que l'accueil de la demande principale rendait inutile l'examen de la demande subsidiaire. Notons que cet arrêt a employé l'expression de principe de non-cumul des deux ordres de responsabilité, alors que d'autres arrêts, notamment ceux qui sont plus récents, emploient la formule de la « règle de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle », considérant par la-même qu'il s'agit *d'une règle et non d'un principe*.

Section 1^{ère} : L'intérêt qui s'attache au recours à la demande subsidiaire dans le procès.

482. – Les parties ont souvent intérêt à recourir à la demande subsidiaire dans le procès, pour se ménager une *alternative* pour le cas où leur demande présentée à titre principal, serait rejetée. C'est une manière de ne pas se trouver à l'issue du litige, sans avoir rien obtenu de ce qui pourrait constituer leur dû ou une raisonnable compensation de celui-ci.

C'est le plus souvent la demande qui, à *leurs yeux*, a le plus de chances d'être accueillie, et sur laquelle ils portent le plus d'intérêt, qui sera présentée par les plaideurs comme demande principale. Et inversement, la demande qui, à leurs yeux, a le moins de chances d'être accueillie et sur laquelle ils portent moins d'intérêt, sera présentée comme demande subsidiaire. C'est de cette manière que se manifeste la demande subsidiaire dans le procès, *comme ultime recours*.

483. – Le schéma n'est cependant pas d'une parfaite uniformité. L'observation de la pratique judiciaire et l'état du droit positif nous permet de distinguer qu'il existe deux ordres d'intérêts qui dictent le comportement des plaideurs dans le procès, dans le recours qu'ils font à la demande subsidiaire. C'est ainsi que sera examiné dans un premier paragraphe, *l'intérêt d'ordre général* à recourir à la demande subsidiaire, et dans un second paragraphe, *l'intérêt d'ordre particulier* à recourir à celle-ci.

Par. 1^{er} : L'intérêt d'ordre général à recourir à la demande subsidiaire.

484. – La pratique judiciaire offre des exemples de demandes qui sont le plus souvent présentées comme *demandes subsidiaires*, car elles sont considérées par les plaideurs comme *des recours ultimes*. On pourrait alors parler de demandes subsidiaires *habituelles*.

Il en est notamment ainsi, de la demande fondée sur l'enrichissement sans cause qui, dans la plupart des cas, est présentée de manière subsidiaire à une demande *principale* fondée sur l'existence d'une prétendue société créée de fait, dans les litiges opposant les époux séparés de biens et les anciens concubins⁹⁵⁴. Dans ce cas de

⁹⁵⁴ La jurisprudence offre le plus souvent des illustrations qui se rapportent aux ex-concubins, bien que, théoriquement, cette hypothèse *puisse également concerner les époux séparés de biens*. V. pour des litiges opposant des ex-concubins : Cass. com., 27 juin 1961 précit. : Bull. civ. 4, n° 297. – Cass. 1^{ère} civ., 19 mai 1969 précit. : Bull. civ. 1, n° 187, p. 150. – Cass. 1^{ère} civ., 15 oct. 1996 précit. : Bull. civ., 1, n° 357, p. 250 ; Rép. Def. 1997, art. 36620, p. 923, note O. Milhac ; RTD civ. 1997. 636, obs. J. Hauser. – Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2008 précit. : Dr. famille 2008, comm. 95, obs. V. Larribau-Terneyre. – Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2009 précit. : Dr. famille n° 6, juin 2009, comm. 68, obs. V. Larribau-Terneyre. – CA Limoges, 13 déc.

figure, l'action subsidiaire qu'est l'action en enrichissement sans cause, *se présente également comme demande subsidiaire*. Il ne faut cependant pas penser que les deux soient liées intrinsèquement ; l'action subsidiaire pourrait bien se présenter comme demande principale, et la demande subsidiaire pourrait concerner une action qui n'est pas – intrinsèquement – subsidiaire. Demande subsidiaire et action subsidiaire sont véritablement *dissociées*.

485. – Ainsi les parties pourront choisir de recourir à l'action en enrichissement sans cause, action subsidiaire, à travers une *demande subsidiaire* présentée dans le procès, comme elles pourront choisir d'intenter tout simplement l'action en enrichissement sans cause, sans recourir à un quelconque agencement de leurs demandes en justice. Les parties sont sur ce point, maîtresses de leur choix. A cet égard, un auteur a fait remarquer que le passage de la demande subsidiaire à l'action subsidiaire *n'est pas neutre*⁹⁵⁵. Ceci est vrai dans la mesure où le choix opéré par les parties *dictera la marche du procès*. Ce même auteur a également fait remarquer que, présentée comme demande subsidiaire, l'examen de l'action en enrichissement sans cause s'imposera au juge par application des règles régissant son office, alors que, intentée comme action subsidiaire, son examen par lui sera plus probablement refoulé⁹⁵⁶. Nous pensons que ceci n'est qu'une *impression trompeuse*, et c'est la marche du procès qui nous donne cette impression ; mais à y regarder de plus près, nous pourrions constater que la demande subsidiaire ne sera pas examinée par le juge *si celui-ci accueille la demande principale*. Donc, la subsidiarité de la demande fondée sur l'action en enrichissement sans cause *ne garantira pas son examen par le juge*, puisqu'elle est précisément *subsidiaire*. Son examen dépendra – bien entendu – du *rejet de la demande principale*. Et, d'un autre côté, l'action en enrichissement sans cause présentée de manière *principale*, sera rejetée, et déclarée *mal fondée* si elle ne remplit pas la condition de subsidiarité. Nous voyons que, c'est *au contraire*, lorsqu'elle est présentée comme *action principale* que l'examen de l'action en enrichissement sans cause va s'imposer au juge.

2007, n° de RG : 06/01059. – CA Bastia, 30 janv. 2013, n° de RG : 06/01230. – V. spécialement une fameuse affaire qui, malheureusement, a reçu une solution très critiquable de la part de Cour de cassation : Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 1987 précit. : Bull. civ. 1, n° 335, p. 241 ; RTD civ. 1988. 745, obs. J. Mestre. Sur cet arrêt, v. *supra* note 154 sous n° 76.

Cette jurisprudence fut, *heureusement*, abandonnée par la suite par la Cour de cassation.

⁹⁵⁵ E. SAVAUX, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2009 in Rép. Def. 2009, p. 1285, § 38964, n° 5.

⁹⁵⁶ E. SAVAUX, *ibid.*

486. – C'est sous cet angle que se manifeste la *distinction* de l'action en justice et de la demande en justice⁹⁵⁷. En définitive, c'est la *subsidiarité* de cette action, condition qui lui est *inhérente*⁹⁵⁸, qui lui est *consubstantielle*, qui déterminera son accueil ou non, qu'elle soit présentée comme action principale ou comme demande subsidiaire⁹⁵⁹.

487. – Il faut cependant admettre qu'en pratique, les parties recourent le plus souvent à la demande subsidiaire fondée sur l'enrichissement sans cause pour *augmenter leurs chances d'obtenir gain de cause*, en espérant gagner sur l'un ou l'autre des deux terrains, principal ou subsidiaire. Ils laisseront au juge le soin de *décider* laquelle des deux demandes, principale ou subsidiaire, leur fera gagner le procès.

L'inverse peut également se présenter, en ce sens que c'est la demande fondée sur l'existence d'une prétendue société de fait qui pourrait être présentée de *manière subsidiaire* à une demande principale fondée sur l'enrichissement sans cause. Et, à dire vrai, c'est cette manière d'articuler demande principale et demande subsidiaire qui est la plus logique et correspondrait le plus à l'état du droit positif, spécialement aux solutions appliquées par la jurisprudence à la société créée de fait. En effet, les conditions posées par la jurisprudence pour la validité d'une société créée de fait sont très rigoureuses⁹⁶⁰, et son accueil ne se fait que de manière *rare*, voire exceptionnelle, par les tribunaux⁹⁶¹.

488. – Mais nous pensons que la raison qui incite les plaideurs à invoquer l'enrichissement sans cause comme demande subsidiaire et non comme demande principale, réside dans le constat que cette action ne leur permettrait d'obtenir que des *résultats moindres* que celle qui est fondée sur l'existence d'une société créée de fait, et ceci en raison de la règle dite du « double plafond » suivie en ce qui concerne

⁹⁵⁷ Action en justice et demande en justice entretiennent cependant des *rappports*. Sur ces rapports, v. : L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis Litec, 5^{ème} éd., 2006, n^{os} 325 et s. et n^{os} 451 et s. – S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile*, Dalloz, 31^{ème} éd., 2012, n^{os} 65 et s., et n^o 94.

Par ailleurs, on peut avancer que le concept d'« objet du litige » est *plus large* que celui d'« action ». Le litige met en marche tout un arsenal de moyens juridiques par lesquels le demandeur chercherait à obtenir gain de cause, et inversement, par lesquels le défendeur chercherait à le débouter, et, éventuellement, à présenter à son tour des prétentions. Alors que l'action ne se définit comme le *droit subjectif* appartenant au demandeur, pour qu'il fasse valoir sa prétention, et obtenir gain de cause.

⁹⁵⁸ Sur la qualification de condition de la subsidiarité, v. *infra* n^{os} 620 et s.

⁹⁵⁹ C'est en ceci que se concrétise *l'influence* qu'exerce l'action en justice sur la demande en justice, en ce sens que les conditions de celle-ci sont pour partie *celles de l'action*. V. sur ce point : E. SAVAUX, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2009 in Rép. Def. 2009, p. 1285, § 38964, n^o 5 et les réf. citées.

⁹⁶⁰ Sur cette question, v. *supra* n^o 76.

⁹⁶¹ H. LÉCUYER, *Le droit commun des obligations au secours des concubins et partenaires unis par un PACS*, RLDC, mai 2004, pan. 71, spéc. p. 73 *in fine*.

l'indemnisation⁹⁶², alors qu'invoquer l'existence d'une société créée de fait obligerait le juge à appliquer les règles relatives au contrat de société. Ce qui, de loin, leur serait *plus avantageux*.

489. – Il existe, *naturellement*, des associations de demandes subsidiaires et principales *habituelles*, autres que celle se rattachant à l'enrichissement sans cause et à la société créée de fait. Citons par exemple l'action à fins de subsides, régie par l'article 342-8 C.C. modifié⁹⁶³, présentée à titre subsidiaire d'une action en recherche de paternité qui elle, est présentée à titre principal. Celle-là étant considérée comme un « diminutif » de celle-ci⁹⁶⁴. La lecture du premier alinéa de cet article nous montre que ces deux actions *ne s'excluent nullement*⁹⁶⁵. Si le législateur a posé que, « *la chose jugée sur l'action à fins de subsides n'élève aucune fin de non-recevoir contre une action ultérieure en recherche de paternité* », c'est qu'il a été observé que, dans la pratique, c'est le plus souvent l'action à fins de subsides qui est intentée à titre subsidiaire d'une action *principale* en recherche de paternité. Mais, du point de vue théorique, rien n'interdit que *l'inverse soit suivi*⁹⁶⁶.

490. – Il doit être admis, que les plaideurs conservent toute liberté d'articuler demande principale et demande subsidiaire en considération de leurs choix, leurs buts et préférences ; il n'y a, *en principe*, pas de règles ni de consignes à suivre sur ce point⁹⁶⁷. Mais il y a cependant un minimum de *logique*, et, si l'on peut dire, de *légitimité*, que doit revêtir la demande subsidiaire, en ce sens que l'on ne peut pas demander une chose et *son contraire*⁹⁶⁸. Si une telle éventualité se présente, c'est que le demandeur *n'est pas du tout sûr de sa prétention*.

491. – En plus des avantages que présente la demande subsidiaire qui, *indéniablement augmente les chances* du demandeur d'obtenir gain de cause, elle peut être d'une grande utilité en ce qui concerne *l'office du juge*. La demande subsidiaire peut en effet être d'une grande utilité lorsqu'on cherche à éviter que le

⁹⁶² Sur cette règle, v. *supra* n° 35.

⁹⁶³ Sur le texte de l'article 342-8 C.C., v. *supra* n° 19.

⁹⁶⁴ E. PUTMAN, art. précit., n° 8.

⁹⁶⁵ E. PUTMAN, *ibid.*, n° 8.

⁹⁶⁶ Rappr. : E. PUTMAN, *ibid.*, n° 8 et les réf. citées. Cet auteur estime que la jurisprudence qui a refusé la demande additionnelle en recherche de paternité suivant une demande de subsides, est critiquable. Nous pensons qu'il en sera, à plus forte raison, ainsi d'une action en recherche de paternité intentée à titre subsidiaire d'une action principale à fins de subsides.

⁹⁶⁷ Il existe cependant des cas où le législateur prohibe ou réglemente de manière rigoureuse la pratique de la demande subsidiaire dans le procès, et ceci sans doute, pour des raisons tenant à l'administration judiciaire. Sur ces cas, v. *infra* n°s 555 et s.

⁹⁶⁸ E. PUTMAN, art. précit., n° 8.

juge statue « *ultra petita* » et viole les dispositions de l'article 5 CPC⁹⁶⁹. En lui soumettant *tous les fondements possibles* à la demande en justice, à travers le recours à une, ou plusieurs, demandes subsidiaires, on le guidera dans son rôle et on contribuera au bon déroulement de l'instance. Il appartiendra donc au plaideur d'*articuler habilement* demande principale et demande subsidiaire, afin de guider le juge dans son rôle et de lui éviter de statuer « *ultra petita* ».

La pratique de la demande subsidiaire dans le procès peut, *au surplus et surtout*, présenter des avantages indéniables pour les plaideurs dans d'autres hypothèses, revêtant une certaine *spécificité*. A cette spécificité correspondra à l'endroit des plaideurs, un *intérêt particulier à recourir à la demande subsidiaire*.

C'est ainsi que sera examiné dans un second paragraphe, l'intérêt d'*ordre particulier* qui dicte le recours à la demande subsidiaire.

Par. 2 : L'intérêt d'ordre particulier à recourir à la demande subsidiaire.

492. – Un intérêt spécifique pourrait *ardemment inciter*, voire *contraindre* les plaideurs afin qu'ils garantissent la bonne marche du procès, mais aussi et surtout, qu'ils augmentent leurs chances d'obtenir gain de cause, à recourir à la demande subsidiaire. Cet intérêt se manifeste pour eux dans deux séries d'hypothèses que nous allons examiner successivement. Les premières se rapportent aux règles *interdisant le cumul de systèmes juridiques différents* (A), et les secondes se rapportent au principe – nouvellement – posé par la Cour de cassation, dit « principe de concentration des demandes » (B).

A. – Les règles interdisant le cumul de systèmes juridiques différents.

493. – Il en sera ainsi lorsque la nature des matières interdit qu'on puisse cumuler deux fondement différents à l'appui d'une – même – demande en justice.

⁹⁶⁹ Rappr. : E. PUTMAN, art. précit., n° 4.

L'article 5 en question dispose que :

« Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ».

Nous pouvons remarquer la formule très solennelle et impérative employée par ce texte ; ceci en indique incontestablement le *caractère impératif*.

Le nouveau Code de procédure civile libanais contient – naturellement – un texte *identique* à cet article, il s'agit de l'article 366.

Ceci se vérifie par exemple pour la règle constamment réaffirmée en jurisprudence *du non-cumul des deux ordres de responsabilité contractuelle et délictuelle*⁹⁷⁰.

En effet, une jurisprudence constante affirme qu'il est *interdit* qu'on puisse à l'appui d'une même demande en justice, *invoquer de manière cumulative* des règles relevant des deux ordres de responsabilité, contractuelle et délictuelle⁹⁷¹.

494. – Ainsi, puisque le droit positif interdit l'option entre les deux ordres de responsabilité, contractuelle et délictuelle⁹⁷², nous pensons que la subsidiarité pourrait être d'un grand secours pour le justiciable qui veut obtenir une indemnisation de son préjudice mais ne sachant pas exactement sur lequel des deux terrains, contractuel ou délictuel, se placer. C'est ainsi qu'il pourrait tenter une action en justice en se fondant à titre principal sur la responsabilité délictuelle et, à *titre subsidiaire* sur la responsabilité contractuelle, ou inversement⁹⁷³. Mais c'est le plus souvent que la responsabilité délictuelle sera invoquée à titre principal tandis que la responsabilité contractuelle le sera à titre subsidiaire⁹⁷⁴.

L'emploi de la subsidiarité processuelle constitue donc un *remède* au problème de la prohibition de l'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle.

495. – Il faut particulièrement souligner la *multiplicité* des hypothèses interdisant, en droit positif, le cumul entre deux systèmes juridiques. L'hypothèse la plus connue étant celle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle,

⁹⁷⁰ Précisons quand même, bien que ceci semblât aller de soi, que cette règle n'est consacrée par aucun texte ; elle répond à un « vœu implicite du législateur », v. : R. GASSIN, *Lois spéciales et droit commun*, D. 1961, chron. 91, spéc. n° 2.

⁹⁷¹ V. pour un arrêt de principe : Cass. 1^{ère} civ., 6 janv. 1981 : Bull. civ. 1, n° 7. Sous le visa de l'article 1147 C.C., l'arrêt énonce que : « *Attendu que les articles 1382 et suivants du Code civil ne peuvent pas être invoqués à l'appui d'une demande tendant à la réparation du préjudice résultant, pour l'une des parties au contrat, d'une faute commise par l'autre partie dans l'exécution d'une obligation contractuelle* ». – V. qui reprend textuellement le même attendu et est également rendu sous le visa de l'article 1147 C.C. : Cass. com., 26 fév. 1985 : Bull. civ. 4, n° 78, p. 67. – Et dans le même sens aussi : Cass. 2^{ème} civ., 24 juin 1987 : Bull. civ. 2, n° 142, p. 81, où la Cour énonce dans un attendu de principe, que : « *Vu ensemble l'article 1134 et les articles 1382 et suivants du Code civil ; Attendu que ces derniers textes sont en principe inapplicables à la réparation d'un dommage se rattachant à l'exécution d'un engagement contractuel* ». – V. aussi qui reprend textuellement le même attendu : Cass. 2^{ème} civ., 27 janv. 1993 : Bull. civ. 2, n° 42, p. 28. – V. aussi une affirmation implicite de cette solution par deux arrêts de cassation dont les solutions sont *analogues*, et qui tous les deux ont été rendus sous le visa des articles 1147 et 1382 C.C. : Cass. com., 12 juill. 2004 : Lettre juridique Lexbase n° 150, 12 janv. 2005, p. 20, n° Lexbase N4238ABL, note A. Ecuyer. L'arrêt énonce avant de prononcer la censure de l'arrêt d'appel que : « *la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle ne recevant application que dans les rapports entre contractants (...)* ». – Cass. com., 13 juill. 2010 : JCP E, 17 fév. 2011, 1135, n° 9, obs. A. Ballot-Léna ; RDC 1^{er} janv. 2011, n° 1, p. 51, note Y.-M. Laithier. Sur cet arrêt, et son attendu réitérant la solution susmentionnée, v. *infra* note 1010 sous n° 516.

⁹⁷² E. N. MARTINE, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, L.G.D.J., bibl. dr. priv. tome 6, 1957, spéc. pp. 59 à 62 et 67 et s.

⁹⁷³ Pour une hypothèse où la responsabilité contractuelle a été intentée à titre principal et la responsabilité délictuelle à titre subsidiaire, v. : Cass. 1^{ère} civ., 9 juill. 1996 précit., n° de pourvoi : 94-18.696.

⁹⁷⁴ E. N. MARTINE, *ibid.*, pp. 48-49.

il en existe cependant d'autres *non moins importantes* ; signalons notamment celle du non-cumul des actions possessoires et pétitoires⁹⁷⁵.

Cette règle séculaire⁹⁷⁶, est édictée à l'alinéa premier de l'article 1265 CPC, qui dispose que :

« La protection possessoire et le fond du droit ne sont jamais cumulés ».

L'interdiction du cumul des deux actions, l'action possessoire et l'action pétitoire, est d'une importance telle en droit positif⁹⁷⁷, que la jurisprudence décide *qu'excède ses pouvoirs* le juge qui fait la confusion entre les actions possessoires et pétitoires⁹⁷⁸.

Après avoir consacré cette règle – séculaire – de non-cumul, le législateur moderne est venu établir entre ces deux actions une *hiérarchie*. Celle-ci est édictée à l'article 1266 CPC, qui dispose que :

« Celui qui agit au fond n'est plus recevable à agir au possessoire ».

496. – En droit libanais, le Code de procédure civile consacre la même règle d'interdiction du cumul des actions possessoires et pétitoires. Elle est édictée avec grande clarté, à l'article 25 NCPC lib., qui dispose en son début :

« Il est prohibé de cumuler l'action possessoire et l'action pétitoire ».

La deuxième partie de ce texte contient des dispositions comparables aux dispositions de l'article 1266 précité, et qui sont tout aussi importantes quant à la réglementation du procès et au déroulement de l'instance. Elles se présentent ainsi :

« Celui qui intente l'action pétitoire est considéré avoir renoncé à l'action possessoire, à moins que sa possession ait été l'objet d'une violation au cours du déroulement de l'instance relative à l'action pétitoire, ou, s'il intente l'action pétitoire de manière subsidiaire à l'action possessoire, dans ce cas, elle sera examinée après que l'action possessoire a été rejetée ».

⁹⁷⁵ E. MICHELET, *La règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire*, L.G.D.J., 1973.

⁹⁷⁶ Cette règle est vieille de plusieurs siècles, puisqu'elle date d'une ordonnance de 1446, v. : L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, n° 346 et les réf. citées.

Elle a été consacrée par le l'ancien Code de procédure civile, et il est intéressant à cet égard de souligner, que le texte de l'alinéa premier de l'article 1265 CPC, est *hautement comparable* au texte de l'article 25 de l'ancien Code de procédure civile, datant de 1806.

Dans sa version ancienne, cette règle de non-cumul du possessoire et du pétitoire, édictée à l'article 25 de l'ancien Code de procédure civile, se présentait ainsi :

« Le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés ».

La version actuelle de cette règle édictée dans l'actuel article 1265 a été introduite dans le « nouveau » Code de procédure civile par le décret du 12 mai 1981 entré en vigueur le 1^{er} janvier 1982.

Nous pouvons dire que dans sa version actuelle, cette règle est *plus explicite*, puisqu'elle vise le « fond du droit » par opposition à la *protection due à la possession*. En revanche, on se demande quelle portée attacher à l'emploi du futur dans la version ancienne du texte, alors que la version actuelle n'emploie quant à elle, que le présent. On se demande si l'emploi du futur imprime *un caractère plus absolu* à la règle, ou alors s'il s'agit simplement d'une différence de style.

⁹⁷⁷ P. P. N. HENRION DE PANSEY, *Œuvres judiciaires du président Henrion de Pansey*, Paris, Ainé, 1844, spéc. pp. 150 et 151.

⁹⁷⁸ Sur cette jurisprudence, v. *infra* n° 877 et note 1624.

La première phrase de cet article est comparable à l'article 1266 précité, la méthode suivie y est cependant *différente*. Au lieu d'édicter une *irrecevabilité* péremptoire de l'action possessoire intentée après l'action pétitoire, le nouveau Code de procédure civile libanais, est venu poser une *présomption de renonciation* à l'endroit du demandeur en action pétitoire. Nous pensons que cette présomption est *irréfragable*, car décider le contraire serait priver le texte de toute efficacité. Mais, c'est la dernière tranche de cet article qui nous intéresse le plus quant à l'intérêt s'attachant au recours à la demande subsidiaire.

497. – A la différence du législateur français, le législateur libanais mentionne, *de manière expresse*, la demande subsidiaire dans l'un des textes du Code de procédure civile, en l'occurrence l'article 25. Ceci est une manière de consacrer la *légitimité du recours à la demande subsidiaire*. Mais le plus important, c'est qu'il donne au demandeur la méthode à suivre pour *remédier* à l'incompatibilité, et à l'interdiction de cumul qui s'ensuit, des actions possessoires et pétitoires : savoir *recourir à la demande subsidiaire*.

Même si le législateur libanais n'a mentionné le recours à la demande subsidiaire que de manière *ponctuelle*, et en ce qui concerne *seulement* le non-cumul des actions possessoires et pétitoires, nous pensons que les consignes par lui données peuvent valablement être *généralisées* et suivies dans d'autres matières où il existerait une incompatibilité entre ces matières entraînant une *prohibition de les cumuler dans le cadre d'une même demande en justice*⁹⁷⁹.

A la différence du législateur français, le législateur libanais marque une *faveur* pour le recours à la demande subsidiaire, et incite les justiciables à en user. De ce point de vue, se manifeste l'aspect pratique poussé du nouveau Code de procédure civile libanais.

498. – Loin des grandes règles du droit privé, telles l'interdiction du cumul des responsabilités contractuelles et délictuelles, et l'interdiction du cumul du possessoire et du pétitoire, d'autres matières peuvent valablement permettre que de très *bonnes*

⁹⁷⁹ V. par ex. : CA Colmar, 7 nov. 1996 : Gaz. Pal. 1997, 2. somm. 466, note H. Vray. Il résulte de cet arrêt que le possesseur d'une servitude de passage est fondé à obtenir le rétablissement, par le propriétaire du fonds servant, du passage sur la largeur que celui-ci avait réduite. Mais, il n'est pas pour autant justifié à obtenir du juge du possessoire la reconnaissance du passage sur une largeur supérieure à celle dont le juge a ordonné le rétablissement. Il n'est, en effet, nullement démontré qu'antérieurement au trouble invoqué le passage était plus large que celui reconnu par le juge du possessoire, et, puisque la demande tendant à son élargissement pour l'adopter aux prétendus besoins du fonds dominant relève d'une *action pétitoire*, alors qu'aux termes de l'article 1265 CPC, la protection possessoire et le fond du droit *ne sont jamais cumulés*.

illustrations de la subsidiarité processuelle y soient révélées. Il s'agit notamment, du droit des entreprises en difficulté.

Dans cette matière, il est parfaitement possible que certaines dispositions *prohibent le cumul de deux actions.*

499. – Dans le domaine des entreprises en difficulté, un arrêt mérite particulièrement d'être signalé ; il s'agit de l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 30 octobre 2012, où il a été décidé que, l'impossibilité d'engager l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif dans les cas d'obligation aux dettes sociales énumérés par la loi *n'interdit pas de présenter cette demande à titre subsidiaire*⁹⁸⁰. L'obligation aux dettes sociales des dirigeants sociaux

⁹⁸⁰ Cass. com., 30 oct. 2012 : Dr. sociétés n° 2, fév. 2013, comm. 33, note J.-P. Legros ; Gaz. Pal., n° 18-19, 18 janv. 2013, p. 39, note Th. Montéran. En l'espèce, un liquidateur a assigné un dirigeant, à titre principal, sur le fondement de l'article L. 652-1 C. com., dans sa version en vigueur avant l'ordonnance du 18 décembre 2008 – qui d'ailleurs abrogea celui-ci – en vue de lui faire supporter les dettes sociales en tout ou en partie, et, *à titre subsidiaire*, sur le fondement de l'article L. 651-2, à combler partiellement ou totalement l'insuffisance d'actif. La raison qui a conduit le liquidateur à présenter une demande subsidiaire avec sa demande présentée à titre principal, c'était le fait que le dernier alinéa de l'article L. 652-1 *interdisait de cumuler ces deux actions*. Dans sa version en vigueur au temps où cet arrêt a été rendu, l'article L. 652-1 se présentait ainsi :

« Au cours d'une procédure de liquidation judiciaire, le tribunal peut décider de mettre à la charge de l'un des dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale la totalité ou une partie des dettes de cette dernière lorsqu'il est établi, à l'encontre de ce dirigeant, que l'une des fautes ci-après a contribué à la cessation des paiements :

- 1° Avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres ;
- 2° Sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ;
- 3° Avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ;
- 4° Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ;
- 5° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale.

Dans les cas visés au présent article, il ne peut être fait application des dispositions de l'article L. 651-2 ». Comme nous pouvons le lire, le dernier alinéa de cet article, *prohibe* le cumul des fondements respectifs des articles L. 652-1 et L. 651-2 C. com.

L'article L. 651-2 en question, était applicable à l'arrêt du 30 octobre 2012, dans sa version en vigueur au 1^{er} janvier 2006 jusqu'au 15 février 2009. L'alinéa premier de cet article, qui seul nous intéresse ici, se présentait ainsi :

« Lorsque la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables ».

Puis, l'obligation aux dettes sociales a disparu par suite de l'abrogation par l'ordonnance du 18 décembre 2008 – précisément, son article 133 – de l'article L. 652-1 précité. L'action en comblement de passif, devenue, après la loi de sauvegarde des entreprises, « la responsabilité pour insuffisance d'actif », est actuellement régie par l'article L. 651-2 dans sa version en vigueur au 11 décembre 2010. Dans la présente version de cet article, les alinéas premier et deuxième qui seuls nous intéressent, se présentent ainsi :

« Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables.

Lorsque la liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à raison de l'activité d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée à laquelle un patrimoine est affecté, le tribunal peut, dans les mêmes

dans le cas de liquidation judiciaire de l'entreprise, a été abrogée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 ; désormais, l'ancienne action en comblement de passif, est remplacée après la loi de sauvegarde des entreprises, par « l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ». Cet arrêt *conserve cependant, toujours un grand intérêt*. Son intérêt réside en ce qu'il nous enseigne que des faits *identiques* peuvent constituer le fondement des deux demandes fondées sur deux textes, déclarés *incompatibles* par le législateur, quoiqu'il existât une différence entre la faute de l'article L. 652-1, dans sa version antérieure à ladite ordonnance du 18 décembre 2008⁹⁸¹, qui doit avoir concouru à la cessation des paiements et la faute de gestion de l'article L. 651-2 C. com., dans sa version antérieure à cette même ordonnance⁹⁸², qui doit avoir contribué à l'insuffisance d'actif⁹⁸³. Un autre intérêt, tout aussi important, s'attache à l'arrêt et au *recours à la demande subsidiaire qu'il consacre* : c'est celui d'éviter de tomber dans *l'écueil de la qualification* à choisir entre les fondements de deux textes, lorsque ceux-ci sont *difficiles à interpréter*, tels les articles L. 651-2 et L. 652-1 C. com. précités. En présentant une demande subsidiaire et une demande principale, le demandeur laissera au juge le soin de jouer son rôle, celui de donner la *bonne qualification aux faits allégués*⁹⁸⁴.

500. – Les cas où la jurisprudence a affirmé que le cumul entre deux fondements de responsabilité est prohibé, sont *assez nombreux*⁹⁸⁵. Notre objectif n'est pas de multiplier à l'infini les illustrations de non-cumul, mais de démontrer, que la subsidiarité appliquée aux demandes en justice pourrait – effectivement – être *d'un grand secours pour les justiciables dans divers domaines*, non susceptibles de recensement.

conditions, condamner cet entrepreneur à payer tout ou partie de l'insuffisance d'actif. La somme mise à sa charge s'impute sur son patrimoine non affecté ».

La cour d'appel a déclaré recevable l'action du liquidateur sur le fondement de l'article L. 652-1 précité. Le moyen du pourvoi se fondait sur le fait que le dirigeant social ne pouvait être poursuivi à la fois en obligation aux dettes sociales et en comblement de passif pour les mêmes faits.

Pour rejeter le pourvoi et confirmer l'arrêt, la Cour énonce dans un attendu de grande clarté, que : « *Mais attendu que si les dispositions de l'article L. 652-1, al. 2, C. com., en leur rédaction applicable en la cause, interdisent l'engagement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif dans les cas d'obligation aux dettes sociales énumérés à l'article L. 651-2 du même code, elles n'interdisent pas de présenter cette demande à titre subsidiaire, pour les cas où les faits invoqués ne relèveraient pas de ce dernier texte* ».

⁹⁸¹ Sur le texte de cet article, v. note *supra* note 980.

⁹⁸² Sur le texte de cet article, v. note *supra* note 980.

⁹⁸³ En ce sens : J.-P. LEGROS, note sous l'arrêt rapporté in Dr. sociétés n° 2, fév. 2013, comm. 33.

⁹⁸⁴ Sur le rôle de qualification du juge et le texte qui le régit, v. *infra* n°s 626 et s.

⁹⁸⁵ V. par ex. : Cass. com., 25 juin 1991 : Bull. civ. 4, n° 240, p. 167 ; Rev. sociétés 1992. 114, note A. Honorat. – Cass. com., 3 oct. 2000 : Bull. Joly 2001, § 4, p. 24, note P. Le Cannu ; JurisData n° 2001-006219. – Cass. com., 5 fév. 2002 : JurisData n° 2002-013057 ; Dr. sociétés 2002, comm. 193.

501. – L'essentiel dans ceci demeure que le principe est réaffirmé par la Cour de cassation chaque fois que l'occasion se présente à elle pour le faire.

Concernant toujours la question de la responsabilité des dirigeants d'entreprises faisant l'objet d'une procédure collective, il doit être admis que la responsabilité du fait personnel de ceux-ci, fondée sur l'article 1382 C.C., pourra toujours être recherchée, *de manière subsidiaire*, à une demande principale en responsabilité, fondée sur les textes spéciaux applicables en la matière⁹⁸⁶, en l'occurrence, avant la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005⁹⁸⁷, les anciens articles L. 624-3 et L. 624-5 C. com., et après l'entrée en vigueur de cette loi, l'article L. 651-2 du même Code.

Cette solution constitue une application particulière de la règle *Specialia generalibus derogant* (« les lois spéciales dérogent aux lois générales ») ; le droit commun de la responsabilité civile *ne peut pas concurrencer les textes spéciaux du droit des entreprises en difficulté*⁹⁸⁸, ceux-ci doivent toujours le *primer*.

Ce n'est que dans le cas où les prétentions fondées sur les textes spéciaux du droit des procédures collectives sont rejetées, que la demande subsidiaire fondée sur le droit commun de la responsabilité *sera recevable*.

502. – Cette solution constitue également une illustration exemplaire de la *subsidiarité du droit commun* ; plus particulièrement du droit commun de la responsabilité civile⁹⁸⁹.

En plus des règles interdisant le cumul de systèmes juridiques différents, qui, d'ailleurs, sont *ancrées dans le droit positif depuis assez longtemps*, il existe d'autres hypothèses, qui, contrairement à celles-ci, ont vu le jour récemment. Il s'agit du – nouveau – principe de création prétorienne dit « de concentration des demandes », qui sera examiné dans ce qui suit.

⁹⁸⁶ Cass. com., 19 fév. 2008 précit. : Dr. sociétés n° 5, mai 2008, comm. 98, note J.-P. Legros. Bien qu'étant un arrêt de cassation, cet arrêt est d'une grande portée eu égard à la clarté avec laquelle la solution est énoncée. Sur cet arrêt, v. *infra* note 1003 sous n° 514.

⁹⁸⁷ Sur la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, v. *infra* n°s 301 et s.

⁹⁸⁸ La Cour de cassation a eu l'occasion de clairement affirmer qu'il y a *impossibilité de tout cumul* : v. un arrêt de principe qui affirme cette solution : Cass. com., 20 juin 1995 : Bull. civ. 4, n° 187, p. 173 ; JurisData n° 1995-001575 ; Rev. sociétés 1995, p. 766 ; RTD com. 1995, p. 663, note J.-Ph. Hael. La Cour y énonce que : « lorsque le redressement ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, les dispositions des articles 180 et 183 de ladite loi (la loi du 25 janvier 1985), qui ouvrent aux conditions qu'ils prévoient, une action en paiement des dettes sociales à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, ne se cumulent pas avec celles des articles 1382 et 1383 du Code civil ». – V. aussi qui reprend textuellement le même attendu : Cass. com., 26 mai 1999 : JurisData n° 1999-002364 ; Bull. Joly 1999, p. 962 ; Rev. proc. coll. 2000. 135, obs. A. Martin-Serf.

Il semble donc qu'il s'agit ici d'une *jurisprudence constante*.

⁹⁸⁹ Sur la subsidiarité du droit commun de la responsabilité civile, v. *infra* n°s 1198 et s.

B. – Le « principe de concentration des demandes ».

503. – Plus récemment, une nouvelle solution jurisprudentielle inaugurée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de droit procédural aurait pour incidence de *raviver l'intérêt du recours à la demande subsidiaire dans le procès.*

En effet, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 7 juillet 2006, énoncé de manière très solennelle, « *qu'il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci* »⁹⁹⁰. L'Assemblée plénière a posé ce qu'on a appelé le « principe de concentration des demandes ». En l'occurrence, un demandeur qui avait été débouté de sa demande en indemnisation fondée sur l'existence à son profit d'une prétendue créance de salaire différé, a intenté une nouvelle action en justice fondée cette fois, sur l'enrichissement sans cause. La cour d'appel avait constaté que la demande dont elle était saisie, formée entre les mêmes parties, tendait, *comme la demande originaire basée sur l'existence d'une prétendue créance de salaire différé, à obtenir paiement d'une somme d'argent à titre de rémunération d'un travail prétendument effectué sans contrepartie financière.* Elle en a déduit que le demandeur, « *ne pouvait être admis à contester l'identité de cause des deux demandes en invoquant un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile, de sorte que la demande se heurtait à la chose précédemment jugée relativement à la même contestation* ». Nous voyons que c'est l'idée d'*identité de cause* entre les deux actions et demandes en justice qui constitue le fondement de la solution. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a *naturellement* rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt, qui, d'ailleurs, est *solidement motivé*. Elle adopte au demeurant, une *conception restrictive* de l'autorité de la chose jugée⁹⁹¹.

504. – Le demandeur aurait pu prévenir ce résultat fâcheux et éviter de devoir confronter la question périlleuse de l'autorité de la chose jugée, s'il avait eu la

⁹⁹⁰ Ass. plén., 7 juill. 2006 : Bull. ass. plén., n° 8, p. 21 ; D. 2006. 2135, note L. Weiller ; RDC 2012. 1278, note Y.-M. Serinet et X. Boucoba.

⁹⁹¹ L'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 7 juillet 2006 constitue la réaffirmation d'un courant de jurisprudence qui adopte une conception restrictive de l'autorité de la chose jugée. Sur ce courant, v. par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 4 mars 2004 : Bull. civ. 2, n° 84, p. 74. – Cass. 2^{ème} civ., 23 sept. 2004 : Bull. civ. 2, n° 413, p. 350. – Cass. 2^{ème} civ., 28 fév. 2006 : 04-30.459 : Bull. civ. 2, n° 54, p. 48.

Il est intéressant de souligner également, que ce courant de jurisprudence et l'arrêt précité de l'Assemblée du 7 juillet 2006, qui est venu le couronner, semble opérer un revirement pas rapport à ce que la Cour de cassation appliquait jusqu'alors sur la question de l'autorité de la chose jugée. Il semble qu'elle ait rompu avec sa jurisprudence suivie autrefois sur cette question. Signalons spécialement à cet égard, un arrêt de l'Assemblée plénière du 3 juin 1994 (Bull. ass. plén., n° 4, p. 7) qui traduit très clairement l'orientation désormais délaissée par la Cour de cassation.

prudence de présenter au cours de l'instance dans laquelle il se prétendait titulaire d'une créance de salaire différé sur la succession de son père pour avoir travaillé sans rémunération au service de celui-ci, une *demande subsidiaire* fondée sur l'enrichissement sans cause dont a profité cette succession du fait du travail non rémunéré qu'il a exercé. Puisque sa demande fondée sur l'existence d'une créance de salaire différé avait été rejetée au motif que l'activité professionnelle litigieuse *n'avait pas été exercée au sein d'une exploitation agricole*, une demande subsidiaire fondée sur l'enrichissement sans cause avait de fortes chances d'être accueillie, puisque ce n'est pas la réalité du travail qui était contestée, mais c'est – malheureusement – la *mauvaise présentation de sa demande en justice*, qui a fait perdre au demandeur sa chance d'obtenir une juste indemnisation pour son appauvrissement. D'ailleurs, nous pouvons lire dans l'attendu de cet arrêt plus haut reproduit, une « invitation » de la Cour de cassation à *recourir, avec la présentation de la demande principale dans l'instance, aux demandes et moyens subsidiaires*⁹⁹².

505. – Dans cette optique, nous pouvons avancer que plus la conception que se fait la jurisprudence de l'autorité de la chose jugée est *restrictive*⁹⁹³, plus les demandeurs auront intérêt à *présenter unes ou des demandes subsidiaires lors de l'introduction de l'instance ou au cours de celle-ci*.

⁹⁹² Rappr. : N. FRICÉRO, *La loyauté dans le procès civil*, Gaz. Pal. 24 mai 2012, n° 145, p. 27, spéc. n° 17.

⁹⁹³ Nous jugeons ici utile de reproduire les dispositions de l'article 1351 C.C. qui est l'un des rares articles du Code Napoléon à n'avoir subi aucune modification. Cet article dispose que :

« L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

A la différence du droit français, en droit libanais c'est le nouveau Code de procédure civile qui régit la question de l'autorité de la chose jugée, plus précisément son article 303. Ce texte est comparable à l'article 1351 C.C., mais il est plus *explicite* que celui-ci. Il se présente ainsi :

« Les décisions définitives ont autorité de chose jugée dans les droits qu'elles ont tranchés et il ne peut être accepté de preuve contraire contre celle-ci. Elles n'ont cette autorité que dans les litiges qui opposent les mêmes parties, en ayant les mêmes qualités et qui se rapportent au même objet et à la même cause ».

Nous pensons que dans les deux articles français et libanais, l'élément qui pourrait susciter la controverse c'est *l'identité de cause*. Et c'est sur cette question que se produisent les divergences de jurisprudence.

L'article 303 NCPC lib. contient cependant un deuxième alinéa qui est d'une très grande importance et qui *n'a pas son semblable dans le texte français*. Ce deuxième alinéa se présente ainsi :

« Le tribunal pourra soulever d'office l'autorité de la chose jugée ».

C'est le Code de procédure civile français qui contient une disposition comparable à l'alinéa second de l'article 303 NCPC lib. Il s'agit de l'article 125 CPC, plus particulièrement son deuxième alinéa. Cet article se présente ainsi :

« Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public (...).

Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée ».

La jurisprudence française applique quant à elle, une solution quelque peu différente, de celle qui est suivie en droit libanais, v. par ex. : Cass. com., 27 sept. 2011 : Bull. civ. 4, n° 138. – Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2012, n° de pourvoi : 11-30.183.

506. – Compte tenu de cette jurisprudence de l'Assemblée plénière du 7 juillet 2006, par laquelle elle a posé le « principe de concentration des demandes »⁹⁹⁴, les demandeurs auront tout intérêt à recourir à la demande subsidiaire pour augmenter leurs chances d'obtenir gain de cause, et *élargir à travers celle-ci la définition de l'objet du litige*. Ils pourront à cet effet, *décliner* les demandes subsidiaires à leur gré, du subsidiaire au plus subsidiaire jusqu'à l'*infiniment subsidiaire*, de manière à donner tous les fondements possibles à leur demande en justice et *augmenter par là-même, leurs chances d'obtenir gain de cause*.

Nous avons examiné les éléments qui déterminent les parties à avoir intérêt, tout intérêt, à recourir à la demande subsidiaire dans le procès. Cette pratique sera, malheureusement, parfois rendue difficile, car elle subira très souvent des *violations* de la part des juges du fond. C'est ce que nous verrons dans ce qui suit.

Section 2 : Les violations infligées à la demande subsidiaire dans le procès.

507. – L'observation des décisions des tribunaux permet de constater, que sont, malheureusement, révélées de sérieuses violations de la méthode devant être suivie pour l'examen de la demande subsidiaire dans le procès. On peut voir dans ceci l'illustration d'*entorses injustifiées infligées à la subsidiarité*, subsidiarité processuelle.

508. – Il est intéressant à cet égard de souligner qu'à *la différence du droit français*, le droit libanais évoque la manière dont devait être traitée par le juge la demande subsidiaire. C'est le Code de procédure civile libanais, qui, en son article 25 NCPC lib. *in fine*, précise que l'action pétitoire *intentée à titre subsidiaire*, sera examinée par le juge après qu'il eût *rejeté* l'action possessoire⁹⁹⁵. Il est vrai que la définition de la méthode devant être suivie pour traiter la demande subsidiaire est *implicite*, mais elle n'est pas moins *claire* pour autant. Et, bien que cette précision ait

⁹⁹⁴ L'arrêt de l'Assemblée plénière du 7 juillet 2006 a en effet créé un courant de jurisprudence constant, et, il est significatif de voir que ce courant confirmatif de jurisprudence, a été inauguré par un arrêt de principe d'une grande portée, v. : Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2008 : Bull. civ. 1, n° 153 ; D. 2008. 3111, note Th. Clay ; RTD civ. 2008. 551, note R. Perrot ; RTD com. 2010. 535, note E. Loquin. Cet arrêt de principe réitère avec clarté mais de manière *plus explicite*, la solution de l'arrêt précité du 7 juillet 2006, en lui apportant au surplus, des *précisions*. Il énonce que : « *il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause et qu'il ne peut invoquer dans une instance postérieure un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile (...)* ». – V. aussi dans le même sens : Cass. 2^{ème} civ., 25 oct. 2007 : Bull. civ. 2, n° 241. – Cass. 3^{ème} civ., 20 janv. 2010 : Bull. civ. 3, n° 17. – Cass. com., 6 juill. 2010 : Bull. civ. 4, n° 120 ; D. 2011. 406, obs. P. Crocq. – Cass. 1^{ère} civ., 12 avr. 2012 : Bull. civ. 1, n° 89 ; Rev. arb. 2013. 121, note Y. Strickler. Qui reprend textuellement le même attendu que l'arrêt précité de l'Assemblée plénière du 7 juillet 2006.

⁹⁹⁵ Sur le texte de l'article 25 NCPC lib., v. *supra* n° 496.

été faite pour les actions pétitoires et possessoires, elle a vocation à être *valablement généralisée* à toutes les matières où la subsidiarité est appliquée à la demande en justice.

509. – Un auteur a proposé la condition suspensive comme explication au fonctionnement de la demande subsidiaire, en ce sens que celle-ci est *assortie de la condition suspensive* de rejet de la demande principale⁹⁹⁶. Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire de passer par la condition suspensive pour donner une explication convenable au fonctionnement de la demande subsidiaire et il suffit pour ceci de recourir à la *notion de subsidiarité*.

510. – Présenter une demande principale et une demande subsidiaire signifie que le demandeur établit entre ces deux, ou, plusieurs demandes, une *hiérarchie*.

Il est conseillé aux parties de se montrer attentifs dans la présentation de leurs demandes ; en ce sens qu'ils doivent savoir agencer avec minutie et prévoyance, demandes subsidiaires et demandes principales.

Le juge se doit de *respecter* la hiérarchie ainsi choisie par les parties⁹⁹⁷ ; il ne pourra pas d'office inverser l'ordre des demandes, subsidiaires et principales⁹⁹⁸. S'il suspecte que l'une des parties a commis une *erreur* dans l'articulation par elle faite des demandes principales et subsidiaires, il doit lui adresser une injonction de rétablir cet ordre. On voit dans ceci une manifestation du fait que le procès *appartient aux parties*.

511. – Le non-respect de cette hiérarchie par le juge constituerait une *violation* de l'objet du litige⁹⁹⁹.

Et il est en effet, *regrettable* de voir que les tribunaux ne respectent pas dans beaucoup de cas la volonté des parties qui présentent des demandes subsidiaires dans le procès, et refusent très souvent de donner effet à de telles demandes.

La Cour de cassation ne manque pas de faire respecter le mécanisme et les règles qui s'appliquent à la demande subsidiaire, et censure les arrêts « récalcitrants ».

C'est pour cette raison que – comme nous le verrons – les arrêts étudiés dans ce qui va suivre sont tous des arrêts de *cassation*.

⁹⁹⁶ J. NORMAND, obs. in RTD civ. 1978. 704.

⁹⁹⁷ En ce sens : J. NORMAND, *ibid.*, 704.

⁹⁹⁸ *Contra* : E. PUTMAN, art. précit., n° 8. Cet auteur estime que le juge pourra rétablir l'ordre d'examen des demandes. Ce que nous ne pouvons approuver.

⁹⁹⁹ Rapp. : En ce sens : J. NORMAND, obs. précit. in RTD civ. 1978. 705.

512. – C'est ainsi qu'a été censuré l'arrêt d'appel qui a refusé d'examiner la demande subsidiaire présentée par le demandeur et fondée sur l'enrichissement sans cause, après avoir constaté *qu'elle ne pouvait avoir pour cause la promesse de vente invoquée à titre principal*¹⁰⁰⁰. Une saine logique aurait commandé que la demande subsidiaire fondée sur l'enrichissement sans cause, soit examinée par les juges du fond après qu'a été examinée par eux puis rejetée la demande fondée sur une prétendue promesse de vente. En refusant de le faire, ces juges ont violé les règles régissant la demande subsidiaire ainsi que le principe de subsidiarité régissant l'action en enrichissement sans cause. La cassation de l'arrêt est intervenue sous le visa de l'article 1371 C.C. et des principes régissant l'enrichissement sans cause.

C'est ainsi qu'encourt également la censure, l'arrêt d'appel qui, pour écarter la demande subsidiaire fondée sur l'enrichissement sans cause et présentée par la concubine, énonce que la subsidiarité de cette *action ne permet pas à celle-ci de tourner les règles du contrat évoqué à titre principal*, en l'occurrence l'existence d'une société créée de fait entre elle et son concubin. Pour censurer l'arrêt, la Cour de cassation énonce : « *Qu'en statuant ainsi, alors que le rejet de la demande fondée sur l'existence d'un contrat de société rendait recevable celle, subsidiaire, fondée sur l'enrichissement sans cause, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »¹⁰⁰¹. Dans le raisonnement des juges du fond, les deux demandes, principale et subsidiaire, sont vues comme *étant liées quant au fond*. Or, cette manière d'analyser les demandes respectives semble *erronée*, et c'est la raison pour laquelle ils ont été induits en erreur. La méthode à suivre pour traiter les deux demandes, principale et subsidiaire, consiste à procéder à l'examen de leur bien-fondé *en toute indépendance intellectuelle*. En ce sens, il faut traiter la demande principale *en premier*, et c'est à partir de cette étape que sera décidée la suite de l'instance. Si celle-ci est accueillie, il n'y aura pas lieu d'examiner la demande subsidiaire. Au contraire, si elle n'est pas accueillie, le juge *sera tenu d'examiner la demande subsidiaire*. Ceci n'est point une faculté pour le juge, *il en a l'obligation sous peine de méconnaître l'objet du litige*.

Sur la violation par le juge de l'objet du litige, v. *supra* n° 480 et *infra* n°s 513 à 519.

¹⁰⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 4 avr. 2006 : Bull. civ. 1, n° 194, p. 170 ; JCP G n° 18, 3 mai 2006, 4, 2022 ; Lexbase Le Quotidien du 20 avr. 2006, n° Lexbase N7035AKR ; RLDC 2006, n° 28, p. 11, obs. S. Doireau.

¹⁰⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2008 précit. : JurisData n° 2008-043028 ; Dr. famille 2008, comm. 95, obs. V. Larribau-Terneyre. Il existe désormais un courant de jurisprudence qui consacre cette solution, v. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2009 précit. : Dr. famille n° 6, juin 2009, comm. 68, obs. V. Larribau-Terneyre.

513. – Les arrêts censurés pour le grief de violation des règles rattachées à la demande subsidiaire qui est fondée sur l'enrichissement sans cause, ont été sans doute influencés par l'arrêt – précédemment cité – du 8 décembre 1987¹⁰⁰², décision sévèrement critiquée et dont la solution a été abandonnée par la Cour de cassation sous l'influence sans doute de ces critiques.

514. – C'est ainsi qu'a été également censuré l'arrêt d'appel qui a déclaré *irrecevable* la demande subsidiaire fondée sur l'action en responsabilité de droit commun formée par le représentant des créanciers, puis liquidateur, d'une société à l'encontre de l'associé, assigné en qualité de dirigeant de fait de celle-ci, *sur le fondement de l'article 1382 C.C.*¹⁰⁰³. Ce cas de figure constitue une illustration parfaite de la *subsidiarité de la responsabilité de droit commun*¹⁰⁰⁴, il illustre aussi un cas où l'action subsidiaire est également présentée dans le procès comme, *demande subsidiaire*. Même s'il l'on risque de se répéter, il est toujours utile de le relever : action subsidiaire et demande subsidiaire sont quant au fond, *véritablement dissociées*, mais il est très possible qu'elles se rencontrent dans le cadre d'un même procès¹⁰⁰⁵ ; dans ce cas le juge aura à appliquer les *règles procédurales applicables à la subsidiarité de la demande*, ainsi que les *règles de fond applicables à la subsidiarité de l'action*.

L'arrêt d'appel avait en l'occurrence, commis la malheureuse *confusion* entre la subsidiarité de la demande fondée sur le droit commun de la responsabilité civile, et la règle de non-cumul de l'action en responsabilité civile de droit commun et de l'ancienne action en sanction commerciale à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait des sociétés¹⁰⁰⁶, ce qui a conduit à sa *censure inévitable*¹⁰⁰⁷. Ces deux éléments

¹⁰⁰² Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 1987 précit. : Bull. civ. 1, n° 335, p. 241 ; RTD civ. 1988. 745, obs. J. Mestre ; JCP 1988. 4. 66. Sur cet arrêt, v. *supra* note 154 sous n° 76.

¹⁰⁰³ Cass. com., 19 fév. 2008 précit. : Dr. sociétés n° 5, mai 2008, comm. 98, note J.-P. Legros. A la suite de la mise en redressement judiciaire d'une société, qui fut ultérieurement converti en liquidation judiciaire, le représentant de ses créanciers puis liquidateur, a assigné un associé de cette société, en qualité de dirigeant de fait, aux fins d'ouverture d'une procédure collective-sanction à son égard. Le liquidateur a demandé que l'associé, dirigeant de fait, soit condamné, *subsidiativement* à payer les dettes sociales et *plus subsidiairement* à réparer le préjudice qu'il avait causé par ses fautes à l'entreprise, sur le fondement de l'article 1382 C.C. Un jugement du 23 septembre 2005, estimant que ledit associé n'était pas dirigeant de fait, a rejeté la demande principale et condamné ce dernier à payer une certaine somme au liquidateur, ès qualités, en application de l'article 1382 précité. Sur la décision de la cour d'appel et la censure de la cour de cassation, v. *infra* note 1007.

¹⁰⁰⁴ Sur la subsidiarité de la responsabilité de droit commun, v. *infra* n°s 1198 et s.

¹⁰⁰⁵ Sur un tel cas de figure mettant en cause l'action en enrichissement sans cause, action subsidiaire, v. *supra* n°s 484 à 486.

¹⁰⁰⁶ Sur la règle de non-cumul de l'action en responsabilité civile de droit commun et des actions spéciales découlant du droit des procédures collectives, qui a été solidement affirmée en jurisprudence, v. *supra* n° 499.

¹⁰⁰⁷ Pour déclarer irrecevable l'action en responsabilité dirigée contre l'associé, l'arrêt retient, après avoir jugé que ce dernier n'était pas dirigeant de fait de la société, que l'action en sanction commerciale à

qui ont été confondus dans le raisonnement des juges du fond se situent sur deux plans *différents*, puisque la subsidiarité appliquée à la demande fondée sur le droit commun de la responsabilité civile, avait pour but *précisément* de remédier à la fameuse règle de non-cumul susmentionnée, en *empêchant la concurrence* entre les demandes dont les fondements sont *incompatibles*¹⁰⁰⁸.

515. – A méconnu les effets de la demande subsidiaire fondée sur la responsabilité *délictuelle personnelle* d'un administrateur judiciaire et a, de ce chef, été censuré, l'arrêt qui a déclaré cette demande irrecevable au motif que la règle de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle exclut, les demandes subsidiaires fondées sur un autre ordre de responsabilité que celui invoqué au soutien de la demande principale¹⁰⁰⁹.

516. – Influencée sans doute par ce raisonnement qui *méconnaît* les règles de fonctionnement de la demande subsidiaire, une cour d'appel, suivit quelques années plus tard la même démarche *condamnabile* méconnaissant en l'occurrence, les effets d'une demande subsidiaire fondée sur la concurrence déloyale et la déclarant *irrecevable* ; elle avança le motif susmentionné que la règle de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle excluait, entre les mêmes parties, les demandes subsidiaires fondées sur un autre ordre de responsabilité que celui invoqué au soutien de la demande principale¹⁰¹⁰.

l'encontre des dirigeants de droit ou de fait *ne se cumule pas* avec l'action en responsabilité de droit commun de l'article 1382 C.C., tandis que même si l'une est fondée sur la qualité de dirigeant de la personne poursuivie, la seconde ne l'est pas. Pour censurer l'arrêt, la Cour énonce que : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la demande subsidiaire de M. Masson (liquidateur) fondée sur la responsabilité de droit commun de M. Kugel (l'associé) était recevable, dès lors qu'étaient rejetées les prétentions du mandataire judiciaire concernant l'application des dispositions particulières aux dirigeants des personnes morales en procédure collective, prévues par les articles L. 624-3 et L. 624-5 C. com. dans leur rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, la cour d'appel a violé le texte susvisé (l'article 1382 C.C.)* ».

Cet arrêt est à comparer avec un autre rendu quelques années plus tard ; à la différence de celui-ci, c'est un arrêt de rejet mais il a abouti à la même solution consacrant le recours à *travers une demande présentée à titre subsidiaire*, au droit commun de la responsabilité civile, v. : Cass. com., 30 oct. 2012 précit. : Dr. sociétés n° 2, fév. 2013, comm. 33, note J.-P. Legros ; Gaz. Pal., n° 18-19, 18 janv. 2013, p. 39, note Th. Montéran.

¹⁰⁰⁸ Rapp. : J.-P. LEGROS, note sous l'arrêt rapporté in Dr. sociétés n° 5, mai 2008, comm. 98.

¹⁰⁰⁹ Cass. com., 12 juill. 2004 précit. : Lettre juridique Lexbase n° 150, 12 janv. 2005, p. 20, n° Lexbase N4238ABL, note A. Ecuyer. Rappelons que cet arrêt à été rendu sous le visa des articles 1147 et 1382 C.C. Pour censurer l'arrêt d'appel, la Cour énonce que : « *qu'en statuant ainsi, alors que la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle ne recevant application que dans les rapports entre contractants, la cour d'appel, qui a retenu que l'engagement résultant de la lettre d'intention du 31 octobre 1990 n'avait pas été pris par M. de X. (l'administrateur judiciaire) personnellement, et qui était, dès lors, tenue de statuer sur la demande fondée sur la responsabilité délictuelle personnelle de celui-ci, a violé par refus d'application le second des textes susvisés* ».

¹⁰¹⁰ Cass. com., 13 juill. 2010 précit. : JCP E, 17 fév. 2011, 1135, n° 9, obs. A. Ballot-Léna ; RDC 1^{er} janv. 2011, n° 1, p. 51, note Y.-M. Laithier. Après avoir énoncé un attendu *analogue* à celui de l'arrêt précité du

La violation infligée en l'occurrence par les juges du fond, dans les deux illustrations de ce même cas de figure, à la demande subsidiaire était *flagrante*, puisqu'a été méconnue la *hiérarchie* que crée la subsidiarité appliquée à la demande en justice, entre les deux ordres de responsabilité contractuelle et délictuelle qui *fait obstacle à toute possibilité de concours entre eux*.

517. – A également été censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui, saisie d'une *demande principale* en caducité d'une vente d'un bien immobilier opposée par deux époux parties à ce contrat, et poursuivis en paiement d'une clause pénale et en dommages et intérêts, et d'une *demande subsidiaire* fondée sur la nullité de la vente pour erreur sur la substance, a statué *sur la demande subsidiaire en premier*, au motif que la question de sa validité doit être nécessairement examinée en premier lieu¹⁰¹¹. Les juges du fond ont en l'occurrence, purement et simplement violé la *hiérarchie choisie par les parties pour présenter leurs demandes en justice*. Ils ont sans doute été induits en erreur et n'ont pas su traiter la demande subsidiaire comme elle devait l'être ; la cause de cette erreur réside dans le raisonnement, qu'ils ont adopté, de vouloir *lier intellectuellement* demande principale et demande subsidiaire¹⁰¹². Or, comme nous l'avons déjà dit, les demandes principale et subsidiaire devraient être examinées par le juge *en toute indépendance intellectuelle de l'une par rapport à l'autre*¹⁰¹³.

518. – A également été censuré l'arrêt d'une cour appel qui saisie d'une demande en dommages et intérêts formée à *titre principal* sur le fondement de l'article 266 C.C., et, à *titre subsidiaire* sur le fondement de l'article 1382 de ce même Code, de la part d'une épouse dont le divorce a été prononcé aux exclusifs de son époux, alloue à celle-ci des dommages et intérêts *cumulativement* par application du premier *et* du second de ces textes¹⁰¹⁴. La censure de l'arrêt par la Cour de

12 juillet 2004 (v. *supra* note 1009) rendu par la même formation de la Cour de cassation, la Chambre commerciale censure *naturellement* l'arrêt d'appel.

¹⁰¹¹ Cass. 3^{ème} civ., 11 mai 2011 : Bull. civ. 3, n° 75 ; JCP G 17 oct. 2011, doct. 1141, n° 16, obs. Y.-M. Serinet ; JCP E n° 24, 16 juin 2011, 1464 ; RLDC 2011. 62, note C. Bléry.

¹⁰¹² En effet dans la suite de leur raisonnement évoqué plus haut, les juges du fond avaient considéré que, « la nullité entraînant l'anéantissement rétroactif du contrat, il n'est pas possible d'examiner si les conditions suspensives contenues dans l'acte se sont réalisées alors que les époux X. prétendent par ailleurs que ledit contrat est nul et n'a donc jamais existé ». Il y a assurément ici une volonté d'englober dans une même problématique les demandes principale et subsidiaire.

¹⁰¹³ Sur cette opinion, v. *supra* n° 10.

¹⁰¹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2012 : Gaz. Pal. 15 mars 2013, p. 21, n° 122u6, obs. E. Mulon ; RLDC 2013. 65, note C. Bléry. Soulignons que cet arrêt a été rectifié pour cause d'erreur matérielle par un arrêt du 13 février 2013 (Cass. 1^{ère} civ., 13 fév. 2013, n° de pourvoi : 11-27.410).

Sur le texte de l'article 266 C.C., v. *infra* n° 1299.

cassation fut l'occasion pour elle de clarifier la question relative aux demandes principales et subsidiaires présentées dans le procès, en énonçant que : « *Qu'en statuant ainsi, alors que l'épouse avait formé une demande en paiement de dommages-intérêts à titre principal sur le fondement de l'article 266 du code civil et à titre subsidiaire sur le fondement de l'article 1382 de ce code, de sorte que ces demandes étaient alternatives et non cumulatives, la cour d'appel, qui a méconnu l'objet du litige, a violé le texte susvisé (l'article 4 CPC) ».*

Cet attendu appelle deux observations. La première, c'est que la solution affirmée par la cour de cassation est de *portée générale*, bien que se rapportant aux actions en indemnisation découlant de la dissolution du lien matrimonial, elle a vocation à s'appliquer à toute matière quelle que soit sa nature, chaque fois que le plaideur établit une *hiérarchie* dans sa manière de présenter ses demandes en présentant dans le procès demandes principales et demandes subsidiaires, et, *lie le juge par cette hiérarchie*. Et la seconde, confirme ce qu'on a avancé plus haut ; c'est le fait que la violation de la demande subsidiaire constitue une *méconnaissance de l'objet du litige*¹⁰¹⁵.

519. – Dans cette même optique, il est intéressant de remarquer que les arrêts censurés par la Cour de cassation pour méconnaissance de la demande subsidiaire, l'ont été sous le visa de l'article 4 CPC¹⁰¹⁶, ou de l'article 455 du même Code¹⁰¹⁷, et, le plus souvent, ils l'ont été sous le visa du *premier* de ces textes, plutôt que du second. C'est ce qui confirme encore notre assertion, que la violation de la demande subsidiaire par le juge constitue véritablement une *méconnaissance de l'objet du litige*, et pourrait constituer, dans certains cas, une *violation du principe de la contradiction*.

La lecture de ce texte nous montre qu'il pose des conditions *restrictives* pour l'octroi des dommages et intérêts à celui des deux époux qui a été la victime divorce et qui a pâti le plus des conséquences de celui-ci. Il n'est donc pas possible d'interpréter ce texte de manière extensive. On se demande alors si la responsabilité civile de droit commun, régie par l'article 1382 C.C., qui, dans l'arrêt rapporté, a été invoquée à titre subsidiaire par l'épouse trouverait toujours place à s'appliquer.

Précisons par ailleurs, que l'article 270 C.C. auquel fait renvoi cet article se rapporte à la prestation compensatoire. Sur la prestation compensatoire et le texte de l'article 270 C.C., v. *infra* n° 698.

¹⁰¹⁵ Sur cette question, v. *supra* n°s 510 et 511.

¹⁰¹⁶ V. par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 11 fév. 1998 : Bull. civ. 2, n° 48, p. 30. – Cass. 3^{ème} civ., 8 déc. 1999 : Bull. civ. 3, n° 238, p. 165. – Cass. 3^{ème} civ., 11 mai 2011 précit. : Bull. civ. 3, n° 75 ; JCP G 17 oct. 2011, doct. 1141, n° 16, obs. Y.-M. Serinet ; JCP E n° 24, 16 juin 2011, 1464 ; RLDC 2011. 62, note C. Bléry. – Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2012 précit. : Gaz. Pal. 15 mars 2013, p. 21, n° 122u6, obs. E. Mulon ; RLDC 2013. 65, note C. Bléry.

¹⁰¹⁷ V. par ex. : Cass. soc., 5 mars 1986 précit. : Bull. civ. 5, n° 70, p. 56 ; JCP 1986. 4. 138.

520. – Soulignons encore que traiter la demande subsidiaire en respectant la notion de subsidiarité ainsi que les règles de procédure, notamment celle régissant l’office du juge, implique que le juge soit *obligé* de l’examiner par *le seul fait qu’il a rejeté la demande principale*, sans égard à la question de savoir si celle-ci *aura ou non une influence sur la solution du litige*¹⁰¹⁸. L’office du juge est lié par la demande subsidiaire car celle-ci participe, à l’instar de la demande principale, à la *détermination de l’objet du litige*¹⁰¹⁹.

Après l’examen des violations infligées par les juges du fond à la demande subsidiaire présentée dans le procès, il nous faut à présent examiner quels liens peuvent exister entre la demande subsidiaire et la détermination de l’objet du litige.

Section 3 : La demande subsidiaire et l’objet du litige.

521. – La demande subsidiaire présentée dans le procès, constitue une manifestation très éclatante du fait que le procès *appartient aux parties litigantes*¹⁰²⁰.

Celles-ci en ont le contrôle dans une large mesure, notamment par le biais du recours à la demande subsidiaire.

Ce constat résulte des faits et de l’observation de la pratique judiciaire. Mais il est indispensable de tenter de déterminer la place de la demande subsidiaire au regard des textes, spécialement au regard du texte principal en la matière, celui qui *détermine l’objet du litige*. Il s’agit de l’article 4 CPC. Ce texte dispose que :

« L’objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties.

¹⁰¹⁸ Cass. soc., 5 mars 1986 : Bull. civ. 5, n° 70, p. 56 ; JCP 1986. 4. 138. En l’espèce, une caisse régionale d’assurance maladie a notifié à une société, des majorations de 20 et 30 % de sa cotisation accidents du travail pour n’avoir pas mis en place sur un de ces chantiers les dispositifs de sécurité qu’elle était requise de mettre. La Commission Nationale Technique *a rejeté le recours de la société*, au motif qu’elle n’alléguait pas avoir réalisé la totalité des mesures prescrites. Dans son mémoire, ladite société avait demandé, à titre subsidiaire, pour le cas où les majorations seraient considérées comme justifiées, d’en limiter les effets aux cotisations afférentes au personnel employé sur le chantier litigieux. Pour censurer la décision de la Commission Nationale Technique, la cour de cassation énonce : « *Qu’en s’abstenant de répondre à ces conclusions subsidiaires qui étaient de nature à avoir une influence sur la solution du litige eu égard notamment aux dispositions de l’article 18 de l’arrêté ministériel du 16 septembre 1977, la Commission Nationale Technique n’a pas satisfait aux exigences du texte susvisé* (l’article 455 CPC) ».

La solution de cet arrêt de censure rendu au visa de l’article 455 CPC, doit être *approuvée*. Mais la précision ajoutée à l’attendu principal selon laquelle les conclusions subsidiaires auraient dû être examinées car elles étaient de nature à avoir une influence sur la solution du litige la demande, en *limite considérablement la portée*. Il fallait que l’arrêt se contente d’affirmer que le rejet de la demande principale présentée par la société requérante obligeait la Commission Nationale Technique à examiner la demande subsidiaire présentée par celle-ci.

Précisons par ailleurs que l’arrêté ministériel du 16 septembre 1977, modifié par un arrêté ministériel du 29 décembre 1995, fixe les modalités d’attribution des cotisations supplémentaires pour le régime général d’accidents du travail et de maladies professionnelles.

¹⁰¹⁹ Sur l’influence de la demande subsidiaire sur la détermination de l’objet du litige, v. *infra* n°s 523 et s.

¹⁰²⁰ E. PUTMAN, art. précit., n° 5.

Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant ».

Le droit libanais contient un texte *analogue* à l'article 4 CPC, applicable en droit français. Il s'agit de l'article 365 NCPC lib.¹⁰²¹.

522. – Il nous faut examiner de quelle manière la demande subsidiaire peut influencer la détermination de l'objet du litige.

Si l'on part de l'idée simple que la demande subsidiaire se fonde sur une *prétention*, il faut admettre alors qu'elle *participe à la définition de l'objet du litige*. Dans cette optique, les conceptions des droits français et libanais définissant l'objet du litige à partir des *prétentions respectives des parties*, se trouvent être en *rapport direct* avec la demande subsidiaire.

La demande subsidiaire participe en effet comme toutes les autres catégories de demandes, à fixer les prétentions des parties¹⁰²², et partant, à *déterminer l'objet du litige*. Ainsi, le droit auquel se rapporte la demande subsidiaire *entre dans le débat soumis au juge*¹⁰²³. Nous pensons que la demande subsidiaire aboutit à l'*élargissement* de l'objet du litige, puisque par le recours à celle-ci le plaideur peut *multiplier* les fondements invoqués à l'appui de sa demande en justice.

523. – Mais l'examen de la question ne se limite pas à ceci. Deux questions se posent en effet, spontanément à nous : la première consiste à déterminer si la demande subsidiaire pourrait porter atteinte au principe de l'immutabilité du litige, la seconde consiste à se demander si la demande subsidiaire pourrait être implicite.

Concernant la première de ces questions, rappelons que ce sont les articles 4 CPC et 365 NCPC lib. qui posent le principe de l'immutabilité du litige. A partir de ce constat, il nous apparaît que la réponse à notre question *se trouve ici et nullement ailleurs*. Autrement dit, puisqu'elle contribue elle-même à déterminer l'objet du

¹⁰²¹ Il est donc inutile de reproduire l'article 365 en question, soulignons cependant qu'eu égard aux *constructions différentes* des Codes français et libanais de procédure civile, la place qu'occupe ce texte n'est pas la même dans les Code respectifs. Dans le Code de procédure civile français, cet article se situe sous le chapitre premier du Titre premier dudit Code qui est relatif aux « principes directeurs du procès », ce Titre premier se rapporte lui-même aux « dispositions liminaires ». En revanche, dans le nouveau Code de procédure civile libanais, cet article se situe sous le Titre quatrième dudit Code, qui se rapporte à « l'instance », et plus précisément, sous le chapitre premier de ce Titre qui se rapporte aux « dispositions générales ».

¹⁰²² E. PUTMAN, art. précit., n° 5.

¹⁰²³ Même si ce fut de manière incidente, la jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer cette *solution de bon sens*, v. : Cass. 1^{ère} civ., 4 avr. 2006 : Bull. civ. 1, n° 194, p. 170 ; JCP G n° 18, 3 mai 2006, 4, 2022 ; Lexbase Le Quotidien du 20 avr. 2006, n° Lexbase N7035AKR ; RLDC 2006, n° 28, p. 11, obs. S. Doireau. Dans son attendu, l'arrêt énonce que : « *ayant subsidiairement fondé son action sur*

litige, la demande subsidiaire *échappe au principe de l'immutabilité du litige*¹⁰²⁴. Cette question ne constitue donc qu'un *faux problème*. Mais nous avons jugé utile de la souligner, car *de prime abord* il pourrait nous sembler que la demande subsidiaire risque de porter atteinte au principe de l'immutabilité du litige, car elle se situe à un *niveau inférieur de la hiérarchie* par rapport à la demande principale, qui, elle, en raison de son rang supérieur et *premier* dans la hiérarchie fixée par le demandeur, devrait être examinée en premier par le juge. Et puisque la demande subsidiaire ne sera pas examinée par le juge si la demande principale est *accueillie*¹⁰²⁵, on aura cette impression – trompeuse – que celle-là ne fait pas partie de l'objet du litige. Mais la hiérarchie des demandes ainsi déterminée par le demandeur, ne constitue qu'un *agencement* de sa demande en justice, visant à déployer tout son arsenal de moyens juridiques, et ceci n'affecte en rien le fait que ces demandes hiérarchisées de la sorte *contribuent toutes à déterminer l'objet du litige*.

Quant à la deuxième question, savoir si la demande subsidiaire pourrait être implicite, il faut rappeler que la jurisprudence admet l'existence de la demande implicite ou virtuelle¹⁰²⁶. Mais il nous faudra déterminer si le caractère implicite s'applique *également* à la demande subsidiaire. A première vue, il est permis d'avancer que la demande implicite semble *contenue* dans la demande principale et c'est comme si elle dépendait de celle-ci¹⁰²⁷, ou alors, qu'elle en est la *conséquence nécessaire*¹⁰²⁸. De ce point de vue, il n'est pas possible de faire le rapprochement entre demande implicite et demande subsidiaire. Cette dernière, et tout à l'opposé de la demande implicite, tendrait à allouer au demandeur un résultat *autre* que celui auquel viserait la demande principale. Elle semblerait au contraire, *antinomique* de la demande implicite.

l'enrichissement sans cause, les règles régissant cette action et, notamment, son caractère subsidiaire se trouvaient nécessairement dans le débat ».

¹⁰²⁴ E. PUTMAN, art. précit., n° 8.

¹⁰²⁵ Sur cette question, v. *supra* n°s 479 à 481.

¹⁰²⁶ V. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 20 oct. 1987 : Bull. civ. 1, n° 272, p. 196. Où il a été décidé que la demande d'attribution préférentielle impliquait nécessairement que soit fixé le prix auquel aurait lieu cette attribution.

¹⁰²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 20 oct. 1987 précit. : Bull. civ. 1, n° 272, p. 196.

¹⁰²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 10 juin 1980 : Bull. civ. 1, n° 177. Où il a été décidé que l'appelant reconnu responsable en première instance et qui, en appel, conteste le principe de sa responsabilité, conteste par là même le montant de la réparation pécuniaire mise à sa charge. – Cass. com., 10 nov. 1982 : Bull. civ. 4, n° 346 ; JCP 1983. 4. 33. Dans cet arrêt, il a été décidé qu'en se portant demandeur reconventionnel pour que soit prononcée la résolution d'une convention, le débiteur entend que soit *corrélativement annulée pour défaut de cause* la lettre de change qu'il avait souscrite en exécution de cette convention.

524. – Nous ne pensons pas que la demande subsidiaire puisse être implicite. Bien au contraire, il faut qu'elle soit exprimée en des termes clairs et dénués d'ambiguïté. Et s'il arrive que les juges du fond par une mauvaise interprétation qu'ils font des conclusions d'une partie, estiment que celle-ci a conclu « *subsidiairement, du moins de manière implicite mais non douteuse* », à la résolution de la vente et à l'allocation de dommages et intérêts, alors que cette partie n'a demandé dans ses conclusions que l'exécution de la vente et l'allocation de dommages et intérêts, leur décision encourrait inévitablement la censure *pour dénaturation du sens et de la portée de celles-ci*¹⁰²⁹.

525. – Nous pensons en définitive, que le caractère subsidiaire d'une demande est *incompatible* avec la possibilité qu'elle se présente de manière implicite. Puisqu'elle tend à établir une hiérarchie entre elle et la demande principale, il est nécessaire que la demande subsidiaire soit formulée en des termes clairs et précis de sorte qu'elle puisse valablement *guider* le juge dans son rôle de conduire l'instance et de statuer sur les prétentions des parties.

Après avoir étudié les liens existant entre la demande subsidiaire et l'objet du litige, nous passons dans ce qui suit à l'étude des rapports pouvant exister entre la demande subsidiaire et la voie de l'appel.

Section 4 : La demande subsidiaire et le deuxième degré de juridiction.

526. – Il pourrait paraître *a priori* surprenant de pouvoir établir un lien entre la demande subsidiaire présentée dans le procès, et la voie de l'appel. C'est comme si on avait pu penser à l'éventualité que l'exercice du droit d'appel puisse être influencé ou compromis par le recours à la demande subsidiaire.

527. – Pour que le recours à la demande subsidiaire puisse influencer le droit de faire appel d'une décision de justice, il faut que ce recours à la demande subsidiaire puisse être en rapport direct avec *l'intérêt à interjeter appel*. Ceci d'une part, et d'une autre, pour que le droit de faire appel d'une décision de justice ne soit nullement affecté par le recours à la demande subsidiaire, il faut que ceci n'ait pas pour conséquence *d'introduire des demandes nouvelles en appel*¹⁰³⁰ ; dans un tel cas, la demande subsidiaire serait irrecevable en instance d'appel.

¹⁰²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 13 mars 1963 : Bull. civ. 1, n° 157, p. 137.

¹⁰³⁰ Rappelons que l'article 564 CPC, modifié par le décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009, prohibe d'introduire des demandes nouvelles en appel. Cet article dispose que :

Etudier les liens pouvant exister entre la demande subsidiaire et l'exercice de la voie de l'appel, revient à examiner deux questions principales : la première se rapporte aux liens entre la demande subsidiaire et l'intérêt à interjeter appel (par. 1^{er}), et la seconde à la demande subsidiaire et à la notion de demande nouvelle en appel (par. 2). Seront successivement étudiées l'une et l'autre de ces questions.

Par. 1^{er} : La demande subsidiaire et l'intérêt à interjeter appel.

528. – C'est au regard de l'article 546, al. 1^{er} CPC que devait être examinée la question des liens pouvant exister entre l'intérêt à interjeter appel et la demande subsidiaire dans le procès. Cet article dispose que :

« Le droit d'appel appartient à toute partie qui y a intérêt, si elle n'y a pas renoncé ».

La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer au moins une fois – à notre connaissance – sur cette question. Ce fut dans un arrêt de la deuxième Chambre civile du 9 juillet 1981¹⁰³¹, duquel il résulte que l'accueil par un jugement du bénéfice *des seules conclusions subsidiaires* d'une partie tendant à voir ordonner une mesure d'instruction, et le rejet des fins de non-recevoir opposées, à titre principal, par celle-ci qui est assignée en paiement de dommages et intérêts, la rend *recevable* à interjeter appel contre le jugement litigieux car *celui-ci lui faisait grief*. On se demande quelle portée attribuer à cet arrêt. Faut-il estimer que le seul fait d'accueillir les demandes subsidiaires suffit à ouvrir la voie à l'appel et reconnaître un intérêt à l'appelant ? Ou alors, faut-il considérer que c'est le fait que le jugement faisait grief au demandeur qui a été déterminant dans la reconnaissance à son profit d'un intérêt à interjeter appel ? Nous pensons que c'est cette explication qui devait prévaloir. Il faut adopter comme critère pour la recevabilité de l'appel, l'existence d'un grief à l'encontre du demandeur, une atteinte à ses droits. Autrement dit, que le jugement portât atteinte aux droits du demandeur suffisait à lui donner le droit d'interjeter appel. L'accueil de la seule demande subsidiaire pourrait, selon les cas, fermer la voie de l'appel au demandeur, si son accueil par le jugement permettait de lui octroyer les droits par lui réclamés, et ainsi il *perdrait* l'intérêt – tout intérêt – à interjeter appel. Dans le cas contraire, et si l'accueil de la demande subsidiaire ne permet pas au demandeur

« A peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait ».

d'obtenir les droits qu'il réclame, *ne lui faisant pas perdre l'intérêt, ou tout intérêt, à interjeter appel*, le droit d'exercer cette voie de recours *doit lui être reconnu*.

529. – Cet arrêt doit être – pensons-nous – compris et interprété au regard d'un arrêt de principe *fondamental* en la matière ; il s'agit de l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 18 juin 1969¹⁰³², dans lequel la Cour annonce solennellement, sous le visa – notamment – des « *principes qui régissent l'appel* », que : « *dans les matières qui n'intéressent pas l'ordre public une partie n'est pas admissible à se pourvoir par appel contre une décision préparatoire ou définitive qui lui alloue ses conclusions et ne lui cause aucun préjudice* ».

Cet attendu donne la clé au problème et pose le principe applicable en la matière¹⁰³³ ; il nous permet aussi de comprendre la solution de l'arrêt précité du 9 juillet 1981. C'est par référence à l'idée de *décision faisant grief* que cet arrêt doit être interprété.

530. – En somme, il faut considérer que l'octroi du bénéfice de la demande subsidiaire *ne fait pas perdre aux demandeurs l'intérêt à interjeter appel*, et, partant, *ne les rend pas irrecevables à exercer cette voie de recours*, si la décision leur octroyant le bénéfice de la demande subsidiaire leur fait – quand même et toujours – *grief*.

Ainsi, c'est *plus* dans l'idée de décision faisant grief que dans l'octroi du bénéfice de la demande subsidiaire, que doit être recherché *l'intérêt à exercer cette voie de recours*.

531. – L'intérêt qui s'attache à l'octroi du bénéfice de la demande subsidiaire reste *propre et personnel* à la partie qui a présenté cette demande. Ce fait *n'influe pas* en lui-même sur l'intérêt à interjeter appel et la recevabilité de cette voie de recours qui s'en suit, tel que la loi les définit. C'est dans l'idée de *décision faisant grief* qu'il doit être vérifié si le demandeur qui a obtenu le bénéfice de la demande subsidiaire qu'il a présentée, *conserve toujours l'intérêt à interjeter appel*.

Les liens existant entre l'octroi du bénéfice de la demande subsidiaire et l'intérêt à interjeter appel ayant été examinés, nous passons dans ce qui suit à l'étude

¹⁰³¹ Cass. 2^{ème} civ., 9 juill. 1981 : Bull. civ. 2, n° 155, p. 101.

¹⁰³² Cass. 2^{ème} civ., 18 juin 1969 : Bull. civ. 2, n° 212.

¹⁰³³ L'arrêt de principe du 18 juin 1969 a en effet, créé un courant de jurisprudence ; il a été suivi fidèlement dans les décisions ultérieures, v. par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 19 juin 1980, n° de pourvoi : 79-

des liens pouvant exister entre la demande subsidiaire et la demande nouvelle en appel (par. 2).

Par. 2 : La demande subsidiaire et la demande nouvelle en appel.

532. – La demande subsidiaire présente un intérêt particulier au niveau de l'appel, sous l'angle de la règle de l'interdiction des demandes nouvelles.

Les enjeux qui s'attachent cette question sont *considérables*. Il suffit pour s'en convaincre d'envisager l'éventualité que la demande subsidiaire *ne soit pas considérée comme demande nouvelle en appel*, pour voir que, de cette manière, serait *défiée* la règle interdisant les demandes nouvelles en appel.

533. – Sur ce point, la jurisprudence décide en effet que le fait qu'une demande présentée à titre subsidiaire devant les premiers juges soit présentée à *titre principal* devant la cour d'appel *ne lui confère pas le caractère de demande nouvelle au sens de l'article 564 CPC*¹⁰³⁴. Cette solution est logique et doit être approuvée, car si une demande a été présentée à titre subsidiaire, la présenter en appel à titre principal a seulement pour effet de modifier la *hiérarchie* suivant laquelle la partie au litige a agencé demande principale et demande subsidiaire, et, la hiérarchie suivant laquelle le juge va examiner cette demande. Et ceci, *n'affecte en rien la nature de la demande*, puisque cette demande était déjà entrée dans la *détermination de l'objet du litige devant les premiers juges*.

Ne pas considérer comme nouvelle en appel, une demande présentée à titre subsidiaire devant les premiers juges, puis présentée à *titre principal* devant la cour d'appel, ou, inversement, *est une solution défendable*.

534. – Mais on se demande si le fait qu'une demande n'a pas été présentée devant les premiers juges, et qu'elle est présentée pour la première fois en appel comme demande subsidiaire, *lui confère le caractère de demande nouvelle*. La première réponse qui vient spontanément à l'esprit est *affirmative*. Elle constituerait – logiquement – une demande nouvelle, même si elle a, au surplus, le caractère subsidiaire puisqu'elle n'a pas été soumise aux premiers juges.

10.821 : Bull. civ. 2, n° 144. – Cass. 3^{ème} civ., 18 juin 2009, n° de pourvoi : 08-11.725 (sol. implicite). – Cass. 3^{ème} civ., 8 avr. 2010 : Bull. civ. 3, n° 72.

¹⁰³⁴ CA Versailles, 2 avr. 1993 : D. 1993, IR. 153.

Sur le texte de l'article 564 CPC, v. *supra* note 1030 sous n° 527.

On ne peut cependant pas s'arrêter à une telle analyse, et il faudra examiner cette question par référence au texte qui la régit ; il s'agit de l'article 566 CPC. Ce texte dispose que :

« Les parties peuvent aussi expliciter les prétentions qui étaient virtuellement comprises dans les demandes et défenses soumises au premier juge et ajouter à celles-ci toutes les demandes qui en sont l'accessoire, la conséquence ou le complément ».

De prime abord, nous pouvons voir que l'idée qui pourrait prêter à discussion et soulever des difficultés d'interprétation, c'est l'idée de *virtualité*. Il ne sera pas toujours aisé au juge de pouvoir déterminer si une demande présentée pour la première fois en appel, était virtuellement comprise dans celle qui a été présentée devant les premiers juges.

535. – Il sera en revanche, plus aisé de pouvoir déterminer si une demande est l'accessoire, la conséquence ou le complément d'une demande présentée devant les premiers juges.

Ceci dit, une demande subsidiaire présentée en appel pour la première fois *ne serait pas considérée comme demande nouvelle*, s'il est possible de la considérer comme *virtuellement comprise* dans la demande principale, ou, si elle pouvait valablement être considérée comme l'accessoire, la conséquence ou le complément de la demande principale présentée devant les premiers juges.

536. – Et, en nous référant à ce que nous avons dit jusqu'à présent sur la demande subsidiaire, il est possible d'avancer qu'elle est, *a priori*, *antimonique* de la demande accessoire, et que sa nature *répugne* à ce qu'elle puisse constituer la conséquence ou le complément de la demande principale. Rappelons à cet égard, que par la demande subsidiaire, le plaideur chercherait à obtenir un résultat *autre* que celui qu'assurerait sa demande présentée à titre principal, mais aussi, un résultat *moindre* puisqu'à ses yeux, elle n'est *que subsidiaire*, ne constitue qu'une satisfaction *inférieure*¹⁰³⁵. Vue ainsi, il nous apparaît clairement que la demande subsidiaire *pourrait difficilement* être considérée comme virtuellement comprise dans la demande

¹⁰³⁵ V. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 23 juill. 1979 : Bull. civ. 1, n° 221. Dans cette espèce, un père et une mère dont la fille était morte accidentellement ont recueilli les enfants de celle-ci, leurs quatre petits-enfants mineurs. Ils ont demandé au juge des enfants que les mineurs leur soient confiés, au titre d'une mesure d'assistance éducative. Ce magistrat les ayant déboutés de leur demande, ils ont interjeté appel. La cour d'appel a confirmé la décision du juge des enfants. Les appelants, envisageant – semble-t-il – cette éventualité, avaient présenté devant la cour d'appel une *demande subsidiaire* tendant à ce qu'il leur soit accordé un droit de visite et d'hébergement. La cour a *fait droit à leur demande subsidiaire*, et leur a donc accordé un droit de visite et d'hébergement. Ainsi, faute d'avoir pu obtenir que les mineurs leur soient confiés, au titre d'une mesure d'assistance éducative, les grands-parents se sont ménagés une *solution*

principale ou, qu'elle puisse en constituer l'accessoire, la conséquence ou le complément.

537. – Donc, la seule hypothèse où la demande subsidiaire pourra être présentée en appel sans se heurter à la règle de l'interdiction des demandes nouvelles, c'est lorsqu'elle a été *préalablement* présentée comme demande principale devant les premiers juges et à, *titre subsidiaire* devant la cour d'appel. L'hypothèse inverse où de demande subsidiaire devant les premiers juges, elle se présente comme demande principale devant la cour d'appel, est également parfaitement envisageable. L'essentiel dans ceci, et qui empêche que la demande subsidiaire soit considérée comme nouvelle en appel, c'est le fait *qu'elle a déjà été présentée au niveau du premier degré de juridiction*, même si ce fut *comme demande principale*.

538. – Le plus important demeure que si c'est seulement *l'ordre* de présentation des demandes principales et subsidiaires, ainsi que – bien entendu – les déclinaisons de celles-ci, qui a été modifié devant la cour d'appel, ceci *n'entraînera pas la qualification de ces demandes en demandes nouvelles*.

En droit libanais, une solution analogue devait également s'appliquer puisque le texte qui régit cette question dans le nouveau Code de procédure civile, en l'occurrence l'article 622 NCPC lib. est *hautement comparable* aux articles 563 à 567 CPC applicables en droit français¹⁰³⁶.

Les liens pouvant exister entre la demande subsidiaire et le deuxième degré de juridiction, ayant été étudiés, soulignons qu'il est également possible que la subsidiarité processuelle vienne *toucher* directement l'appel sur un *autre plan*, c'est lorsque des conclusions sont présentées à titre subsidiaire sur le fond du litige devant la cour d'appel et qu'est en cause la nullité de l'acte introductif d'instance. C'est ce qui sera examiné dans ce qui va suivre.

ultime par le recours à une demande subsidiaire. Ils ont pu obtenir un droit de visite et d'hébergement, *faute d'avoir pu obtenir que leurs petits-enfants mineurs leur soient confiés*.

¹⁰³⁶ L'article 622 NCPC lib. en question contient à lui seul les dispositions assemblées des articles 563 à 567 CPC. Une différence fondamentale sépare cependant les dispositions de ces articles et ceux de l'article 622 du droit libanais, cette différence se rapporte à l'office du juge. Selon l'article 564 CPC, le juge pourra relever d'office que les demandes sont nouvelles en appel, alors que le deuxième alinéa de l'article 622 NCPC lib. précité dispose que les demandes nouvelles en appel restent recevables tant que l'intimé n'a pas combattu leur recevabilité. Néanmoins, la question de l'office du juge *n'influe aucunement* sur les éléments qui vont déterminer si une demande subsidiaire sera considérée comme nouvelle en appel ou non. Nous avons quand même pensé utile de l'évoquer de manière passagère.

Section 5 : Les conclusions subsidiaires sur le fond et l'effet dévolutif de l'appel dans le cas de nullité de l'acte introductif d'instance.

539. – Rappelons au préalable qu'il est admis de manière constante en jurisprudence, que l'effet dévolutif de l'appel ne peut jouer si l'assignation en première instance est entachée de nullité ou d'une *grave irrégularité*¹⁰³⁷.

Le lien entre l'application de l'effet dévolutif qui s'attache normalement à l'appel, en vertu de l'article 562, al. 2 CPC, lorsque l'appel est diligenté aux fins d'annulation d'un jugement, et les conclusions présentées sur le fond du litige, est *un lien très étroit* puisqu'il a été reconnu à celles-ci l'effet de *saisir la cour d'appel de l'entier litige*.

En effet, une jurisprudence séculaire décidait que l'effet dévolutif de l'appel jouait pleinement si les parties au procès, ne se prévalant pas de l'irrégularité dont était entachée l'instance devant les premiers juges, *concluaient au fond du litige*¹⁰³⁸. Cette jurisprudence est toujours fidèlement suivie aujourd'hui¹⁰³⁹.

C'est la solution qu'a adoptée la jurisprudence par rapport à l'effet attaché aux conclusions invoquées *à titre principal*¹⁰⁴⁰.

540. – Il nous faut à présent examiner, dans la présente perspective de subsidiarité processuelle, quel effet s'attache aux conclusions qui seraient *présentées à titre subsidiaire*.

¹⁰³⁷ Sur cette question, v. *infra* nos 1084 et s.

¹⁰³⁸ Cass. civ., 17 juin 1873 : S. 1874. .1. 379, note anon. – V. aussi pour une espèce où la juridiction du premier degré était *incompétente* pour connaître du litige : Cass. req., 1^{er} juin 1942 : D.A. 1943. 11. La cour d'Alger saisie de l'appel, décide que : « *Attendu que la juridiction commerciale en première instance eût-elle été incompétente pour connaître de l'affaire, la Cour d'appel, saisie par l'effet dévolutif de l'appel et des conclusions au fond des parties, avait le pouvoir et le devoir de garder la connaissance de l'affaire et de statuer sur elle après les mesures d'instruction utiles ; d'où il suit que fût-elle erronée, l'appréciation de la cour d'appel au sujet de la compétence du tribunal de commerce resterait sans influence sur la régularité de l'arrêt par lequel la Cour a retenu la connaissance du fond du procès* ».

¹⁰³⁹ Cass. 2^{ème} civ., 22 nov. 1984 : Bull. civ. 2, n° 173, p. 121. – V. aussi pour des arrêts de principe : Cass. com., 9 fév. 1988 : D. 1988, jur. 409, note A. Honorat et D. Mas. La Cour énonce que : « (...) *la cour d'appel a énoncé, à juste titre, que si la règle selon laquelle la dévolution du litige s'opère pour le tout lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ne peut jouer lorsque cette annulation est la conséquence de celle de l'acte introductif d'instance, il en va autrement lorsque l'appelant a conclu au fond devant la juridiction du second degré* ». – Cass. 2^{ème} civ., 21 fév. 1990 : Bull. civ. 2, n° 36, p. 21. Sous le visa de l'article 562 CPC, la Cour énonce que : « *Attendu qu'il résulte de ce texte que lorsqu'il a été conclu au fond devant la cour d'appel, la dévolution s'opère pour le tout, même si l'appel tendait à l'annulation de l'acte introductif d'instance* ». – V. aussi : Cass. 2^{ème} civ., 20 oct. 1993 : Bull. civ. 2, n° 288, p. 160. – V. cependant qui, à la différence des arrêts rapportés ci-dessus, mentionne les conclusions présentées au fond *en première instance*, et non pas en appel : Cass. 1^{ère} civ., 19 janv. 1999 : Bull. civ. 1, n° 19, p. 13.

L'article 562 CPC dispose que :

« L'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent

La dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs, lorsqu'il tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible ».

On se demande si la subsidiarité processuelle peut présenter un intérêt sur le plan de l'application de l'effet dévolutif de l'appel dans le cas de *nullité de l'acte introductif d'instance*. Il nous faut donc savoir si les conclusions présentées au fond à titre subsidiaire peuvent être d'un quelconque secours pour les justiciables, si ceci obligerait la cour d'appel à *statuer sur le fond du litige* dans le cas où il s'avèrerait que la nullité de l'acte introductif d'instance n'est pas fondée, et, de cette manière, elle ne se limiterait point à l'annulation du jugement. Autrement dit, conclure au fond du litige à titre subsidiaire suppose que l'appelant *a voulu saisir la cour d'appel du fond du litige* dans le cas et, *uniquement dans le cas*, où sa demande principale d'annulation du jugement *serait rejetée*.

541. – Sur le point de déterminer quel effet donner aux conclusions subsidiaires sur le fond, la jurisprudence a connu deux étapes.

Dans un premier temps, elle décidait que les conclusions, *fussent-elles subsidiaires*, avaient pour effet de *saisir la cour d'appel de l'entier litige*. Dans ce courant de jurisprudence, citons un arrêt de la troisième Chambre civile du 21 mars 1973, dans lequel la Cour énonce dans un attendu de grande clarté, que : « *les juges d'appel, qui ont annulé le jugement comme conséquence de la nullité de l'assignation et de la procédure qui en avait été la suite, étaient en droit, en vertu de la règle de l'évocation, de statuer eux-mêmes sur le fond, dès lors que les parties avaient conclu au fond devant eux que ce fût à titre principal ou à titre subsidiaire* »¹⁰⁴¹.

Puis, c'est dans un arrêt du 27 février 1985¹⁰⁴², que la deuxième Chambre civile est venue censurer un arrêt qui avait annulé l'assignation à comparaître devant le tribunal délivrée à la défenderesse, au motif que la dévolution ne s'est pas opérée dès lors que l'acte introductif d'instance a été déclaré nul à la demande de celle-ci *qui n'a conclu au fond en appel qu'à titre subsidiaire*.

Un courant jurisprudentiel constant a suivi cette orientation ; la Cour de cassation, en ses Chambres commerciale et civile, décidait que les conclusions au

¹⁰⁴⁰ Précisons que les conclusions au fond présentées par les parties *peuvent couvrir l'irrégularité* dont est entachée la procédure en première instance, mais – condition nécessaire – encore faut-il qu'il s'agisse d'un vice qui soit *susceptible d'être couvert*, v. : Cass. soc., 13 nov. 2002, n° de pourvoi : 00-17.176.

¹⁰⁴¹ Cass. 3^{ème} civ., 21 mars 1973 : Bull. civ. 3, n° 215, p. 155. – V. déjà dans le même sens : Cass. 2^{ème} civ., 28 janv. 1970 : Bull. civ. 2, n° 32, p. 22. – Cass. 2^{ème} civ., 24 mai 1971 : Bull. civ. 2, n° 184, p. 131.

¹⁰⁴² Cass. 2^{ème} civ., 27 fév. 1985 : Bull. civ. 2, n° 46, p. 33 ; D. 1985, IR. 262, obs. P. Julien ; RTD civ. 1985. 451, obs. R. Perrot.

fond des parties, *présentées à titre subsidiaire*, avaient pour effet de *saisir la cour d'appel de l'entier litige*¹⁰⁴³.

542. – Cependant, un revirement de jurisprudence s'est produit depuis un peu plus d'une décennie. Et la jurisprudence semble adopter aujourd'hui une position *tout à fait contraire*. Ce revirement s'est manifesté – semble-t-il – dans un arrêt de la deuxième Chambre civile du 25 mai 2000, dans lequel elle a décidé que les conclusions faites sur le fond du litige sont sans portée, *dès lors qu'elles sont subsidiaires*¹⁰⁴⁴.

Ce revirement s'est fait annoncer par un arrêt de la – même – deuxième Chambre civile du 9 décembre 1997¹⁰⁴⁵, dans lequel un défendeur dont la faillite personnelle avait été contradictoirement prononcée par un tribunal de grande instance statuant en matière commerciale, qui s'étant saisi d'office, avait continué à soutenir à titre principal la nullité de la saisine d'office, *tout en concluant subsidiairement au fond*. Prononçant la nullité prétendue, la cour d'appel avait pourtant admis l'effet dévolutif au fond et maintenu la faillite personnelle. Demandeur en cassation, il faisait grief à la cour d'appel d'avoir ainsi retenu la solution jurisprudentielle susmentionnée selon laquelle, en application de l'art. 562 CPC, « *lorsque l'appelant conclut au fond devant la cour, ne serait-ce qu'à titre subsidiaire, la dévolution s'opère pour le tout même si l'appel tendait à l'annulation de l'acte introductif d'instance* ». Mais la Cour de cassation n'a pas suivi ce raisonnement ; le pourvoi est rejeté mais par un « *motif de pur droit, et abstraction faite du motif critiqué* », le rejet par substitution de motifs valant *récusation du motif contesté*¹⁰⁴⁶.

Selon cette solution, les conclusions faites à titre subsidiaire sur le fond, ne *suffisent plus* à fonder l'effet dévolutif au fond si la cour d'appel annule à titre

¹⁰⁴³ V. de manière implicite : Cass. 2^{ème} civ., 26 juin 1985 : Bull. civ. 2, n° 127, p. 85. – V. aussi : Cass. com., 18 avr. 1989 : Bull. civ. 4, n° 110, p. 75 ; JCP 1989. 4. 225 ; RTD civ. 1989. 149, obs. R. Perrot. – Cass. com., 18 juill. 1989 : Bull. civ. 4, n° 221, p. 149. – Cass. com., 6 oct. 1992 : Bull. civ. 4, n° 282, p. 199. — V. un arrêt de principe : Cass. 2^{ème} civ., 13 janv. 1993 : Bull. civ. 2, n° 10, p. 5. La Cour y énonce que : « *Attendu que, lorsqu'il a été conclu au fond, fût-ce à titre subsidiaire, devant la cour d'appel, la dévolution s'opère pour le tout, même si l'appel tend à l'annulation du jugement* ». – Cass. com., 26 mai 1999 : Procédures 2000, comm. n° 29, note R. Perrot ; JurisData n° : 002358.

¹⁰⁴⁴ Cass. 2^{ème} civ., 25 mai 2000 : Bull. civ. 2, n° 87 ; D. 2000. 819, note G. Bolard ; RTD civ. 2000. 633, obs. R. Perrot.

¹⁰⁴⁵ Cass. 2^{ème} civ., 9 déc. 1997 : Bull. civ. 2, n° 303, p. 179 ; D. 1998, jur. 229, note G. Bolard. Soulignons que dans son attendu la Cour ne mentionne pas que les conclusions ont été invoquées à titre subsidiaire, ceci résulte cependant du moyen du pourvoi.

¹⁰⁴⁶ G. BOLARD, note sous l'arrêt rapporté in D. 1998, jur. 229 et les réf. citées.

principal, l'acte introductif d'instance¹⁰⁴⁷. C'est en ceci que l'arrêt du 9 décembre 1997, constitue la préparation du revirement opéré par l'arrêt du 25 mai 2000.

La solution inaugurée par l'arrêt du 25 mai 2000, a été suivie assez fidèlement dans les arrêts ultérieurs¹⁰⁴⁸.

543. – Exposer cependant de cette manière les deux courants de jurisprudence, n'aide point à éclairer le problème. Il faut examiner laquelle des deux solutions fait une application exacte de la subsidiarité appliquée aux demandes en justice qui tendent à l'examen du fond du litige. Autrement dit, la solution nouvelle de la Cour de cassation déniait tout effet aux conclusions au fond des parties qui ont été présentées à titre subsidiaire, respecte-t-elle la volonté des parties dans leur manière d'organiser leurs moyens de défense, ou mieux, respecte-t-elle le mécanisme devant être suivi pour la subsidiarité des conclusions ?

Rappelons la règle applicable en matière de demande subsidiaire et selon laquelle, si le juge accueille la demande principale en nullité de l'acte introductif d'instance, *il ne pourrait examiner la demande subsidiaire*. Le caractère subsidiaire conféré aux conclusions exprime la volonté de l'appelant de s'en tenir à sa demande principale en nullité *si elle est admise*¹⁰⁴⁹, et, corrélativement, son *refus* d'aborder le fond si cette demande, *principale*, est admise¹⁰⁵⁰. Mais on se demande si la spécificité de la matière de l'effet dévolutif de l'appel, ne viendrait pas aussi imprimer à cette solution sa *spécificité*. A supposer que l'acte introductif d'instance ait été annulé au vu des conclusions de l'appelant présentées à *titre principal*, on ne saurait, à plus forte raison, transférer à la cour d'appel l'examen d'un litige qui n'a pas été

¹⁰⁴⁷ G. BOLARD, *ibid.*, 230, 1^{ère} col.

¹⁰⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2001 : Bull. civ. 1, n° 167, p. 109 ; D. 2001, somm. 2715, obs. P. Julien ; RTD civ. 2001. 957, obs. R. Perrot. Cet arrêt se présente comme un arrêt de principe, sous le visa des articles 561 et 562 CPC, la Cour énonce que : « *Attendu que lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement pour irrégularité de la saisine de la juridiction de première instance, la dévolution ne peut s'opérer pour le tout au cas où les conclusions au fond ne sont que subsidiaires et donc sans portée* ». Après l'énoncé de cet attendu de principe, la Cour de cassation reprend les faits de l'espèce qui se présentaient ainsi : deux particuliers avaient constitué entre eux une société civile immobilière, l'un d'eux qui avait obtenu d'une banque un prêt à titre personnel, a été condamné à payer le solde de ce prêt à sa créancière, et, pour garantir le recouvrement de cette créance, celle-ci a pris une inscription hypothécaire sur un immeuble appartenant à la société civile, puis a assigné les deux associés en licitation partage de cet immeuble. Devant la cour d'appel, les appelants ont conclu au fond à *titre subsidiaire*. Celle-ci, après avoir déclaré nuls l'assignation délivrée à l'un des associés et le jugement qui s'en est suivi, a déclaré la banque bien fondée à demander par voie d'action oblique, le partage de l'indivision en application de l'article 815-17 C.C. Après avoir relevé que les appelants n'avaient conclu au fond qu'à titre subsidiaire devant la cour d'appel, la Cour de cassation censure l'arrêt attaqué.

Il peut pourtant être trouvé des arrêts en sens contraire, v. : Cass. soc., 13 nov. 2002 précit., n° de pourvoi : 00-17.176.

¹⁰⁴⁹ R. PERROT, obs. pour Cass. 2^{ème} civ., 27 fév. 1985 in RTD civ. 1985. 451, n° 13.

¹⁰⁵⁰ G. BOLARD, note précit. sous Cass. 2^{ème} civ., 9 déc. 1997 in D. 1998, jur. 231, 1^{ère} col.

valablement et contradictoirement soumis au premier juge. Ce serait *priver* le plaideur d'un *premier* degré de juridiction¹⁰⁵¹.

544. – A partir de ce constat, les conclusions subsidiaires au fond *ne doivent pas recevoir effet lorsque l'acte introductif du procès devant les premiers juges a été annulé*. Décider le contraire, équivaldrait à violer franchement les principes fondamentaux de procédure, principalement, le principe du *double degré de juridiction*¹⁰⁵².

545. – Cette orientation de jurisprudence *devenue désormais constante*, qui fut solidement approuvée¹⁰⁵³, et qui, par ailleurs, est plus respectueuse que celle qui a prévalu antérieurement de la volonté des appelants, devrait être prise en compte par les parties pour qu'elles organisent leur défense de la manière la plus adéquate qui soit. Tenant compte de cette jurisprudence, le défendeur qui a des raisons sérieuses de penser que l'acte introductif d'instance est entaché de nullité et qui souhaite *conserver le bénéfice du double degré de juridiction* ne doit pas de lui-même conclure au fond devant le juge d'appel, *pas même à titre subsidiaire*. La prudence exigera de lui qu'il attende que le juge d'appel lui délivre éventuellement, une injonction de conclure¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵¹ G. BOLARD, *ibid.*, 230, 1^{ère} col. *in fine*.

¹⁰⁵² Il demeure important de souligner que le double degré de juridiction est offert aux plaideurs *sans leur être imposé*, l'appelant peut toujours *renoncer* au débat du premier degré et admettre, par ses conclusions devant la cour, l'effet dévolutif au fond *malgré la nullité de l'acte introductif du procès*. C'est pourquoi les conclusions de l'appelant, présentées sur le fond à titre principal, et, contrairement aux conclusions présentées sur le fond à titre subsidiaire, entraînent l'effet dévolutif au fond, v. : G. BOLARD, note sous Cass. 2^{ème} civ., 25 mai 2000 in D. 2000. 819 et les réf. citées.

Sur le principe du double degré de juridiction, v. aussi *infra* n^{os} 836, 837, 996, 1086, 1145, 1146 et 1151.

¹⁰⁵³ V. par ex. : G. BOLARD, note précit. sous Cass. 2^{ème} civ., 9 déc. 1997 in D. 1998, jur. 230. – V. aussi du même auteur : note précit. sous Cass. 2^{ème} civ., 25 mai 2000 in D. 2000. 819.

¹⁰⁵⁴ La cour d'appel qui n'invite pas les parties à conclure au fond dans le cas de nullité de l'acte introductif d'instance, *encourt inévitablement la censure* pour violation des articles 14, 16 et 562 CPC, v. : Cass. 2^{ème} civ., 13 juill. 2000 : Bull. civ. 2, n^o 121, p. 83 ; D. 2001, jur. 499, note G. Bolard ; Gaz. Pal. 17 oct. 2000, n^o 291, p. 9 ; *ibid.* 17 mars 2001, n^o 76, p. 25, note J. Massip ; LPA 27 août 2001, n^o 170, p. 15, note F. Descorps Declere. En l'espèce, une épouse avait présenté une requête en divorce. Elle avait déposé une requête principale pour faute et subsidiairement pour rupture prolongée de la vie commune. La seconde assignation présentée à titre subsidiaire par elle étant nulle, celle-ci y a renoncé. L'époux appelant faisait grief à la cour d'appel d'avoir déclaré non fondées les exceptions par lui soulevées, aux fins d'annulation de la procédure de première instance et d'avoir prononcé le divorce aux torts partagés. La cour d'appel a confirmé le jugement ayant prononcé le divorce aux torts partagés des conjoints, après avoir énoncé que l'appelant, n'avait pas jugé bon de conclure sur ce point, au moins à titre subsidiaire, bien qu'ayant eu connaissance des conclusions adverses sur le fond du litige, et s'était borné à faire état de l'irrégularité prétendue de la requête initiale et des assignations délivrées à la requête de son épouse. Sous le visa des articles 14, 16 et 562 CPC, la Cour de cassation énonce que : « *Attendu que lorsque l'appelant, qu'il ait ou non comparu ou conclu en première instance, n'a conclu qu'à l'annulation du jugement en raison de l'irrégularité de l'acte introductif d'instance, la cour d'appel, si elle écarte cette nullité, ne peut statuer au fond qu'après que les parties ont été invitées à conclure au fond* ». Ayant énoncé cet attendu, elle censure l'arrêt d'appel après avoir relevé que la cour d'appel « a déduit qu'elle n'était pas tenue d'inviter M. X (l'appelant) à conclure sur le fond du litige et qu'en l'absence de tout moyen de sa part à cet égard, elle ne pouvait que confirmer le jugement entrepris ».

546. – En somme, dénier aux conclusions faites sur le fond du litige, qui sont *présentées à titre subsidiaire*, l'effet de saisir la cour d'appel de l'entier litige dans le cas où l'acte introductif d'instance a été annulé à cause d'une irrégularité grave qui l'atteint, répond à une logique parfaitement défendable et qui est respectueuse des principes fondamentaux de procédure, plus particulièrement du principe du double degré de juridiction, et, de la volonté des concluants.

C'est en parfait respect de la subsidiarité des conclusions, que les juges d'appel *refusent* de reconnaître à celles-ci l'effet de saisir la cour d'appel de l'entier litige dans le cas de l'annulation de l'acte introductif d'instance.

547. – Dans un tel cas, le refus de leur reconnaître tout effet dévolutif, *ne constitue aucunement une violation de celles-ci*, mais bien au contraire, il constitue la manière la plus adéquate de leur donner effet, selon la volonté des concluants, qui ont manifesté, en imprimant *le caractère subsidiaire* à leurs conclusions sur le fond du litige, leur volonté de *s'en tenir à leur demande principale dans le cas où celle-ci est acceptée*.

Nous sommes donc dans un cas de subsidiarité *reconnue sans effet, mais aucunement violée*.

Après l'examen de l'état du droit positif sur la question de l'effet à donner aux conclusions subsidiaires sur le fond du litige présentées devant la cour d'appel, dans le cas de nullité de l'acte introductif d'instance, nous passons, dans ce qui suit à l'examen des liens pouvant exister entre la demande subsidiaire et la loyauté de la demande en justice.

Section 6 : La demande subsidiaire et la loyauté de la demande en justice.

548. – Nous avons déjà parlé de la *légitimité* que doit revêtir la demande subsidiaire, en ce sens qu'il n'est pas possible de demander une chose et son contraire.

Nous avons également évoqué l'obligation pour le juge de traiter en toute *indépendance intellectuelle* les demandes principale et subsidiaire.

Ce que nous allons traiter dans cette section aurait pu être envisagé sous le titre relatif aux violations infligées à la demande subsidiaire ou dans les généralités, mais son *importance est telle* qu'il mérite qu'on lui consacre une section à part. Elle sera relative aux *liens* pouvant exister entre le bien-fondé de la demande et le contenu de la demande subsidiaire.

549. – Une décision récente de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation justifie qu'on s'y arrête et qu'on consacre cette sous-partie à l'étude des rapports de la demande subsidiaire et de la loyauté dans l'exercice des prétentions en justice, et nous incite à nous interroger sur la possibilité qu'aurait le juge de *déduire l'existence d'un aveu* d'une partie à partir du contenu de la demande subsidiaire présentée par celle-ci. S'il le faisait, il inverserait l'ordre des demandes tel qu'il a été déterminé par l'une des parties, et ceci constitue comme nous l'avons déjà dit, *une méconnaissance de l'objet du litige*.

En effet, par un arrêt du 29 mai 2009, l'Assemblée plénière a décidé, « *que ne peuvent constituer un aveu des conclusions par lesquelles, après avoir invoqué la prescription, une partie conteste, à titre subsidiaire, l'existence ou le montant d'une créance* »¹⁰⁵⁵.

Cet arrêt qui se rapporte à une banale affaire de recouvrement d'honoraires¹⁰⁵⁶, statue sur une question inédite et d'une majeure importance, et qui est d'un grand apport quant à la *portée* attachée à la demande subsidiaire.

Il apporte une contribution importante à la connaissance du fonctionnement de la demande subsidiaire qui jusqu'à présent, demeure obscur et mal compris par beaucoup de juges du fond¹⁰⁵⁷.

550. – Il aurait été simple de trouver la solution si l'on partait de l'idée *fondamentale* que le juge est tenu de respecter la *hiérarchie* des demandes telle qu'elle a été déterminée par les parties. Mais les juges sont inévitablement tentés de porter un *jugement de valeur* sur les demandes des parties comprises *dans leur*

¹⁰⁵⁵ Ass. plén., 29 mai 2009 : Bull. ass. plén., n° 6 ; Gaz. Pal. 04 août 2009, n° 216, p. 12, note N. Fricéro ; JCP G n° 29, 13 juill. 2009, 129, note O. Salati ; Procédures, juill. 2009, comm. 223, note R. Perrot ; *ibid.* janv. 2010, alerte 1, n° 5, obs. C. Bléry ; Lexbase heb. éd. Gén. n° 356, juin 2009, n° Lexbase N6691BKZ, obs. E. Vergès. En l'espèce, une société, cliente d'une société civile professionnelle d'avoués, qui contestait le montant des honoraires de celui-ci, avait soutenu à titre principal que la dette était prescrite, et à titre subsidiaire que, de toute manière, le montant de la demande était injustifié au regard de l'intérêt du litige. L'office des avoués, demandeur au paiement, tirait argument de ce que la cliente avait fait valoir, à titre principal, que la demande en paiement était prescrite et, à titre subsidiaire, que la demande était injustifiée pour en déduire un aveu de la cliente de ceux-ci, du non-paiement des sommes réclamées par ce dernier, aveu de nature à justifier la mise à l'écart de la courte prescription biennale prévue par l'ancien article 2273 C.C. en matière d'action en paiement des frais d'avoué. Dans sa version applicable à l'arrêt, cet article qui d'ailleurs résulte d'une loi du 15 mars 1804, se présentait ainsi :

« L'action des avocats, pour le paiement de leurs frais et salaires, se prescrit par deux ans, à compter du jugement des procès ou de la conciliation des parties, ou depuis la révocation desdits avocats. A l'égard des affaires non terminées, ils ne peuvent former de demandes pour leur frais et salaires qui remonteraient à plus de cinq ans ».

¹⁰⁵⁶ Soulignons en effet, que l'article 2273 C.C. est aujourd'hui modifié, il l'a été par une loi n° 2008-561 du 17 juin 2008. La valeur attachée à cet arrêt demeure néanmoins *inchangée*. Il peut en être déduit une série de règles qui resteront valables pour les années à venir ; la plus importante étant l'obligation pesant sur le juge de respecter la *hiérarchie des demandes* fixée dans l'instance par les parties.

¹⁰⁵⁷ V. sur ce point les nombreuses violations infligées à la demande subsidiaire par les juges du fond, *supra* n°s 512 à 518.

globalité, et ceci constituerait une violation de la demande subsidiaire et une méconnaissance de l'objet du litige.

Cette tendance des juges de procéder de cette manière se trouve, *consciemment ou inconsciemment*, dans l'idée de *loyauté procédurale*¹⁰⁵⁸. Il est possible d'avancer qu'ils ont vu dans les demandes principale et subsidiaire présentées par la partie qui était poursuivie en paiement d'honoraires d'avoués, une prétention et *le contraire de celle-ci*, un démenti commis par les défendeurs de leur demande principale *par leur demande subsidiaire*¹⁰⁵⁹.

551. – L'Assemblée plénière vient adopter une position *contraire* en jugeant que la demande subsidiaire qui conteste l'existence ou le montant de ladite créance, *ne pourrait constituer un aveu de l'existence de cette créance*.

La question de l'aveu judiciaire soulevée par l'arrêt du 29 mai 2009 devait être comprise au vu d'un arrêt de principe – précédemment cité – du 11 février 1998, qui énonce que : « *l'aveu exige de la part de son auteur une manifestation non équivoque de sa volonté de reconnaître pour vrai un fait de nature à produire contre lui des conséquences juridiques* »¹⁰⁶⁰.

Si l'on part de la règle susénoncée et si l'on s'attache à respecter le fonctionnement de la demande subsidiaire dans le procès, à savoir la *hiérarchie* qu'elle établit entre les demandes et qui *s'impose* au juge, l'arrêt de l'Assemblée plénière du 29 mai 2009 se trouve parfaitement *justifié et défendable*¹⁰⁶¹.

552. – Ce fameux arrêt de l'Assemblée plénière devrait être également *rapproché* de l'arrêt précité du 11 février 1998. La Cour y précise que, *ne peuvent*

¹⁰⁵⁸ Sur cette orientation nouvelle de jurisprudence, v. : N. FRICÉRO, *La loyauté dans le procès civil*, art. précit., spéc., n° 5. – V. aussi du même auteur : note précit. sous Ass. plén., 29 mai 2009 in Gaz. Pal. 04 août 2009, n° 216, p. 12, spéc. n° 9.

Il est possible que les juges soient en l'occurrence plus spécialement influencé par la théorie de l'« estoppel » ou, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, traduit à la française. Sur l'influence de cette théorie, v. : N. FRICÉRO, *La loyauté dans le procès civil*, art. précit., n°s 18 à 21.

Il demeure important de souligner, que dans l'arrêt rapporté la demande subsidiaire litigieuse, ne pouvait cependant tomber sous le coup de l'« estoppel ».

¹⁰⁵⁹ V. dans la même affaire : Cass. 2^{ème} civ., 21 déc. 2006 : Bull. civ. 2, n° 371, p. 343. Pour censurer l'ordonnance rendue le 12 septembre 2005 par le premier président de la cour d'appel de Paris, dans laquelle il avait déclaré *prescrite* la demande de paiement de la dette faite par la société civile professionnelle d'avoués, la deuxième Chambre civile déduisant des demandes de la société cliente, poursuivie en paiement, un *aveu de l'absence de paiement de cette créance*, elle énonce au visa des articles 2273 et 2275 C.C., dans leur version applicable à l'arrêt, que : « *Qu'en statuant ainsi, alors que dans sa requête du 6 janvier 2005, portant contestation des dépens de l'avoué, la société avait fait valoir à titre subsidiaire que la demande était injustifiée en ce que les dépens avaient été mis à la charge de tiers et en ce que l'évaluation ne semblait pas justifiée au regard de l'intérêt du litige, reconnaissant, par là même, l'absence de paiement de cette créance, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

¹⁰⁶⁰ Cass. 2^{ème} civ., 11 fév. 1998 précit. : Bull. civ. 2, n° 48, p. 30.

¹⁰⁶¹ V. par ex. qui approuve cet arrêt : C. BLÉRY, obs. in Procédures janv. 2010, alerte 1, n° 5. – N. FRICÉRO, note sous l'arrêt rapporté in Gaz. Pal. 4 août 2009, n° 216, p. 12, spéc. n° 9. – O. SALATI, note sous l'arrêt rapporté in JCP G n° 29, 13 juill. 2009, 129.

constituer un aveu extrajudiciaire, des conclusions additionnelles présentées dans une instance en divorce par une épouse, aux termes desquelles, après avoir *dénié toute espèce de faute de sa part*, elle ne sollicitait le prononcé du divorce aux torts partagés qu'à titre « *infiniment subsidiaire* », et seulement dans l'hypothèse où la cour d'appel, « par impossible », viendrait à retenir à son encontre des fautes constitutives de causes de divorce au sens de l'article 242 C.C.

Nous pensons que la solution de cet arrêt constitue le *prélude* à la solution de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 29 mai 2009. L'arrêt d'appel a été en l'espèce *censuré*, pour avoir retenu, pour accueillir la demande en divorce du mari et prononcer le divorce des époux à leurs torts partagés, qu'en sollicitant par des conclusions infiniment subsidiaires, le prononcé du divorce aux torts partagés, *l'épouse avait admis la réalité des griefs qui étaient allégués à son encontre et notamment celui d'avoir une relation extraconjugale*¹⁰⁶². Ce faisant l'arrêt cassé a, *indûment*, déduit l'existence d'un aveu de la part de l'épouse à *partir du fondement des conclusions subsidiaires qu'elle avait présentées*.

553. – En somme, les parties devaient rester *libres* d'user de la demande subsidiaire dans le procès *sans courir le risque d'être pénalisées*. La Cour de cassation les y a d'ailleurs invitées et encouragées, voire *obligées*, en posant le principe de « concentration des moyens », qui incite demandeurs et défendeurs à présenter en même temps *tous les fondements possibles de leurs demandes*.

La doctrine de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 29 mai 2009, consacrant le principe de « la hiérarchie des moyens », devait les *protéger contre tout risque sur ce point*.

554. – Ce qui a été exposé et analysé plus haut concerne la demande subsidiaire telle qu'elle s'applique dans le *droit commun de la procédure civile*, c'est-à-dire aux matières du droit privé *dans leur généralité*. Il existe cependant des cas spécifiques pour lesquels les règles générales sur la demande subsidiaire *cessent d'être applicables*. Il convient alors d'examiner dans le deuxième chapitre qui suit, la subsidiarité processuelle *lorsqu'elle est appliquée à des matières spéciales*. Il en est ainsi lorsque le législateur intervient pour *réglementer* la demande subsidiaire, ce qui sera examiné dans ce qui suit.

¹⁰⁶² Il est très important de souligner, que l'arrêt attaqué avait déjà écarté comme « non péremptoire » une attestation selon laquelle l'épouse aurait entretenu une liaison. Ce qui constituait une *contradiction flagrante* commise par les juges du fond dans la conduite de l'instance.

Chapitre 2 : La réglementation de la demande subsidiaire par le législateur.

555. – Il nous faut rappeler que le principe demeure la liberté donnée aux plaideurs de recourir à la demande subsidiaire de la manière qu'ils trouvent convenable à leurs intérêts¹⁰⁶³.

556. – La liberté de principe d'user de la demande subsidiaire dans le procès cesse cependant devant les dérogations qu'elle subit. Ces dérogations peuvent aller des plus graves, telles la *prohibition pure et simple*, vers les moins graves, telles la détermination du fondement de la demande tout en permettant sa recevabilité.

Nous examinerons en premier la plus grave de ces dérogations qu'est la prohibition (section 1^{ère}), pour par la suite passer à l'examen des moins graves que sont l'exigence de la subsidiarité de la demande (section 2) et la définition impérative du fondement de la demande subsidiaire (section 3).

Section 1^{ère} : La prohibition de la subsidiarité de la demande.

557. – Il est significatif de voir, que le Code de procédure civile français mentionne la subsidiarité de la demande dans *un seul de ses articles*, l'article 1077.

Cet article fut modifié par le décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005. Son alinéa premier qui seul nous intéresse dans la présente optique, se présente aujourd'hui ainsi :

« La demande ne peut être fondée que sur un seul des cas prévus à l'article 229 du code civil. Toute demande formée à titre subsidiaire sur un autre cas est irrecevable ».

Comme nous pouvons le voir, cet article édicte une *prohibition pure et simple* d'user de la demande subsidiaire. Celle-ci sera *inévitablement* déclarée irrecevable ; ce texte ne laisse au juge aucun pouvoir d'appréciation sur ce point. Il doit déclarer la demande subsidiaire irrecevable, sous peine de violer la loi.

Nous pouvons voir que le Code de procédure civile français, et à la différence du nouveau Code de procédure civile libanais¹⁰⁶⁴, n'évoque la demande subsidiaire que pour édicter sa *prohibition*.

¹⁰⁶³ Pour une affirmation implicite mais claire de ce principe, v. : Cass. 2^{ème} civ., 11 janv. 1995 : Bull. civ. 2, n° 15, p. 9.

¹⁰⁶⁴ Sur les directives que le législateur libanais donne aux justiciables pour l'usage de la demande subsidiaire, v. *supra* nos 496 et 497.

L'article 1077 CPC se rapporte à l'introduction d'une demande en divorce¹⁰⁶⁵. Il fait un renvoi à l'article 229 C.C., texte qui énumère de manière *limitative* les causes du divorce¹⁰⁶⁶. Le législateur a voulu régir de *manière impérative* les causes du divorce, c'est pour cette raison qu'il a prohibé que puisse être présentée une autre cause à l'appui d'une demande principale en divorce, *fût-ce par le biais d'une demande subsidiaire*. La demande en divorce doit être présentée de manière *absolument exclusive*.

558. – Cette analyse ne nous aide cependant qu'à comprendre un aspect des choses. Et pour comprendre encore mieux les raisons de la prohibition de la demande subsidiaire par l'article 1077 CPC, nous pensons qu'il serait utile sur ce point de revenir à la version ancienne de cet article. Dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur du décret précité du 29 octobre 2004, l'alinéa premier de cet article, qui seul nous intéresse dans la présente optique, se présentait ainsi :

« En cours d'instance, il ne peut être substitué à une demande fondée sur un des cas de divorce définis à l'article 229 du Code civil, une demande fondée sur un autre cas ».

L'alinéa premier de cet article prohibait dans son ancienne version, la *substitution* d'un des cas de divorce, qui sont limitativement définis à l'article 229 C.C., par un autre. Ce qui veut dire que le demandeur en divorce devrait dès l'introduction de l'instance choisir avec *soin et prudence le fondement de sa demande en divorce*. L'ancien alinéa premier de l'article 1077 CPC, l'obligeait à le faire.

559. – La prohibition de toute substitution s'explique logiquement – pensons-nous –, par la *nature* de la matière qu'est le divorce, et par sa *spécificité*. Nous sommes dans le domaine extrapatrimonial, dans le domaine des « personnes », et cette considération fait que les actions relatives aux personnes, spécialement l'action en divorce manifestent un *respect particulier* de la personne, prise dans *sa dimension philosophique*. De plus, et surtout, si le demandeur cherche à substituer une demande

¹⁰⁶⁵ Situons cet article dans le Code de procédure civile. L'article 1077 se situe dans le Livre troisième de ce Code qui est relatif aux « dispositions particulières à certaines matières », plus particulièrement, sous le Titre premier qui est relatif aux « personnes », et plus particulièrement, sous le chapitre cinquième de ce Titre premier qui est relatif à « la procédure en matière familiale ». Plus précisément encore, cet article se situe sous la sous-section première de la section deuxième de ce chapitre cinquième, qui est relative aux « dispositions générales ». La section qui l'abrite est elle-même relative au divorce et à la séparation de corps. Cet article est enfin contenu dans le paragraphe premier de cette sous-section, qui se rapporte aux « demandes ».

¹⁰⁶⁶ Reproduisons dans ce qui suit, les dispositions de l'article 229 C.C. Ce texte se présente ainsi :

Le divorce peut être prononcé en cas :

- soit de consentement mutuel ;
- soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ;
- soit d'altération définitive du lien conjugal ;
- soit de faute.

à une autre, c'est qu'il *n'est pas sûr de son fait*. Ce qui laisse planer des doutes sur la *légitimité* de sa demande en divorce. Le législateur a fermé la voie à de telles pratiques, en *prohibant purement et simplement* la faculté de substituer une demande à une autre.

560. – Nous pensons cependant, que la prohibition de substituer une cause de divorce par une autre *n'a pas pu valablement servir* à atteindre les objectifs de bonne administration de la justice et de *légitimité* de la demande en divorce, recherchés par le législateur. Et puisque *seule* la substitution en cours d'instance d'une demande de divorce par une autre était prohibée, ceci laissait la voie libre devant les demandeurs en divorce de présenter une ou des demandes subsidiaires avec leur demande en divorce présentée à titre principal, étant donné – bien entendu – et en vertu des principes généraux, que si elle n'est pas expressément interdite, *la pratique de la demande subsidiaire demeure toujours permise*. Les demandeurs recourraient ainsi à la demande subsidiaire pour *esquiver* la prohibition de substitution d'une cause de divorce par une autre en cours d'instance¹⁰⁶⁷. Et c'est, il est vrai, une manière intelligente de contourner l'interdiction légale puisque la demande présentée à titre subsidiaire présente pour les demandeurs des avantages *sensiblement comparables* à ce que pourrait leur offrir la faculté de substituer une demande à une autre. Les deux procédés de demande subsidiaire et de substitution d'une demande par une autre, permettent en effet aux demandeurs d'*augmenter leurs chances d'obtenir gain de cause*¹⁰⁶⁸, c'est seulement *la technique qui diffère*. Mais, malgré l'ingéniosité de ce procédé, les juges du fond ne se laissaient pas prendre au piège de l'habileté des praticiens, et ne manquaient pas de déclarer *irrecevable* la demande subsidiaire présentée avec une demande *principale* en divorce. Ils ont été approuvés par la Cour de cassation qui énonce que : « *Mais attendu, que l'article 1077 CPC interdit toute substitution en cours d'instance à une demande fondée sur un des cas de divorce défini à l'article 229 C.C., une demande fondée sur un autre cas, fût-ce par le biais d'une demande subsidiaire formée lors de l'introduction de l'instance* »¹⁰⁶⁹. Cet attendu de principe de portée générale traduit la volonté de la Cour de cassation de *réprimer* les tentatives de contournement de la loi par les demandeurs par le biais du recours à la demande subsidiaire et de *faire prévaloir l'esprit de la loi sur sa lettre*.

¹⁰⁶⁷ V. par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 22 nov. 1995, n° de pourvoi : 93-18.268.

¹⁰⁶⁸ Sur ce point, v. *supra* n^{os} 479 à 482.

¹⁰⁶⁹ Cass. 2^{ème} civ., 22 nov. 1995 précit., n° de pourvoi : 93-18.268.

561. – C'est la raison, puisée dans la pratique judiciaire, que nous pouvons avancer comme explication de la modification entreprise par le législateur en octobre 2004, du texte de l'ancien article 1077 CPC, de sorte à ce qu'il *interdise* désormais que puisse être présentée avec la demande introduisant l'instance en divorce, une ou des demandes subsidiaires *fondées sur d'autres causes de divorce*. Le législateur a cru nécessaire, pour interdire de telles pratiques, de *prohiber* la demande subsidiaire présentée avec la demande principale introduisant une instance en divorce. Ce qui a été dit plus haut sur le *devoir imposé au demandeur* de choisir, avec soin et prudence, la cause de sa demande en divorce, se vérifie également avec la version nouvelle de l'article 1077 précité. Le demandeur se doit de choisir, comme le texte l'indique clairement, *un seul cas de divorce* parmi ceux que définit l'article 229 C.C.

Ayant constaté que la prohibition de substitution de demande ne constituait pas un rempart assez solide contre les pratiques répréhensibles des demandeurs en divorce, le législateur est venu *interdire* la demande subsidiaire et a maintenu de manière générale l'interdiction de substitution de demande à l'exception d'une *minorité de questions strictement définies*.

Ainsi la faculté de substituer une demande à une autre, a été maintenue de *manière limitée* par le législateur au deuxième alinéa de l'article 1077 en question. Cet alinéa dispose que :

« Hormis les cas prévus aux articles 247 à 247-2 du code civil, il ne peut, en cours d'instance, être substitué à une demande fondée sur un des cas de divorce définis à l'article 229 du code civil une demande fondée sur un autre cas »¹⁰⁷⁰.

L'article 247-2 C.C. est le seul qui nous intéresse dans la présente perspective de prohibition de la demande subsidiaire, il se rapporte à l'éventualité d'une demande reconventionnelle de divorce pour faute, présentée par le défendeur dans le cadre d'une instance introduite pour altération définitive du lien conjugal. Cet article dispose que :

« Si, dans le cadre d'une instance introduite pour altération définitive du lien conjugal, le défendeur demande reconventionnellement le divorce pour faute, le demandeur peut invoquer les fautes de son conjoint pour modifier le fondement de sa demande ».

¹⁰⁷⁰ Les articles 247 et 247-1 C.C. concernent les accords auxquels les époux parviennent à conclure pendant le déroulement de la procédure de divorce, et qui, respectivement, peuvent concerner le divorce par consentement mutuel, et, le divorce pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute. Le principe demeure donc, hormis ces cas strictement réglementés, la *prohibition* de toute substitution de demande.

562. – La faculté est donnée par ce texte pour le demandeur de *modifier* le fondement de sa demande en divorce dans le cas où le défendeur à l'instance en divorce fait une demande reconventionnelle fondée sur la faute. Le législateur a donné au demandeur en divorce une *prérogative très importante* pour combattre les prétentions de son adversaire. On se demande de quelle manière devait être interprétée la faculté de « modification » visée dans le texte.

La Cour de cassation a, heureusement, eu l'occasion de clarifier cette question. C'est en effet dans un arrêt très remarqué du 11 septembre 2013, que sa première Chambre civile affirme que la demande présentée par le demandeur par application de l'article 247-2 C.C. et dans laquelle il modifie les fondements de sa demande – initiale – en divorce, *ne peut être regardée comme une demande formée à titre subsidiaire au sens de l'article 1077, al. 1^{er} CPC*¹⁰⁷¹. La solution est *irréprochable* et ne peut être qu'approuvée, car, du point de vue technique, la faculté donnée au demandeur par l'article 247-2 en question est différente techniquement de la demande subsidiaire ; c'est une *faveur* accordée au demandeur pour qu'il puisse assurer sa défense face au défendeur qui à son tour, prend la défensive et, par une demande reconventionnelle, invoque le divorce pour faute. Décider que la demande formée par le demandeur en modifiant les fondements de sa demande initiale constitue une demande subsidiaire, serait illogique et incohérent car ceci aboutirait à *priver l'article 247-2 C.C. de toute efficacité*, alors que le législateur l'a voulu comme moyen pour le demandeur *d'assurer sa défense*.

A côté de la prohibition de la demande subsidiaire, il y aussi les hypothèses où, *au contraire*, la subsidiarité de la demande est *imposée*. C'est ce que nous examinerons dans ce qui va suivre.

¹⁰⁷¹ Cass. 1^{ère} civ., 11 sept. 2013 : AJ fam. 2013. 633, note S. David ; JCP G n° 44, 28 oct. 2013, 1130, note S. Thouret ; LPA 15 oct. 2013, n° 206, p. 20, note J. Massip ; RTD civ. 2013. 824, obs. J. Hauser. En l'espèce, des époux étaient en instance de divorce. Le mari a formé une demande initiale en divorce pour altération définitive du lien conjugal alors que son épouse a formé une demande reconventionnelle en divorce aux torts exclusifs de celui-ci. Le mari a alors invoqué les fautes de son épouse et sollicité un divorce aux torts partagés. Le juge aux affaires familiales a finalement prononcé le divorce aux torts exclusifs de l'époux. La cour d'appel a rejeté la demande en divorce aux torts partagés du mari considérant que celui-ci n'a pas modifié le fondement de sa demande initiale en divorce pour altération définitive du lien conjugal et qu'en application de l'article 1077, al. 1^{er} CPC, toute demande en divorce fondée, à titre subsidiaire, sur un autre cas, en l'espèce pour faute, est irrecevable. L'arrêt est cassé par la Cour de cassation qui considère que l'article 247-2 C.C. ne contraint pas le demandeur à renoncer à sa demande principale en divorce pour altération du lien conjugal, pour le cas où la demande reconventionnelle serait rejetée « *de sorte que la demande de l'époux tendant au prononcé du divorce aux torts partagés ne pouvait être regardée comme une demande formée à titre subsidiaire au sens de l'article 1077, al. 1^{er} du Code de procédure civile* ».

V. déjà un arrêt de juges du fond qui se prononce avec clarté et en termes généraux, duquel il résulte une affirmation seulement implicite mais *certaine*, de la solution de l'arrêt précité du 11 septembre 2013 : CA Lyon, 5 sept. 2011, n° de RG : 10/04397.

Section 2 : L'exigence de la subsidiarité de la demande.

563. – Il arrive que le législateur impose la forme subsidiaire à une demande, et ceci eu égard à sa nature. De tels cas, bien qu'ils soient assez rares, n'en existent pas moins.

Une illustration de ces cas existe en droit libanais. Il s'agit de la subsidiarité *imposée* à la demande tendant au rejet de l'action en la forme, à son irrecevabilité ou à la nullité de l'instance.

C'est l'article 66 NCPC lib. qui édicte cette subsidiarité imposée. Ce texte dispose que :

« Le défendeur qui invoque un moyen qui aboutit au rejet de l'action en la forme, à son irrecevabilité ou à la nullité de l'instance doit présenter sa demande ou défense à titre subsidiaire ».

L'article 66 NCPC lib. est un texte de portée *générale* ; il se situe dans le chapitre premier du Titre premier lui-même situé dans le Livre premier du nouveau Code de procédure civile libanais. Le chapitre premier en question se rapporte aux « dispositions générales », le Titre premier se rapporte quant à lui, à « l'action en justice », alors que Livre premier se rapporte à la « Procédure ». La subsidiarité imposée à la demande revêt de ce fait *une plus grande importance*.

564. – Mais il faut s'interroger sur les raisons de cette disposition. La raison la plus plausible qu'on peut avancer à cette règle, c'est la volonté du législateur de donner *la primauté* à l'examen au fond du litige. La nullité des actes de procédure ne se situe qu'à un *niveau inférieur de la hiérarchie* par rapport au débat du litige quant au fond.

Il ne semble pas qu'il existe en droit français *un texte comparable* à l'article 66 en question. Il serait quand même intéressant de comparer cet article à l'article du Code de procédure civile français qui régit la – même – matière de nullité des actes de procédure. Il s'agit de l'article 113 CPC. Cet article dispose que :

« Tous les moyens de nullité contre des actes de procédure déjà faits doivent être invoqués simultanément à peine l'irrecevabilité de ceux qui ne l'auraient pas été ».

Comme nous pouvons le voir, cet article édicte à l'égard de la partie qui veut invoquer une cause de nullité d'un acte de procédure, l'obligation d'invoquer tous les moyens de nullité de manière *simultanée*¹⁰⁷². L'omission de le faire de manière simultanée, entraîne une *sanction péremptoire* qui est celle de l'irrecevabilité des

moyens invoqués de manière tardive. On est loin des dispositions de l'article 66 précité, mais on se demande lequel des deux articles assure la meilleure efficacité à la marche du procès.

565. – Nous pensons que le législateur libanais a imposé la subsidiarité à la demande tendant au rejet de l'action en la forme, à son irrecevabilité ou à la nullité de l'instance, dans un souci de *préserver les droits de la partie* qui fait cette demande. Il faut pour ceci supposer que la nullité des actes de procédure a été invoquée à *titre principal* par une partie et que celle-ci n'a pas eu la prudence d'invoquer à titre subsidiaire des *moyens de défense au fond*. Dans ce cas si sa demande principale est rejetée, elle perd la chance de faire valoir dans l'instance en cours ses droits au fond du litige. Le législateur est venu prévenir l'imprévoyance des parties sur ce point, en leur *ôtant* tout choix dans leur manière de présenter leurs demandes et en leur imposant que les moyens fondés sur la nullité des actes de procédure soient invoqués *impérativement à titre subsidiaire*. Cette règle ainsi posée par l'article 66 NCPC lib. précité, doit être saluée.

Après avoir examiné l'hypothèse où le rang subsidiaire est imposé à une demande eu égard à sa nature, il convient dans ce qui suit d'examiner un autre procédé adopté par le législateur pour régler la demande subsidiaire, c'est lorsqu'il définit de manière impérative le fondement de la demande subsidiaire.

Section 3 : La définition impérative du fondement de la demande subsidiaire.

566. – Nous avons déjà signalé qu'il n'est pas possible de demander une chose et son contraire¹⁰⁷², qu'il n'est pas possible que les contenus respectifs des demandes, principale et subsidiaire, soient tout à fait contradictoires.

Dans la pratique, il arrive cependant que les plaideurs voulant à tout prix obtenir gain de cause et usant à *l'extrême* de la liberté, de principe, dont ils disposent, n'hésitent pas à recourir à la demande subsidiaire pour appuyer une prétention, qui contredit *directement et franchement*, leur demande invoquée à titre principal.

567. – Devant cette réalité, le législateur est intervenu pour mettre un terme à cette liberté et définir de manière *impérative* le contenu de la demande subsidiaire

¹⁰⁷² Cass. soc., 25 mai 1977 : Bull. civ. 5, n° 348, p. 275.

¹⁰⁷³ V. *supra* n° 490.

lorsque la nature de la matière et les intérêts qui sont en jeu *ne permettent pas que cette liberté soit exercée*.

Une illustration exemplaire d'une telle hypothèse se présente dans le droit des procédures collectives, matière aux nombreux enjeux et intérêts et qui *exerce une influence certaine sur la vie économique*.

568. – En plus de la détermination du contenu de la demande subsidiaire, le droit des procédures collectives recourt à un autre procédé qui *complète* celui-là et *en renforce l'efficacité*, c'est celui d'imposer que certaines demandes soient, *eu égard à leur objet*, présentées de manière *exclusive*.

L'illustration nous est fournie par l'article R. 631-2 C. com., il est alors utile d'en reproduire les dispositions dans ce qui suit :

« L'assignation d'un créancier précise la nature et le montant de la créance et contient tout élément de preuve de nature à caractériser la cessation des paiements du débiteur. (...).

La demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire est à peine d'irrecevabilité, qui doit être soulevée d'office, exclusive de toute autre demande, à l'exception d'une demande d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire formée à titre subsidiaire ».

Cet article qui se rapporte à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, constitue la *reprise actuelle* de l'article 7 de l'ancien décret du 27 décembre 1985 qui fut abrogé par le décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006. Ledit article 7 déclarait, à peine d'irrecevabilité relevée d'office, la demande d'ouverture d'un redressement judiciaire *exclusive de toute autre*. L'ancien décret du 27 décembre 1985 était en effet venu interdire la pratique autrefois courante de l'assignation en paiement et à défaut en ouverture de procédure collective¹⁰⁷⁴.

569. – Cet article appelle deux observations. La première c'est la tolérance faite à la demande subsidiaire par *dérogation* à une demande exigée comme exclusive ; après avoir posé que la demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire devrait être présentée de *manière exclusive*¹⁰⁷⁵, cet article

¹⁰⁷⁴ V. : E. PUTMAN, art. précit., n° 8 et les réf. citées.

¹⁰⁷⁵ Soulignons ici que le législateur a, dans le but d'assurer l'efficacité de l'exclusivité ainsi imposée à la demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, donné au juge le *pouvoir de soulever d'office l'irrecevabilité de la demande qui ne serait pas présentée à titre exclusif*. Il a de cette manière, retiré aux parties le pouvoir de diriger l'instance sur ce point. Il est vrai que la matière des procédures collectives intéresse à un tel point de nombreux intérêts ainsi que la vie économique, pour que le législateur a cru indispensable de nier aux parties le pouvoir de diriger l'instance. Celle-ci n'est plus dans ce cas leur chose.

admet toutefois une *exception* à cette exclusivité et cette exception est concédée à la *demande subsidiaire* dont le fondement est, quant à lui, *défini de manière impérative* : il faut que la demande subsidiaire se rapporte à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire du créancier. La demande subsidiaire est donc *tolérée* dans ce cas, mais elle doit obéir cependant à une *restriction*, il faut que son fondement se rapporte à une matière bien déterminée, qui, en l'occurrence, est la liquidation judiciaire, et *nullement à toute autre demande, et ceci sous peine d'irrecevabilité*¹⁰⁷⁶. La deuxième observation se rapporte à la *teneur* respective des demandes, principale et subsidiaire. En effet, les fondements respectifs de ces demandes sont de *nature assez proche*, puisqu'ils se rapportent tous les deux au droit des entreprises en difficulté. La demande principale se rapporte au redressement judiciaire du débiteur, alors que la demande subsidiaire se rapporte à la liquidation judiciaire de celui-ci. Il *n'y a pas d'incompatibilité* entre les deux demandes qui sont en cause.

570. – Donc, les atteintes à la liberté des demandeurs dans ce domaine sont de deux ordres. Le premier, c'est l'exigence d'exclusivité de la demande. Le second, et qui vient *renforcer* cette exigence d'exclusivité, c'est la détermination de manière stricte du fondement de la demande subsidiaire dont la recevabilité est en l'occurrence *tolérée*.

571. – Le Code de commerce contient un autre texte dont les dispositions sont comparables à ceux de l'article R. 631-2 C. com. précité ; il s'agit de l'article R. 640-1 C., plus précisément son deuxième alinéa¹⁰⁷⁷. A la différence de l'article R. 631-2 C. com., cet article se rapporte à la demande, *principale*, d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. A l'instar de ce qu'a posé le législateur à l'article R. 631-2, cette demande doit être présentée à *l'exclusivité de toute autre demande*, et ceci à peine d'irrecevabilité qui doit être soulevée d'office¹⁰⁷⁸. Ici aussi, la demande subsidiaire est tolérée. Et puisque la demande principale se rapporte à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, la demande subsidiaire devrait quant à elle,

¹⁰⁷⁶ Il est vrai que le texte n'édicte pas la sanction d'irrecevabilité à l'encontre de la demande subsidiaire en question, mais il est possible d'avancer que telle sera la sanction de la demande subsidiaire qui ne suivrait pas les prescriptions du texte. Cette interprétation est permise eu égard à l'esprit qui anime l'article R. 631-2 C. com. en question.

¹⁰⁷⁷ Le deuxième alinéa de l'article R. 640-1 C. dispose en effet que :
« La demande d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire présentée par un créancier est à peine d'irrecevabilité, qui doit être soulevée d'office, exclusive de toute autre demande, à l'exception d'une demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire formée à titre subsidiaire ».

et par application de *la même logique qui anime l'article R. 631-2 C. com. précité*, se rapporter à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

572. – Il demeure important de souligner que les demandes subsidiaires permises par les articles R. 631-2 et R. 640-1 C. com., constituent une *faculté* pour les demandeurs, en ce sens qu'ils demeurent *libres* de présenter ces demandes et qu'ils n'ont nullement l'obligation de le faire¹⁰⁷⁹. C'est une *permission* accordée par le législateur aux demandeurs pour qu'ils puissent présenter de telles demandes.

573. – Les dispositions législatives telles que celles contenues dans les articles R. 631-2 et R. 640-1 en question, sont *ponctuelles* dans le Code de commerce. Il n'est pas possible d'en trouver d'autres qui leur sont analogues ; car ces dispositions sont *restrictives* de la liberté des demandeurs et doivent demeurer *limitées*¹⁰⁸⁰. Le principe demeure la liberté des demandes en justice et ce principe cesse de s'appliquer lorsque des raisons impératives *exigent qu'il cesse de s'appliquer*, et seulement en vertu d'une disposition expresse de la loi.

574. – Par les dispositions précitées, le législateur est venu, dans la matière des procédures collectives, mettre un terme aux pratiques condamnables des

¹⁰⁷⁸ La sanction d'irrecevabilité qui doit être soulevée d'office, est la même que celle qui est édictée à l'article R. 631-2 C. com. précité, et ceci est – bien entendu – pour *les mêmes raisons*.

¹⁰⁷⁹ Un raisonnement logique nous a conduits à ce constat. Mais ceci peut être également déduit des dispositions des articles R. 631-11 et R. 641-5 C. com. qui se rapportent respectivement, à l'ouverture des procédures de redressement et de la liquidation judiciaires. Il s'agit plus précisément des deuxièmes alinéas des articles en question, articles d'ailleurs *comparables*. Les deuxièmes alinéas des articles en question, disposent respectivement que :

« A défaut d'avoir été saisi d'une demande aux fins d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, formée à titre subsidiaire dans l'acte introductif d'instance ou à l'audience en présence du débiteur ou de son représentant, et si le tribunal estime devoir se saisir d'office en vue de l'ouverture d'une telle procédure, il est fait application des dispositions de l'article R. 631-3 ».

« A défaut d'avoir été saisi d'une demande aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, formée à titre subsidiaire dans l'acte introductif d'instance ou à l'audience en présence du débiteur ou de son représentant et si le tribunal estime devoir se saisir d'office en vue de l'ouverture d'une telle procédure, il est fait application des dispositions de l'article R. 631-3 ».

C'est le début de ces deux alinéas commençant par l'expression « à défaut de » qui nous indique que la demande subsidiaire, définie dans les articles R. 631-11 et R. 641-5 susmentionnés, ne constitue *qu'une faculté* pour les demandeurs.

Ces articles sont le complément logique des articles R. 631-2 et R. 640-1 en question.

¹⁰⁸⁰ Soulignons par ailleurs que les dispositions de ces articles sont d'*interprétation stricte*, en ce sens qu'elles ne peuvent recevoir application par rapport à des hypothèses qu'ils n'ont pas prévu expressément. La jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer ceci, notamment, en ce qui concerne l'article R. 631-2 C. com. V. : Cass. com., 9 juill. 2013, n° de pourvoi : 11-14.629. La Cour énonce : « *Mais attendu que la règle posée par les dispositions de l'article R. 631-2 C. com., dans leur rédaction applicable en la cause, suivant lesquelles la demande d'ouverture du redressement judiciaire est, à peine d'irrecevabilité qui doit être prononcée d'office, exclusive de toute autre demande, ne s'applique qu'à la demande d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires ; qu'ayant constaté que l'instance objet de la présent litige tendait exclusivement à la demande d'extension de la procédure de liquidation judiciaire de la société à son gérant, la cour d'appel en a exactement déduit que cette demande était recevable (...)* ».

demandeurs, qui, dans leurs demandes, principale et subsidiaire, demandaient respectivement une chose et *son contraire*¹⁰⁸¹.

La réglementation de la demande subsidiaire par le législateur ayant été étudiée, nous passons à présent, dans un chapitre troisième et dernier, à l'examen de la nature juridique de la subsidiarité comme défense dans le procès.

¹⁰⁸¹ Rappelons qu'avant l'entrée en vigueur de l'ancien décret du 27 décembre 1985, les demandeurs présentaient contre leur débiteur une assignation en paiement et à titre subsidiaire une demande en ouverture de procédure collective. Il s'agissait de deux demandes tout à fait *contradictaires*.

Chapitre 3 : La nature juridique de la subsidiarité comme défense dans le procès.

575. – La question se pose inévitablement à nous de savoir si la subsidiarité opposée par une partie contre son adversaire dans le procès, constitue une fin de non-recevoir, ou alors si elle constitue, plus simplement, un *moyen de défense*. Les enjeux qui s'attachent à cette qualification sont, bien entendu, d'une importance *majeure*.

Pour pouvoir émettre une opinion défendable sur ce point, il est indispensable d'examiner cette question au regard des textes qui régissent la matière, et des solutions de la jurisprudence.

576. – C'est l'article 71 CPC qui en l'occurrence, régit la matière, il se présente ainsi :

« 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 ».

En droit libanais, il existe un texte analogue à celui-ci, et c'est l'article 50 NCPC lib.

Il serait également instructif d'examiner un arrêt de principe, *fondamental* en la matière, qui définit le « moyen de défense » ; il s'agit de l'arrêt du 12 janvier 1994, dans lequel il est affirmé : « *qu'en défense le moyen s'entend des raisons que le plaideur oppose aux prétentions de son adversaire pour les faire rejeter par le juge comme irrégulières, irrecevables ou mal fondées* »¹⁰⁸².

Par ailleurs, un auteur a parlé à propos de la subsidiarité dans le procès, d'*objection de subsidiarité*¹⁰⁸³, mais sans aller plus loin dans la qualification.

Nos développements sur les acceptions de la subsidiarité dans le cadre du chapitre préliminaire¹⁰⁸⁴, nous permettent de valablement constater que la subsidiarité se rapporte bel et bien au *fond du droit*, et constitue dans le procès un moyen de défense qu'une partie invoque en face de l'autre pour voir rejeter sa demande.

577. – La jurisprudence a d'ailleurs et, *heureusement*, eu l'occasion de se prononcer sur cette question, et de nous donner directement la réponse à ce problème de droit ; ce fut dans un arrêt de principe de la première Chambre civile du 4 avril 2006, où il est énoncé que, « *le caractère subsidiaire reconnu à l'action fondée sur le*

¹⁰⁸² Cass. 2^{ème} civ., 12 janv. 1994 : Bull. civ. 2, n° 23, p. 12.

¹⁰⁸³ J. MESTRE, obs. précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 1987 in RTD civ. 1988. 746.

¹⁰⁸⁴ Sur les acceptions de la subsidiarité, v. *supra* n°s 28 et s.

principe de l'enrichissement sans cause ne constitue pas une fin de non recevoir au sens de l'article 122 CPC mais une condition inhérente à l'action »¹⁰⁸⁵.

L'affirmation de la qualification de moyen de défense de la subsidiarité est on ne peut *plus claire*. Il n'y a pas de place possible à l'interprétation, mais on se demande si la solution ainsi consacrée, consistant à qualifier la subsidiarité dans l'enrichissement sans cause opposée dans le procès de *moyen de défense*, pourrait valablement être étendue à d'autres matières du droit.

578. – Rappelons ici, que nous avons procédé à la définition des différentes acceptions de la subsidiarité à partir de l'analyse des acceptions de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause. Nous pensons qu'il est possible à partir de ceci, d'avancer que la qualification de condition et partant de moyen de défense dans le procès pourrait être étendue à toutes les matières du droit privé.

¹⁰⁸⁵ Cass. 1^{ère} civ., 4 avr. 2006 : Bull. civ. 1, n° 194, p. 170 ; JCP G n° 18, 3 mai 2006, 4, 2022 ; Lexbase Le Quotidien du 20 avr. 2006, n° Lexbase N7035AKR ; RLDC 2006, n° 28, p. 11, obs. S. Doireau.

Conclusion du titre deuxième

579. – L'étude de la subsidiarité processuelle nous a clairement révélé la richesse de la notion. Les avantages de cette notion ne se limitent pas au fond du droit comme l'étude de la subsidiarité de l'obligation nous l'a, notamment, montré, mais sont d'une égale importance dans leur aspect procédural.

Les avantages de la subsidiarité processuelle profitent aux plaideurs, car celle-ci leur permet de tirer tous les avantages possibles qui sont liés à une *bonne articulation* de leurs demandes en justice.

Le bon usage de la demande subsidiaire dans le procès, et l'articulation habile des demandes en justice qui s'ensuit, servent de manière efficace de respect *des règles de fond*, en l'occurrence celles, nombreuses en droit positif, qui prohibent le cumul de deux fondements incompatibles.

580. – Les avantages de la subsidiarité processuelle ne sont cependant pas seulement d'ordre privé, ils peuvent également être mis à profit par le *législateur*. Celui-ci s'est en effet approprié la notion et l'a utilisée pour empêcher les abus dans la liberté exercée par les plaideurs de présenter leurs demandes en justice mais aussi à des fins de bonne administration de la justice.

Ce fait manifeste un phénomène très important d'influence de l'élaboration de la loi par le comportement des justiciables.

581. – On peut bien observer que les justiciables savent parfaitement tirer profit des avantages liés à la subsidiarité de la demande en justice, mais il est regrettable de voir que les juges du fond méconnaissent très souvent le fonctionnement de la demande subsidiaire, et dénaturent par là même l'objet du litige tel que déterminé par les parties. Heureusement, la Haute juridiction ne manque pas de censurer les arrêts violant la loi et c'est très souvent l'occasion pour elle de réaffirmer les conditions d'application des *règles de fond* qui sont en cause.

Conclusion de la première partie

582. – L'étude des illustrations de la fonction de primauté de la subsidiarité, démontre que dans cette fonction la subsidiarité concerne aussi bien le droit *substantiel*, savoir les règles de fond du droit, que le droit *processuel*, c'est-à-dire la procédure civile. C'est la subsidiarité appliquée à la demande dans le procès, très fréquente par ailleurs dans la pratique, qui a permis que soit valablement incluse la subsidiarité processuelle dans cette partie de l'étude relative à la subsidiarité assurant la primauté du principal, et, sans l'étude de cet aspect – procédural – de la subsidiarité, l'étude de cette fonction ainsi envisagée serait *incomplète*.

Se révèle à nous de manière très claire la richesse de la notion dans cette facette, celle qui assure la primauté du principal.

583. – L'étude de la fonction de la subsidiarité assurant la primauté du principal nous a permis de mieux connaître l'obligation subsidiaire illustrée notamment par l'obligation des associés de sociétés civiles, qui jusque-là avait pour nous nombre de mystères. Il ne faut pas nier, non plus, l'importance de la révélation de la subsidiarité du cautionnement qui malheureusement reste aujourd'hui réfutée par beaucoup. Non moins importante est la subsidiarité des voies d'exécution, illustrée par la subsidiarité de la saisie-vente. Cet aspect de la subsidiarité est d'importance pour les praticiens et en complète l'aspect théorique qui se rattache dans une large mesure à l'obligation subsidiaire.

Après l'étude de la fonction de la subsidiarité assurant la primauté du principal, il nous faut dans ce qui suit passer à l'étude de la subsidiarité dans sa fonction assurant la suppléance du principal.



Deuxième partie : La suppléance du principal assurée par la subsidiarité*.

Titre 1^{er} : Les voies subsidiaires du Droit.

Chapitre 1^{er} : La voie de droit subsidiaire : l'action subsidiaire.

Section 1^{ère} : La consécration de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause.

Section 2 : Le rôle de la subsidiarité dans l'action en enrichissement sans cause.

Section 3 : Les applications données à la subsidiarité dans l'enrichissement sans cause.

Section 4 : Les tempéraments admis actuellement de la fonction classique de subsidiarité dans l'enrichissement sans cause.

Conclusion du chapitre

Chapitre 2 : La voie de recours subsidiaire : le cas des recours-nullité.

Sous-chapitre 1^{er} : L'appel-nullité : voie de recours subsidiaire typique.

Sous-chapitre 2 : Les autres recours-nullité existants.

Section 1^{ère} : Le pourvoi-nullité.

Section 2 : La tierce opposition-nullité.

Section 3 : Le recours en révision-nullité.

Conclusion du chapitre.

Conclusion du titre premier.

* Ceci n'est pas une table des matières exhaustive, mais vise à rappeler le lecteur des matières qui seront traitées dans les pages qui suivent. Cet énoncé s'arrête au demeurant au niveau de la section.

Titre 2 : La vocation subsidiaire du droit commun à s'appliquer pour combler les lacunes des droits spéciaux.

Chapitre 1^{er} : La subsidiarité et les notions directrices des droits spéciaux.

Section 1^{ère} : Principe de faveur et subsidiarité.

Section 2 : Hiérarchie des normes et subsidiarité.

Section 3 : La subsidiarité et l'emprunt par le droit spécial des concepts du droit civil, droit commun.

Chapitre 2 : La vocation subsidiaire du droit commun de la responsabilité civile, l'article 1382 C.C.

Section 1^{ère} : Son application au droit du travail.

Section 2 : Son application au droit du divorce.

Conclusion du titre deuxième.

Conclusion de la deuxième partie.

Deuxième partie : La suppléance du principal assurée par la subsidiarité.

584. – A côté de sa première fonction, qui a fait l'objet de notre première partie, et qui est celle d'assurer la primauté du principal, la subsidiarité assure une deuxième fonction, qui est de *non moindre importance* que la première, et qui est celle d'assurer la suppléance pour le cas de *défaillance du principal*.

Dans ce cas de figure, la subsidiarité assure la fonction de *combler* les lacunes du Droit. Comme nous l'avons déjà relevé ; il existe dans l'ordre juridique des lacunes, cette réalité est inévitable et certaine¹⁰⁸⁶. Leur existence est due au fait que le législateur n'a pas pu tout prévoir, réglementer et régir. C'est ainsi que prit naissance le rôle du juge, et de la jurisprudence, dans la création de règles et de principes visant à *remédier* à ces lacunes. Ce rôle créateur s'est concrétisé dans l'improvisation des voies du Droit au profit des justiciables.

585. – La fonction de suppléance de la subsidiarité se concrétise également dans un domaine *autre* que celui se rapportant à la création de voies de droit au profit des justiciables ; il s'agit du domaine d'application du *droit commun*.

Le droit commun possédant par définition un domaine d'application *général*, aura vocation à étendre son empire aux différents domaines particuliers réservés aux droits spéciaux, lorsque précisément une situation se présente et pour laquelle le droit spécial n'a pas prévu de loi qui puisse la régir ou la solutionner. Se trouve alors vérifiée une hypothèse de lacune dans un droit spécial. Il faudra dans un tel cas *se rabattre* sur le droit commun. Celui-ci va alors s'appliquer *de manière subsidiaire à cette situation*.

586. – Ces deux questions ainsi définies, formeront l'objet des deux titres de cette deuxième partie. Et c'est ainsi, que nous envisagerons, dans un titre premier, les « voies subsidiaires du Droit », et, dans un titre second « la vocation subsidiaire du droit commun à s'appliquer pour combler les lacunes des droits spéciaux ».

¹⁰⁸⁶ Sur la question des lacunes du droit évoquée dans l'introduction, v. *supra* n° 24.

Titre 1^{er} : Les voies subsidiaires du Droit.

587. – On entend par les « voies du Droit », les *solutions* que le droit positif offre à celui qui estime avoir subi un préjudice et qui cherche à en obtenir réparation, lorsque, *précisément*, et, *paradoxalement*, la loi, prise au sens propre du terme, ne le lui procure pas.

Certaines conditions se trouvent cependant dans un tel cas exigées, *de manière impérative*. Il ne suffit pas d'un quelconque préjudice pour que la voie de droit soit ouverte au justiciable, pour qu'il puisse obtenir réparation, il faut encore et, surtout, qu'il y ait une atteinte *toute grave et toute particulière à la légalité*. Celle-ci devait dans la présente optique, être entendue au sens large, pour que le droit positif *permette que cette atteinte soit redressée*. Il faut – bien entendu – supposer que dans ce cas, il n'existerait *pas de voie normalement praticable* pour réparer le préjudice éprouvé.

588. – Lorsque les voies subsidiaires du Droit s'ouvrent au justiciable, ceci se présente, en principe, de deux manières.

La première se manifesterait sous la forme d'une *voie de recours* subsidiaire ; c'est notamment lorsque les voies de recours sont prohibées par le Droit, ou alors, lorsqu'elles sont très strictement réglementées, que se fait ressentir le besoin que soit *improvisée* une voie de recours, voie subsidiaire – car *improvisée* – et dont l'emploi permettrait que soit valablement sanctionnée l'illégalité litigieuse. Cette illégalité devait – bien entendu – revêtir une gravité assez particulière *pour qu'il soit intolérable de la laisser prospérer*.

La seconde se manifesterait sous la forme d'une *voie de droit subsidiaire*, il s'agirait alors d'une *action subsidiaire*, action qui serait recevable dans le cas où *toute autre action ne l'est pas* pour, précisément, sanctionner une injustice que le Droit ne tolérerait pas *qu'elle puisse perdurer*, ou, demeurer à *l'abri de toute sanction*. L'injustice en question se concrétiserait par un *préjudice* éprouvé par le demandeur, et qu'il chercherait à réparer à travers le recours à la voie de droit subsidiaire.

589. – Nous allons alors envisager respectivement, et dans deux chapitres successifs, la voie de droit subsidiaire qu'est *l'action subsidiaire*, et, la *voie de recours subsidiaire*, illustrée, quant à elle, non pas par une voie de recours

particulière, mais, par un *faisceau de voies recours*, obéissant chacune à un régime juridique qui lui est propre ; il s'agit des *recours-nullité*.

Chapitre 1^{er} : La voie de droit subsidiaire : l'action subsidiaire.

590. – Dans ce cas de figure, la subsidiarité assume la défaillance de l'action de droit commun. Il s'agira alors de *l'action subsidiaire*. Celle-ci est parfaitement illustrée par l'action en enrichissement sans cause. Cette action va être étudiée dans ses aspects qui concrétisent la subsidiarité. Mais avant d'en examiner les différents aspects, il convient de mettre en relief ce qui suit.

La théorie de l'enrichissement sans cause est une création prétorienne. Il n'est nulle part écrit dans le Code civil qu'il est *injuste de s'enrichir au détriment d'autrui*¹⁰⁸⁷. C'est la jurisprudence qui a créé à partir de l'interprétation des articles 1371 C.C. et suivants, la théorie générale des quasi-contrats et, plus particulièrement, celle de l'enrichissement sans cause. A cet égard, l'article 1371 dispose :

« Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties ».

L'enrichissement sans cause se rattache ainsi à la notion plus générique de quasi-contrat.

591. – Au début, les tribunaux étaient hostiles à l'accueil de l'action en enrichissement sans cause, ce n'est que peu à peu, à la fin du 19^{ème} siècle que la jurisprudence la reconnut. L'action en enrichissement sans cause fut reconnue comme *source autonome* d'obligations, clairement pour la première fois, dans un arrêt du 15 juin 1892¹⁰⁸⁸ – précédemment cité – autrement connu sous le nom de l'arrêt du « marché des engrais », ou arrêt « Boudier ». Cette reconnaissance le fut avec une si grande souplesse, que l'arrêt a décidé que l'action en enrichissement sans cause n'était soumise à *aucune condition* pour sa recevabilité. Cet arrêt qui accueillit si ouvertement l'action en enrichissement sans cause en lui reconnaissant un champ d'application très large, ne tarda pas à susciter les craintes et à provoquer les vives critiques de la doctrine¹⁰⁸⁹ ; certains commentateurs dénonçant à propos de cet arrêt

¹⁰⁸⁷ V. par ex. : R.-F. Le BRIS, *La relation de travail entre époux*, L.G.D.J., bibl. dr. priv. tome 118, 1965, préf. Y. Lousouarn, spéc. p. 297, n° 296.

¹⁰⁸⁸ Cass. req., 15 juin 1892 précit. : D.P. 1892. 1. 596. La Cour énonce : « *Que cette action dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée ; – Qu'il suffit, pour la rendre recevable, que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit* ».

¹⁰⁸⁹ V. par ex. : G. BOURCART, note sous Cass. req., 8 fév. 1909 in S. 1911. 1. 313. Cet auteur critique la formule de l'arrêt qui est très générale et qui manque de précision. Il cite Aubry et Rau pour déduire que l'enrichissement à lui seul ne suffit pas. Outre les conditions sur lesquelles la plupart des auteurs sont

l'imprécision avec laquelle était appréhendée l'action en enrichissement sans cause¹⁰⁹⁰. La jurisprudence, gagnée par ce courant de protestations, s'empessa dans les décisions qui ont suivi, de poser de rigoureuses exigences quant à la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause. C'est ainsi et pour ces raisons, que prit naissance l'idée de *subsidiarité* de l'action en enrichissement sans cause. Et cette notion fit l'objet de la réflexion de bon nombre d'auteurs.

592. – Certains auteurs se sont interrogés sur le principe de subsidiarité dans l'enrichissement sans cause mais sans tenter aucunement d'en donner une explication ou d'en définir le contenu¹⁰⁹¹.

D'autres sont simplement passés sur la question, se contentant d'exposer les conditions d'existence de l'enrichissement sans cause et de la recevabilité de l'action¹⁰⁹².

Les auteurs contemporains ont quant à eux, toujours souligné le caractère résiduel des quasi-contrats¹⁰⁹³. Pour eux, il s'agit d'une source *négative* d'obligations. Cette idée qui évoque ce qui est résiduel, rejoint très clairement la notion de subsidiarité qui gouverne l'action en enrichissement sans cause. Cette notion a connu un long parcours, avant qu'elle ne soit reconnue pleinement en droit positif. Et il serait intéressant de retracer ce parcours.

593. – Et nous pourrons aussi par la suite, analyser les mutations qu'elle a connues et la manière avec laquelle celles-ci se manifestent.

C'est ainsi que nous étudierons successivement et dans quatre sections différentes, la consécration de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause (1), le rôle de la subsidiarité dans cette action (2), puis, les applications qui y sont données à la subsidiarité (3), et, les tempéraments admis actuellement de la fonction classique de la subsidiarité dans cette action (4).

unanimes – telles l'enrichissement et l'absence de cause –, l'auteur insiste sur une autre considération et c'est celle selon laquelle, il soit impossible au demandeur d'obtenir réparation par une autre action qui lui est ouverte. L'auteur emploie l'adjectif qualificatif de « subsidiaire » pour désigner l'action en enrichissement sans cause.

¹⁰⁹⁰ L. S., note sous Cass. civ., 18 oct. 1898 in D.P. 1899. 1. 105. Ce commentateur estime que si l'on admet que l'action en enrichissement sans cause est recevable par cela seul qu'un patrimoine d'une personne s'est enrichi au détriment de celui d'une autre, ce serait donner un champ extrêmement large à cette action, car il se demande, et à juste titre, si ce ne sont pas toutes les opérations contractuelles qui peuvent être considérées comme ayant procuré un enrichissement à l'une des parties au contrat.

¹⁰⁹¹ E. CAEMMERER (Von), art. précit., p. 575.

¹⁰⁹² V. par ex. WHAL, note sous Cass. civ., 18 oct. 1904 in S. 1907. 1. 465.

¹⁰⁹³ V. par ex. : J. HONORAT, *Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel*, RTD civ. 1969. 653, spéc. n° 14. – V. aussi pour une étude plus récente : E. TERRIER, *La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique*, D. 2004, chron. 1179.

Section 1^{ère} : La consécration de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause.

594. – Préconisée en premier lieu par Aubry et Rau, par une formule qui parut, comme suit, dans leur ouvrage¹⁰⁹⁴ :

« L'action *de in rem verso*, (...) doit être admise, d'une manière générale, comme sanction de la règle d'équité, qu'il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui, dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant, sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit ».

Et dans une édition plus récente de leur ouvrage, remaniée par P. Esmein, cet auteur, évoquant cette célèbre formule, précise au surplus que celle-ci ne « devait pas être prise à la lettre », mais qu'elle signifie, plus exactement, que l'action en enrichissement sans cause « *est exclue quand son admission aurait pour effet de mettre en échec une règle certaine du droit positif* »¹⁰⁹⁵.

En interprétant la formule classique d'Aubry et Rau, cet auteur a, et de manière très véridique, donné la justification ainsi que l'acception exacte de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause ; celle-ci ne devait pas servir à *fausser* l'application normale des règles de droit.

Mais cette doctrine ne fut pas reconnue à ses justes sens et portée. En effet, peu d'auteurs qui étaient contemporains à Aubry et Rau, ont compris le sens et bien su interpréter leur doctrine et pu concevoir la manière de l'appliquer aux cas concrets¹⁰⁹⁶.

Cette doctrine a eu ses défenseurs et ses détracteurs avant qu'elle ne soit consacrée clairement par la jurisprudence.

¹⁰⁹⁴ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zacharie*, T. 9, *op. cit.*, § 578-4°, p. 355.

Soulignons que cette formule était déjà apparue dans la quatrième édition du tome sixième de l'ouvrage de ces mêmes auteurs ; la principale différence avec la formule qui est ci-dessus reproduite réside cependant dans l'absence de toute mention de la règle d'équité et de la sanction de celle-ci, v. : AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, T. 6, Marchal et Billard, 4^{ème} éd., 1873, § 578-4°, p. 246.

¹⁰⁹⁵ AUBRY et RAU par P. Esmein, *Droit civil français*, T. 9. Litec, 6^{ème} éd., 1953, § 577-4°, p. 331.

¹⁰⁹⁶ V. par ex. : A. ROUAST, *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, art. précit., n° 33. Cet auteur explique la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause par la nécessité de *faire prévaloir* le Droit positif sur le Droit naturel, et que celui-ci, ne pourra être appliqué qu'autant « *que le Droit positif est muet, ou qu'il y a un obstacle à son application indépendant de la volonté du demandeur* ».

Cette dernière condition ainsi posée, évoque l'*obstacle de fait à l'exercice de l'action normalement ouverte au demandeur par la loi*. Sur la distinction des obstacles de fait et des obstacles de droit, v. *supra* n°s 32 et s.

595. – La notion de subsidiarité a été nommément employée par la Cour de cassation pour la première fois, semble-t-il, dans un arrêt – précité – du 11 septembre 1940¹⁰⁹⁷. Cet arrêt a été le premier à avoir véritablement employé l'adjectif qualificatif de « subsidiaire »¹⁰⁹⁸. Mais il n'est assurément pas le premier à avoir consacré la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause. En effet, avant celui-ci, plusieurs arrêts avaient pressenti l'existence du principe de subsidiarité gouvernant cette action, en ont fait une parfaite application, mais sans aucunement le mentionner expressément. Ce cas de figure se trouve notamment illustré par l'arrêt précité de la Cour de cassation du 31 juillet 1895, qui – rappelons-le – a censuré un arrêt d'appel ayant admis l'action en enrichissement sans cause *tout en refusant de statuer sur la validité de la convention qui liait les parties en litige*¹⁰⁹⁹.

L'arrêt du 11 septembre 1940 marque l'aboutissement d'une évolution qui s'est faite peu à peu au fil des décisions qui ont progressivement ouvert la voie vers une *reconnaissance expresse* de la subsidiarité. En d'autres termes, la Cour de cassation a, pour la première fois et par l'arrêt précité du 11 septembre 1940, mentionné la notion après que la jurisprudence se l'est appropriée, adoptée et appliquée¹¹⁰⁰.

596. – Nous pensons et pouvons affirmer que l'arrêt du 15 juin 1892 qui a consacré l'*autonomie* de l'action en enrichissement sans cause, est également la

¹⁰⁹⁷ Cass. req., 11 sept. 1940 précit. : D.H. 1940. 150 ; S. 1941. 1. 121, note P. Esmein. La Cour énonce que : « *Le tribunal, après avoir admis l'existence d'une action contractuelle contre le bénéficiaire Bourse des travaux supplémentaires, ayant expressément subordonné la condamnation prononcée contre la société en raison de son enrichissement sans cause du fait de la reprise par elle de l'immeuble, au cas d'insolvabilité de Bourse rendrait vaine la condamnation prononcée contre lui, a nettement affirmé le caractère subsidiaire de l'action de in rem verso dirigée contre la société* ».

¹⁰⁹⁸ Nous visons ici *uniquement* les arrêts de la Cour de cassation mentionnant expressément l'adjectif « subsidiaire ». Il peut en revanche être trouvé des *décisions de juges du fond* rendues peu avant l'arrêt précité de la Chambre des requêtes du 11 septembre 1940, qui mentionnent expressément le caractère subsidiaire de l'action en enrichissement sans cause, et consacrent *clairement* celui-ci, v. par ex. : Trib. civ. Pau, 22 mars 1940 précit. : Gaz. Pal. 1940. 1. 475. Ce jugement qui se rapporte à l'application du décret du 29 juillet 1939 instituant le salaire différé, énonce que : « *Attendu qu'en réalité c'est un pacte familial coutumier qui a régi les rapports des parties, un pacte qui ne comporte point la stipulation d'un salaire actuel ou différé jusqu'au jour de la rupture ;* »
« *Attendu que l'action "de in rem verso" n'étant que subsidiaire, le seul fait de l'existence de ce pacte suffirait à la rendre irrecevable* ».

V. aussi : CA Lyon, 27 juin 1934 précit. : S. 1934. 2. 219, note anon. Sur l'attendu de la cour reproduit *supra* note 172 sous n° 88. V. aussi sur cet arrêt, *supra* note 111 sous n° 53.

¹⁰⁹⁹ Cass. civ., 31 juill. 1895 précit. : S. 1896. 1. 397.

¹¹⁰⁰ A cet égard, un arrêt des juges du fond mérite particulièrement d'être signalé ; il s'agit de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 21 avril 1937 (Gaz. Pal. 1937. 2. 426, note anon.). La cour de Paris y énonce que : « *cette action est subsidiaire et ne peut être exercée lorsque le demandeur peut obtenir satisfaction par une autre action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat ou d'un délit, ou a omis d'exercer, pour la sauvegarde de ses droits une autre action que la loi mettait à sa disposition* ». Cet arrêt donne au surplus une définition très exacte de la première acception ainsi que de la deuxième acception de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause. Sur la première acception de la subsidiarité de cette action, v. *supra* n°s 35 et s.

Et, sur la deuxième acception de la subsidiarité de cette action, v. *supra* n°s 41 et s.

première décision à avoir appliqué le principe de subsidiarité tel qu'il a été reconnu par la décision précitée du 11 septembre 1940 et tel qu'il est toujours admis et appliqué actuellement.

Il est utile pour éclairer nos propos de rappeler brièvement les faits de l'espèce : un marchand avait vendu des engrais chimiques à un fermier, celui-ci quitta le domaine agricole à l'expiration de son bail, sans avoir payé le marchand du prix des engrais qu'il avait effectivement employé à l'amélioration du domaine agricole. Le marchand n'ayant pu obtenir paiement du prix des engrais vendus à cause de l'insolvabilité du fermier, assigna alors le propriétaire de la terre en indemnisation, sur le fondement de l'enrichissement sans cause car les engrais employés par le fermier ont servi à *l'amendement de la terre* et ont par conséquent apporté un *profit* au propriétaire et *l'ont enrichi* de la valeur de cette amélioration apportée à sa terre. En l'espèce, le marchand d'engrais disposait effectivement d'une action pour faire valoir son droit, c'était l'action en paiement du prix des marchandises vendues, qu'il possédait en principe contre le fermier acheteur, mais cette action était *paralysée à cause de l'insolvabilité de celui-ci*. C'est alors que la subsidiarité pouvait intervenir ici et permettre que le marchand d'engrais créancier du fermier, agisse contre le cocontractant de celui-ci, propriétaire du domaine agricole, à qui est survenu un enrichissement *indirect* du fait de l'exécution du contrat qui a lié le marchand d'engrais au fermier, occupant du domaine. L'arrêt dont la solution est irréprochable mais seulement la formule critiquable pour son imprécision, a appliqué le principe de subsidiarité de l'action sans cependant *aucunement* mentionner la notion, ni même le savoir. L'action découlant du contrat qui liait le fermier au marchand d'engrais, était paralysée par un *obstacle de fait* constitué par l'insolvabilité du débiteur. La subsidiarité peut dans une telle hypothèse, intervenir pour pallier cet *obstacle de fait*, constitué par l'insolvabilité du contractant du demandeur appauvri. D'ailleurs, une telle hypothèse constitue une illustration de l'une des multiples *significations* que peut revêtir la subsidiarité¹¹⁰¹.

597. – De nombreux arrêts qui sont postérieurs à l'arrêt précité du 11 septembre 1940, ont appliqué la doctrine de cet arrêt et consacré le principe de

¹¹⁰¹ Sur cette signification particulière de la subsidiarité, v. *supra* n^{os} 86 à 91.

subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause en employant *expressément* à leur tour l'adjectif qualificatif de « subsidiaire »¹¹⁰².

C'est donc par une consécration *prétorienne* que la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause est entrée dans le droit positif français.

598. – En revanche, en droit libanais la consécration de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause s'est faite par voie *législative*, plus précisément à l'article 141 C.O.C.¹¹⁰³. L'importance du texte réside dans le fait qu'il a employé de façon claire le qualificatif de « subsidiaire » pour l'action en enrichissement sans cause.

Après avoir étudié dans une section première, la consécration de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, nous passons et dans une deuxième section à l'étude du rôle de la subsidiarité dans cette action.

Section 2 : Le rôle de la subsidiarité dans l'action en enrichissement sans cause.

599. – Puisque la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause a pendant longtemps constitué une question controversée et assez obscure, et a alimenté la polémique, il convient, avant d'examiner l'état du droit positif sur cette question (sous-section 2), d'analyser les opinions doctrinales émises à propos de celle-ci (sous-section 1^{ère}).

Sous-section 1^{ère} : Les opinions doctrinales sur la notion.

600. – L'analyse de la doctrine sur la question de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause requiert que soient envisagés séparément les différents courants doctrinaux selon la date de leur apparition. C'est ainsi que seront respectivement examinées, dans trois paragraphes successifs, la doctrine classique, la doctrine moderne et la doctrine contemporaine.

Par. 1^{er} : La notion dans la doctrine classique.

601. – La doctrine classique est celle qui est représentée par les auteurs des années allant jusqu'en 1925.

¹¹⁰² V. par ex. : CA Orléans, 5 janv. 1949 précit. : S. 1949. 2. 64, note anon ; Gaz. Pal. 1949. 1. 147, note anon. – CA Amiens, 19 mai 1958 précit. : Gaz. Pal. 1958. 2. 76, note anon. – CA Toulouse, 22 janv. 1973 : D. 1973, jur. 509, note crit. J.-L. Aubert. – TGI Dieppe, 31 mars 1977 précit. : JCP 1977. 2. 18702, note J.A.; D. 1978, IR. 161, obs. Guy Chesné ; RTD civ. 1978. 172, obs. R. Savatier. Sur l'attendu de cet arrêt, v. *supra* n° 74.

602. – L'observation de la doctrine permet de voir que les auteurs se divisent entre d'une part, ceux qui considèrent la subsidiarité comme une *caractéristique* de l'action en enrichissement sans cause¹¹⁰⁴, et d'autre part, ceux qui, rangent celle-ci parmi les *conditions* de cette action¹¹⁰⁵.

603. – Une autre division existe également parmi les auteurs classiques, c'est celle qui sépare entre ceux qui reconnaissent l'existence de la subsidiarité de cette action¹¹⁰⁶, et ceux qui la réfutent ou en nient l'existence¹¹⁰⁷, ou ne l'évoquent

¹¹⁰³ Sur le texte de l'article 141 § 4 C.O.C., v. *supra* n° 39 et *infra* n° 627.

¹¹⁰⁴ V. par ex. : Th. THÉODOROFF, thèse précit., pp. 165 à 168. – G. MONNERVILLE, thèse précit., pp. 90 et 91. – A. ROUAST, *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, art. précit., n°s 26 à 30.

¹¹⁰⁵ V. par ex. : G. RIPERT et M. TEISSEIRE, art. précit., spéc. p. 768 à 778. C'est précisément dans les développements consacrés à la première condition posée par eux à la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause qu'est le lien de causalité entre l'enrichissement procuré au défendeur et le fait du demandeur, que les auteurs évoquent la subsidiarité de l'action. – V. POLTZER, thèse précit., p. 90 et s. A l'instar de G. RIPERT et M. TEISSEIRE, c'est également dans ses développements sur le lien de causalité entre le fait du demandeur et l'enrichissement du défendeur, posé par lui comme deuxième condition de l'action en enrichissement sans cause, que l'auteur vient à évoquer la subsidiarité de cette action. – M. POSSA, thèse précit., p. 173 et s. – H. LOUBERS, *op. cit.*, p. 480 et s.

¹¹⁰⁶ V. par ex. : G. RIPERT et M. TEISSEIRE, art. précit., spéc. p. 768 à 778 et p. 783. Ces auteurs estiment que l'action en enrichissement sans cause *fonctionnera comme action subsidiaire*, et qu'elle ne sera intentée qu'en cas d'*insolvabilité de l'obligé direct*. Plus loin, les auteurs considèrent que cette action est un « *ultimum subsidium* », reconnaissant ainsi franchement son caractère subsidiaire. Cependant, après cette affirmation, ils émettent une réserve importante à celle-ci, exprimant un vague doute qu'elle soit « conforme à la logique juridique » (v. p. 783). Et, étudiant la question du bénéfice de l'action en revendication de l'appauvri, et ses rapports avec l'action en enrichissement sans cause ; ils estiment que si l'action en revendication est recevable, l'action en enrichissement sans cause ne prendra pas naissance. Pour eux ceci ne s'explique cependant pas par le fait qu'elle est considérée comme subsidiaire, mais parce que l'enrichissement qui en constitue le fondement *disparaît quand l'action en revendication triomphe* (v. p. 790). Ce raisonnement est erroné, car l'enrichissement ne peut disparaître qu'*a posteriori*, c'est-à-dire qu'après que l'action ait été intentée. Ceci ne suffit pas à expliquer la solution. A dire vrai, c'est bien à cause de son *caractère subsidiaire* que l'action en enrichissement sans cause n'est pas ouverte au demandeur tant que l'action en revendication est ouverte et recevable pour lui. L'action en enrichissement sans cause ne peut être intentée car elle aboutirait à remplacer celle-là et non à pallier sa défaillance, en d'autres termes, *à lui être seulement subsidiaire*. – V. POLTZER, thèse précit., p. 97. L'auteur cite le fameux arrêt de la Chambre des requêtes du 15 juin 1892 à l'appui de ses propos. Il estime que bien qu'ayant deux causes distinctes, l'action contractuelle peut influencer l'action délictuelle. Il explique que lorsque le fournisseur aura touché de son contractant le prix qui lui est dû, *l'action en enrichissement sans cause ne pourra plus naître à son profit*. Il explique aussi que si le fournisseur non encore payé a la possibilité d'obtenir paiement par l'action contractuelle, *il préférera celle-ci à l'action en enrichissement sans cause*. Il conclut que l'action en enrichissement ne fonctionnera que comme « action subsidiaire », et ne sera intentée qu'en cas d'*insolvabilité du contractant direct*. Le raisonnement de cet auteur est *analogue* à celui de ses prédécesseurs, G. RIPERT et M. TEISSEIRE, cités *supra*. C'est donc de cette manière que l'auteur envisage la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause. Elle est de portée assez limitée puisqu'elle ne vise qu'à pallier l'insolvabilité du débiteur contractuel. C'est une conception *restrictive* de la subsidiarité. En dehors de l'hypothèse du tiers intervenant dans une relation où un enrichissement injuste se produit à son profit, l'auteur n'a plus évoqué la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause (v. pp. 94 à 97). – G. MONNERVILLE, thèse précit., pp. 90 et 91. Cet auteur souligne bien l'*autonomie* de l'action en enrichissement sans cause, puisqu'il relève qu'elle est « indépendante de toute autre action ». Très justement, il relève aussi qu'elle constitue le « dernier recours » dont peut user le demandeur lorsqu'il ne possède plus d'autre action. Par ces affirmations, l'auteur décrit très exactement le *caractère subsidiaire* de l'action en enrichissement sans cause. Il ne donne cependant pas d'acceptation à la subsidiarité de l'action, se contentant seulement de présenter la notion sans tenter d'en approfondir l'analyse. Cependant, les conséquences qu'il tire de ses affirmations ne peuvent être que *partiellement* approuvées ; il en déduit que l'action en enrichissement sans cause se situe au-dessus de toutes les actions connues, et jouit d'un champ d'application infiniment plus vaste. Si cette dernière tranche de sa conclusion peut être approuvée, étant donné qu'il est admis que l'action en enrichissement sans cause jouit effectivement d'*un vaste champ d'application*, la deuxième tranche ne peut en revanche, être aucunement approuvée : il serait plus exact, au contraire, de dire que l'action en

nullement¹¹⁰⁸, ou encore, ceux qui tout en admettant l'existence, commettent des erreurs ou des contradictions dans leur manière d'appréhender celle-ci¹¹⁰⁹.

enrichissement sans cause est véritablement « au-dessous » de toutes les autres actions connues, et pas « au-dessus », ceci à cause *précisément* de sa subsidiarité qui la place dans un *rang inférieur dans la hiérarchie parmi les voies de droit*.

¹¹⁰⁷ V. par ex. : G. RAYNAUD, thèse précit., p. 89 et s. Commentant la célèbre formule d'Aubry et Rau posant la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, cet auteur qualifie celle-ci de « limitation », ce qui ne peut être qu'approuvé. Cependant, il refuse tout caractère juridique à celle-ci. Et ceci ne peut être approuvé. Cet auteur estime que l'action en enrichissement sans cause va le plus souvent concourir avec l'action oblique régie par l'article 1166 C.C., et qu'un tel concours pourrait également se produire avec d'autres actions aussi. Admettre une telle réalité, c'est implicitement nier le caractère subsidiaire de cette action. Mais ce qui est surprenant, c'est qu'un peu plus loin, cet auteur souligne que cette action doit obéir à une condition en plus de celles qu'il avait précédemment énumérées (v. p. 81 et s.), et c'est celle de *ne violer aucun principe de droit* (v. p. 92). Nous pensons qu'admettre cette condition par rapport à l'action en enrichissement sans cause, c'est de manière indirecte, *faire le premier pas vers la reconnaissance de la subsidiarité de celle-ci*. Il faut dans cette optique reconnaître qu'à l'époque où cet auteur écrivait (1899), la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause n'était pas encore bien perçue ni élaborée, et si on a l'impression que l'auteur l'a pressenti plus qu'il ne l'appréhende, ceci devait être compréhensible. – J. TARTANSON, thèse précit., p. 111 et s. Cet auteur, après avoir *nié* le caractère subsidiaire de l'action en enrichissement sans cause, considérant la subsidiarité comme une *limitation* à cette action, admet que cette action s'est formée dans des espèces où il n'existait aucune autre action en justice praticable. Ceci revient à admettre *indirectement*, qu'elle est *subsidiaire*. Plus, l'auteur admet, *qu'en pratique*, cette action serait intentée *subsidiairement*, soit parce que toute action fait défaut dès le principe, soit parce que l'action primitivement ouverte au demandeur *défaille*, à cause notamment de la forclusion ou d'un vice de forme. Ce constat aboutit également à admettre de manière indirecte, le caractère subsidiaire de l'action en enrichissement sans cause.

L'auteur cherche à démontrer plus d'une fois, que l'action en enrichissement sans cause pourrait *concourir* avec différentes actions ouvertes au demandeur, qui tendraient – selon lui – au même but ou à un but analogue. Il cite à titre d'exemple l'action oblique. Il cherche aussi à démontrer que l'action en enrichissement sans cause pourrait être accueillie *simultanément* avec d'autres actions. Cette manière de voir conduit à *nier* le caractère subsidiaire de cette action, car celui-ci est fondé sur l'idée de hiérarchie qui elle, *est incompatible avec la possibilité de concours d'actions*.

En somme, l'analyse de cet auteur ne peut être approuvée car elle contredit franchement l'acceptation de la subsidiarité telle qu'elle est admise aujourd'hui.

Sur l'acceptation de la subsidiarité telle qu'elle est admise aujourd'hui, v. *supra* n^{os} 28 et s.

Il serait par ailleurs instructif de faire un peu de droit comparé et d'aller voir un auteur allemand : D. GEROTA, *La théorie de l'enrichissement sans cause dans le Code civil allemand : étude de droit comparé*, thèse Paris, L'AM, Paris, 1925. Cet auteur estime, en se basant sur la majorité de la doctrine, que l'action en enrichissement sans cause *n'est pas une action subsidiaire*. Il souligne ainsi qu'elle peut entrer en concours avec l'action de droit commun, soit la suppléer quand celle-ci devient impossible à la suite d'un obstacle qui *n'est pas contraire au droit*. Il est intéressant de s'arrêter à la signification à donner à cette dernière phrase. Nous pensons que ce n'est pas contraire au droit l'obstacle, *qui ne résulterait pas d'une faute ou d'une négligence du demandeur*. L'auteur relève au surplus que la jurisprudence suit cette solution en lui faisant toutefois deux restrictions qui, reconnaît-t-il, *en absorbent en bonne partie la portée*. La première restriction est relative à l'action en revendication ; en ce sens que le concours de celle-ci avec l'action en enrichissement sans cause n'est pas admis. La deuxième restriction, et c'est celle que nous estimons être la plus importante, consiste à ne pas admettre le concours avec l'action contractuelle. Comme l'auteur l'a pertinemment relevé, les deux restrictions précitées apportées par la jurisprudence, ont pour incidence de *considérablement limiter la portée de la règle par elle posée*. La non-admission du concours de l'action en enrichissement sans cause avec l'action contractuelle, a en effet pour résultat de soustraire l'application de cette action à une majeure partie de sources d'obligations. On se demande au vu de ceci, si ces restrictions n'ont pas en définitive pour effet de donner en réalité un caractère subsidiaire à l'action en enrichissement sans cause. Il s'agirait donc d'une reconnaissance *implicite* du caractère subsidiaire de cette action. En somme, l'état du droit positif tel qu'il a été dépeint par cet auteur, montre que le principe de subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause est mal compris. Plus, la manière d'appréhender le principe de subsidiarité de cette action par la jurisprudence est *empreinte de contradictions*, ce que nous avons d'ailleurs relevé pour le droit français.

¹¹⁰⁸ C. STOÏCESCO, thèse précit. Cet auteur évoque la question, autrefois défendue par une doctrine autorisée, de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause *par rapport à la gestion d'affaires*. Il réfute d'ailleurs la subsidiarité de cette action-là entendue de cette manière. Sur l'opinion de cet auteur, v. *supra* note 57 sous n^o 32. – P. CHAINE, thèse précit., pp. 160 et s. Il est intéressant de prime abord, de souligner que l'auteur avance que l'action *de in rem verso* ne sera engagée par l'enrichisseur « qu'après s'être convaincu de l'insuccès de l'action contractuelle et de l'insolvabilité de son débiteur ». L'auteur

ajoute que l'action en enrichissement sans cause ne sera intentée « qu'en désespoir de cause ». Clairement, ces propos évoquent l'idée de subsidiarité. On pourrait dire que l'auteur pressent l'existence de la notion *sans pour autant la comprendre ni l'identifier*. Mais si on examine le raisonnement de l'auteur relativement à ces propos, et les motifs qu'il donne à ceux-ci, nous verrons que la conception qu'il fait de la subsidiarité, ainsi pressentie, est *erronée*. Ainsi, l'auteur explique ses propos par la considération que l'action contractuelle permettra au demandeur d'obtenir le prix qu'il a assigné à ses fournitures ou à ses travaux et, *qu'au contraire*, par l'action en enrichissement sans cause, qui par ailleurs est souvent plus compliquée au niveau de la preuve, le demandeur n'obtiendra *que la valeur de l'enrichissement créé*. On peut clairement voir que l'auteur établit le *lien* entre les résultats limités auxquels peut aboutir l'action en enrichissement sans cause et le fait que celle-ci ne sera intentée *comme ultime recours*. Ce raisonnement est à rapprocher de celui d'un auteur qui lui est contemporain, v. : Th. THÉODOROFF, thèse précit., p. 171 et s. Sur cet auteur, v. *supra* note 220 sous n° 114. Cette concordance dans leurs doctrines respectives montre que les idées et opinions de ces auteurs reflétaient un *courant de pensée* qui était en vigueur à l'époque. – V. aussi qui évoquent *nullement* la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause : E. VERGNIAUD, *L'enrichissement sans cause (étude de jurisprudence)*, thèse Paris, Rousseau, 1916. – D. BUDISHTÉANO, thèse précit.

¹¹⁰⁹ Th. THÉODOROFF, thèse précit., p. 168. Cet auteur commence par clairement affirmer que l'action en enrichissement sans cause est *une action subsidiaire*, expliquant cette affirmation par le fait que celle-ci est accordée toutes les fois qu'une personne se trouve injustement enrichie au détriment d'une autre et que les règles du droit n'offrent pas à cette dernière *d'autres moyens juridiques pour obtenir la restitution de ce qui lui est dû*. Le point de départ est bon, ainsi après l'affirmation faite par lui de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, il étaye ses propos et ajoute que cette action « supplée » au droit. Ce qui ne peut être qu'approuvé et, correspond parfaitement à la conception actuelle de la fonction de l'action subsidiaire.

Puis, après avoir fait cette affirmation, cet auteur avance que toutes les fois que les conditions de l'enrichissement sans cause sont réunies, l'action de *in rem verso* (tel qu'il la désigne) doit être admise, et ceci sans distinguer si le demandeur est investi ou non d'une autre action. Il explique que, à cause de ses effets restreints, cette action ne fonctionnera cependant que comme moyen subsidiaire et *à défaut d'autre recours*. Ce raisonnement est tout à fait erroné, et ce n'est pas de cette manière que doit être entendue la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause. De plus, et surtout, ce n'est pas à cause de ses effets restreints que cette action est subsidiaire, mais bien au contraire, *c'est parce qu'elle est subsidiaire que cette action a des effets restreints*, v. : Th. THÉODOROFF, thèse précit., p. 171 et s.

Il ajoute aussi que si le demandeur y trouve un avantage, il pourra exercer l'action en enrichissement sans cause concurremment avec d'autres actions qui lui sont ouvertes. C'est – bien-entendu – admettre le concours de cette action avec d'autres actions, ce qui est *antimonique* de la subsidiarité qui gouverne celle-ci, v. : Th. THÉODOROFF, thèse précit., p. 171 et s.

Il est clair de voir que, entre les deux énoncés précités, la contradiction est *flagrante*.

V. aussi qui avait déjà émis la même opinion susvisée sur les effets restreints de l'action en enrichissement sans cause, estimant que cette action sera un « moyen extrême », *parce que ses effets sont restreints* : G. RAYNAUD, thèse précit., pp. 91 et 92.

M. POSSA, thèse précit., p. 173 et s. Il semblerait au premier abord, que l'auteur adopte la célèbre formule d'Aubry et Rau sur la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, mais un peu plus loin nous lisons qu'il émet des réserves à propos de celle-ci et même, *s'en sépare*. Il estime que constater la certitude d'une lésion pour le demandeur serait nécessaire et suffisant pour l'exercice de l'action en enrichissement sans cause. Il fait le rapport entre la survenance d'une lésion et l'existence d'une fin de non-recevoir paralysant l'action, ou l'insolvabilité notoire du débiteur. Ainsi dans le raisonnement de l'auteur, il existe un *rapport certain* entre la lésion survenue au demandeur et l'exercice ou la possibilité d'exercice d'une action en justice. Si la considération de l'existence ou non d'une action en justice efficace constitue un critère logique, nous pensons, qu'en revanche, la lésion *ne peut en constituer un*.

Il convient cependant d'affiner cette affirmation ; ainsi s'il est défendable d'admettre, sur le fondement de sa subsidiarité, la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause dans le cas d'insolvabilité du débiteur, il n'est cependant pas vrai que cette action *soit recevable dans le cas où l'action normalement ouverte au demandeur est paralysée par une fin de non-recevoir*. Dans un tel cas, ce n'est pas un obstacle de fait qui paralyse l'action du demandeur mais c'est un *obstacle de droit* qui lui fait perdre son action. Il n'est pas alors sûr qu'on puisse lui accorder le bénéfice de l'action en enrichissement sans cause. L'auteur cite l'arrêt précité de la Chambre des requêtes du 15 juin 1892, pour démontrer, que certaines fois, l'action en enrichissement sans cause est accordée au lésé bien qu'il ait une action d'une autre nature contre un tiers (v. p. 179). En effet, dans l'arrêt précité l'action a été accordée au marchand d'engrais contre le propriétaire du sol parce que l'action qu'avait le marchand contre le fermier était devenue *inefficace* à cause d'un obstacle de fait, en l'occurrence l'insolvabilité du fermier, mais aussi parce que les engrais achetés par le fermier ont enrichi le propriétaire du sol en amendant ses terres. Mais l'auteur poursuit en expliquant que cette action n'a été accordée à l'appauvri que parce que son contractant est insolvable et c'est pour cette raison que l'action qu'il avait contre son cocontractant était devenue inutile. Jusqu'ici son raisonnement est exact. Il commet cependant une erreur en interprétant la jurisprudence de la Cour de cassation. Selon lui, ce qui importe à celle-ci, ce n'est pas de savoir si l'action en enrichissement sans

Après avoir analysé les opinions des auteurs classiques sur la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, il convient à présent d'envisager l'opinion des auteurs modernes sur la notion.

Par. 2 : La notion dans la doctrine moderne.

604. – A l'époque moderne qui s'étend de 1926 jusqu'en 1960, et contrairement de ce qui en a été à l'époque classique, l'étude de l'action en enrichissement sans cause et celle de la subsidiarité qui s'en suit, n'a pas attiré un grand nombre d'auteurs. En revanche, et contrairement aux auteurs classiques, le peu d'auteurs qui ont tenté l'étude de cette notion ont pu mieux l'analyser même si leurs opinions ont parfois divergé.

605. – C'est en effet à cette époque que la subsidiarité a été *clairement* reconnue pour la première fois, semble-t-il, comme *caractère* de l'action en enrichissement sans cause, et elle le fut par un auteur qui y a consacré une thèse¹¹¹⁰.

cause est ou non subsidiaire, mais celle de savoir s'il y a ou non lésion dans le patrimoine du demandeur. Et, il n'y a pas lésion tant qu'existe une action au profit du demandeur, qu'il pourrait exercer utilement (v. p. 179). Ce raisonnement est erroné, car le rejet ou la recevabilité de l'action dépend de savoir si le demandeur dispose d'autres actions qu'il peut valablement intenter et obtenir son dû, ceci d'une part, et d'autre part, la lésion *ne constitue pas* en droit français une source générale d'obligations. A moins que l'auteur n'ait voulu viser l'appauvrissement par son emploi du terme lésion, son raisonnement demeure néanmoins erroné. Il se fait une mauvaise conception de la lésion, et nous pensons qu'il aurait été plus exact de se référer plus simplement à l'idée de *préjudice*. En clôturant la partie consacrée aux conditions de l'action en enrichissement sans cause, l'auteur conclut en une formule concise, énonçant qu'au nombre de ceux-ci, se trouve l'appauvrissement d'un patrimoine et l'enrichissement d'un autre, qui lui est corrélatif, ainsi que l'absence de cause ou de titre pour conserver l'enrichissement, mais *aucune allusion n'est faite à la subsidiarité* (v. p. 198). – H. LOUBERS, *op. cit.*, p. 481 et s. Cet auteur estime que l'action en enrichissement sans cause est subsidiaire de la part du défendeur, et qu'elle ne l'est pas de la part du demandeur. Il explique son propos par le fait que celui qui subit un dommage pourra avoir une action en responsabilité contre l'auteur responsable du dommage ; et ceci ne l'empêchera point d'exercer l'action en enrichissement sans cause contre celui qui retire un profit du dommage qu'il subit, alors que l'action qui lui appartient contre un autre défendeur n'aura donné aucun résultat. La subsidiarité de cette action a été mal comprise par l'auteur ; et ce n'est de cette manière qu'est entendue aujourd'hui l'acceptation de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause. C'est bien à l'égard – et non de la part, dirons-nous plus exactement – du demandeur, et *non à l'égard du défendeur, et seulement à l'égard de celui-là*, que doit être appréciée la subsidiarité de cette action. Et nous dirons, que si l'action dont disposait *a priori* le demandeur s'est avérée être *sans aucun résultat*, à cause par exemple de l'insolvabilité de son contractant – hypothèse se présentant très fréquemment dans la pratique –, il faudra alors considérer comme si le demandeur *ne disposait pas de cette action*, car celle-ci était devenue *inefficace*, et, lui accorder conséquemment le bénéfice de l'action en enrichissement sans cause en tant qu'action subsidiaire venant pallier la défaillance de l'action originellement ouverte à lui. Et ce qui est le plus significatif, c'est que l'auteur site à l'appui de ses propos l'arrêt précité de la Chambre des requêtes du 15 juin 1892 ; et ceci nous permet de *valablement* faire sur son opinion la présente critique.

¹¹¹⁰ N. ALMOSNINO, thèse précit., n° 53 et les réf. citées. L'auteur s'est posé en effet la question de savoir si la subsidiarité qui gouverne l'action en enrichissement sans cause devait être considérée comme une condition de cette action ou bien si elle doit être considérée comme un caractère inhérent à celle-ci. C'est selon lui, la différence qui sépare entre le fait de considérer la subsidiarité de l'action comme une des conditions exigées en droit positif tel l'appauvrissement ou alors, celui de lui assigner un *domaine beaucoup plus important* et la qualifier comme ressortissant à la fonction et à l'objet de l'action. L'auteur cite Bonnecase comme ayant expliqué que la subsidiarité ne saurait aucunement être réduite à une condition de l'action en enrichissement sans cause, qu'elle ressortit au domaine d'application de cette

Cet auteur a, à juste titre, estimé que « *la théorie du caractère subsidiaire est inséparable de l'action en enrichissement sans cause* »¹¹¹¹, assertion qui n'a pas été aussi clairement faite avant lui.

606. – Ayant analysé la signification du caractère subsidiaire de cette action ; cet auteur possède également le mérite d'avoir clairement affirmé que, « *le domaine de l'action en enrichissement sans cause s'arrête là où commence le terrain contractuel* »¹¹¹². Cet énoncé résume de manière très nette la définition du caractère subsidiaire de cette action. Il demeure cependant *incomplet* ; l'acception étant ainsi définie du caractère subsidiaire de l'enrichissement sans cause est en effet *tronquée*, puisque l'auteur admet un peu plus loin que l'action en enrichissement sans cause pénètre parfaitement le domaine des délits, des quasi-délits et quasi-contrats¹¹¹³. Ainsi, seul le domaine de la volonté est rigoureusement préservé¹¹¹⁴. Bien que tronquée, la définition ainsi donnée du caractère subsidiaire de cette action marque un grand progrès dans la compréhension de cette notion¹¹¹⁵. Il ne faut pas en effet oublier qu'à l'époque où l'auteur a exprimé ses opinions, la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause n'était encore que récemment découverte et analysée.

607. – Quelques années plus tard, un autre auteur vient au contraire donner une acception *très restrictive* de la subsidiarité, estimant qu'il s'agit d'une notion artificielle et superflue, et, d'une limite arbitraire à l'action en enrichissement sans cause, non d'une détermination logique du domaine de l'institution¹¹¹⁶. Il admet que *seule l'utilité pratique*, peut constituer le fondement de la subsidiarité de l'action en

action et à la fonction de l'enrichissement sans cause dans le droit positif. Il conclut qu'il est préférable d'étudier la subsidiarité *indépendamment de ses conditions*.

¹¹¹¹ N. ALMOSNINO, *ibid.*, n° 55, p. 95, *in fine*.

L'auteur relève également que la théorie du caractère subsidiaire de cette action devait apparaître presque en même temps que l'apparition de celle-ci, v. : n° 50, p. 86. Cette assertion n'est que *partiellement* vraie. En effet, le fameux arrêt de la Chambre des requêtes du 15 juin 1892 qui a si triomphalement consacré l'existence de l'action en enrichissement sans cause, n'avait nullement évoqué la notion de subsidiarité de cette action. Sur cet arrêt, v. *supra* note 55 sous n° 32, note 1088 sous n° 591, et n° 596 et *infra* n°s 615 et 747. Cette notion ne fût posée que plus tard. Ceci d'une part, et de l'autre, la subsidiarité a été pendant longtemps reléguée au rang de *simple condition*, comme le montre la doctrine plus haut étudiée.

Comp. : J.-P. BÉGUET, thèse précit., n° 143. Cet auteur souligne au contraire, l'apparition relativement tardive de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, estimant que cette tardivité tient à la certitude acquise de l'impossibilité technique de préciser limitativement les conditions de cette action.

¹¹¹² N. ALMOSNINO, thèse précit., n° 62.

¹¹¹³ *Ibid.*, n° 64, p. 126.

¹¹¹⁴ L'auteur semble approuver cette solution, puisqu'il n'émet aucune critique. Il faut seulement souligner une exception au domaine extra-contractuel relevée, c'est celle de l'action en revendication, v. n°s 63 et 64.

¹¹¹⁵ Soulignons encore que l'auteur arrive en effet, à la conclusion selon laquelle, en plus du domaine des contrats et celui des actions tendant à une restitution en nature, l'action en enrichissement sans cause trouve également sa limite dans le respect de la séparation des pouvoirs, v. : N. ALMOSNINO, thèse précit., n° 86, p. 176 *in fine*.

enrichissement sans cause¹¹¹⁷. Aucune de ces deux assertions *ne peut être approuvée*. La subsidiarité est une caractéristique *nécessaire* et *inhérente* à l'action en enrichissement sans cause, décider le contraire aboutirait à *menacer* les institutions du Droit. L'utilité pratique ne pourrait seule aucunement *constituer le fondement de la subsidiarité de cette action* ; il existe des impératifs de valeur *hautement supérieure*, qui justifient l'existence de cette notion tel que, notamment, celui de sauvegarder les intérêts juridiquement protégés. Cet auteur en arrive à la conclusion selon laquelle, la subsidiarité apparaît comme « l'exigence d'une permission légale au moins implicitement révélée par le défaut de dispositions contraires »¹¹¹⁸. Cette définition donnée de la subsidiarité est *résolument réductrice de la notion*¹¹¹⁹. Nous ne pensons pas non plus qu'elle puisse être approuvée.

608. – Peu d'années plus tard, la subsidiarité devait connaître un regain d'intérêt sous la plume d'un autre auteur. Celui-ci a mis en valeur la distinction entre la subsidiarité subjective et la subsidiarité objective de l'action en enrichissement sans cause¹¹²⁰. C'est en effet, seule cette dernière qui nous intéresse dans la présente optique de subsidiarité ; étant donné que la distinction entre subsidiarité subjective et subsidiarité objective, est aujourd'hui *dépassée* avec la reconnaissance de l'autonomie de l'action en enrichissement sans cause. La subsidiarité de caractère

¹¹¹⁶ J.-P. BÉGUET, thèse précit., n° 118.

¹¹¹⁷ J.-P. BÉGUET, *ibid.*, n°s 144 et 147. L'auteur arrive à cette conclusion après avoir relevé que, la plus grande incertitude règne sur le fondement de la subsidiarité, v. : J.-P. BÉGUET, *ibid.*, n° 143, p. 248.

¹¹¹⁸ J.-P. BÉGUET, *ibid.*, n° 154. C'est sous l'intitulé relatif à la « fonction réelle de la subsidiarité », que l'auteur exprime cette opinion, aboutissement de son analyse sur cette notion.

¹¹¹⁹ On peut trouver un écho de cette pensée chez un auteur belge, v. : A. de BERSAQUES, note sous CA Gand, 29 janv. 1955 in R.C.J.B. 1957. 123, n° 6. Cet auteur estime qu'il est inexact et inutile de subordonner l'exercice de l'action en enrichissement sans cause à la condition de subsidiarité. Inexact, car il souligne que l'action en enrichissement sans cause peut être recevable *bien que le demandeur disposât d'un autre recours* ; c'est le cas lorsque le recours dont dispose le demandeur est devenu inopérant par suite de l'insolvabilité du débiteur. Inutile, car il estime que lorsque le recours à l'action en enrichissement sans cause a pour but d'éviter les règles du droit positif, on se trouve en face d'une fraude à la loi qui suffit – *à elle seule* – à priver cette action de tout effet. Aucune de ces deux assertions ne peut être approuvée, et elles peuvent être toutes les deux facilement réfutées. En ce qui concerne la première, considérer que le demandeur dispose effectivement d'une action valablement ouverte par la loi lorsque cette action se heurte à l'insolvabilité du débiteur, c'est *méconnaître* l'acceptation donnée de la subsidiarité et selon laquelle – rappelons le – l'action subsidiaire devient recevable lorsque l'action originellement ouverte par la loi pour le demandeur se heurte à *un obstacle de fait la rendant inefficace*, tel l'insolvabilité du débiteur. Sur cette acceptation de la subsidiarité, v. *supra* n°s 86 à 91. En ce qui concerne la deuxième, considérer que la sanction attachée à la fraude *suffirait* à éviter l'application de la loi subsidiaire au lieu et place de la loi principale, c'est simplifier à l'extrême les choses, qui souvent ne se présentent pas avec une telle clarté au juge, et c'est le plus souvent que, la fraude à la loi par l'emploi de l'action subsidiaire *se fait de manière inconsciente*.

Rappr. : D. J. PAREDES LEITE de CAMPOS, thèse précit., p. 436. Cet auteur souligne, dans ce même contexte, que se commet la fraude à la loi, *bien que ce soit de manière inconsciente*.

¹¹²⁰ F. GORÉ, thèse précit., n°s 183 et 196.

subjectif a été déjà évoquée par bon nombre d'auteurs et son analyse n'apporte rien à la compréhension de la notion de subsidiarité¹¹²¹.

609. – Ayant relevé que la célèbre formule d'Aubry et Rau contient une *condition restrictive*¹¹²², cet auteur fut le premier à avoir jusqu'alors affirmé que la subsidiarité caractérisant l'action en enrichissement sans cause implique *l'interdiction de tout cumul et de toute option entre celle-ci et toute autre action*¹¹²³. Cette opinion constitue incontestablement une importante avancée pour l'époque. La conception que l'auteur s'est fait de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause correspond fidèlement à celle qui en est admise aujourd'hui par la jurisprudence, et adoptée par une doctrine dominante.

610. – Paradoxalement, et presque la même année où parut la doctrine susmentionnée, un éminent auteur vient donner de la subsidiarité une conception *trop étroite* ; classant celle-ci parmi les conditions de l'action en enrichissement sans cause¹¹²⁴, il estime qu'elle est *peu utile*, et que la pratique finira par la supprimer à cause de son inutilité même¹¹²⁵. Cet auteur ajoute néanmoins qu'il faut quand même conserver cette règle *comme règle de prudence*¹¹²⁶.

Il considère qu'il est bon de maintenir comme principe l'idée de subsidiarité dans les hypothèses où l'absence de toute autre voie de droit *apparaît comme une condition distincte de l'absence de cause juridique*¹¹²⁷. Cette opinion est par trop *réductrice* de la subsidiarité, et ne correspond aucunement à la conception actuellement admise de cette notion, elle soulève par ailleurs la question du lien

¹¹²¹ Ces auteurs considéraient que les demandeurs n'intenteront l'action en enrichissement sans cause que *comme ultime recours*, car le montant de l'indemnisation qu'ils obtiendront sera dans le meilleur des cas tout au plus égal au montant prévu par la loi. C'est ainsi qu'ils expliquent que les demandeurs préféreront le plus souvent d'intenter l'action que leur offre le droit commun. Sur ce courant doctrinal, v. *supra* note 1109 sous n° 603. – Rapp. : F. GORÉ, thèse précit., n° 189. Cet auteur demeure cependant influencé par l'acception subjective de la subsidiarité, qui a d'ailleurs prévalu pendant longtemps. Il souligne que les cas dans lesquelles le demandeur jouit d'une action de droit commun qui est parfaitement efficace et tente quand même l'action en enrichissement sans cause, n'ont pas été soumises à la jurisprudence. Selon lui, il est rare qu'une personne ait l'idée de recourir à cette action lorsqu'elle a à sa disposition une action de droit commun efficace, et ceci à cause *des effets restreints de l'action en enrichissement sans cause*. – V. aussi qui demeure également influencé par cette conception subjective de la subsidiarité : A. CHANDRASEN, thèse précit., p. 63 *in fine*.

¹¹²² F. GORÉ, thèse précit., n° 187, p. 191.

¹¹²³ F. GORÉ, *ibid.*, n°s 192 et 194 à 196.

¹¹²⁴ P. ROUBIER, *La position française en matière d'enrichissement sans cause*, rapport aux travaux de l'Association Henri Capitant, tome 4, 1949, p. 38, spéc. pp. 47, 48 et 54. L'auteur classe « l'absence de toute autre voie de droit » – formule qu'il emploie pour désigner la subsidiarité – avec la condition d'absence de cause à l'enrichissement par mi les conditions juridiques de l'action en enrichissement sans cause.

¹¹²⁵ P. ROUBIER, *ibid.*, p. 55.

¹¹²⁶ P. ROUBIER, *ibid.*, p. 55.

¹¹²⁷ P. ROUBIER, *ibid.*, p. 56 *in fine*.

existant entre la cause de l'enrichissement et la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause¹¹²⁸.

Se trouvent ainsi exposées les principales opinions doctrinales des auteurs modernes sur la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, nous passons dans ce qui suit à l'analyse de la doctrine contemporaine sur cette question.

Par. 3 : La notion dans la doctrine contemporaine.

611. – La doctrine contemporaine est représentée par les auteurs des années s'étendant de 1960 jusqu'à nos jours. L'étude de la notion a attiré dans cette période, un important nombre d'auteurs.

La notion de subsidiarité a cependant été analysée de manière très variable et différenciée de la part de ces auteurs.

612. – Une doctrine autorisée a explicitement reconnu le *caractère subsidiaire* de l'action en enrichissement sans cause, classant néanmoins celui-ci parmi les *conditions* de l'action¹¹²⁹. Ces auteurs expliquent que celle-ci sera refusée à l'appauvri quand le législateur a prévu une *autre action*, soit que l'appauvri puisse exercer cette autre action, soit qu'il ne puisse en user *faute de remplir toutes les conditions exigées*, ou *parce qu'il l'a perdue*¹¹³⁰.

Cette opinion résume de manière très réussie les acceptions aujourd'hui reconnues de la subsidiarité. C'est – bien entendu – par rapport à la situation de l'appauvri et de son comportement, que la subsidiarité, et partant la *recevabilité*, de l'action en enrichissement sans cause, sera appréciée.

613. – Par ailleurs, un auteur a adopté une analyse quelque peu conservatrice de la subsidiarité, la classant parmi les *conditions* de l'action et la qualifiant de « condition juridique supplémentaire »¹¹³¹. Il procède néanmoins à une analyse, suffisamment exhaustive et convaincante, des *significations* de la subsidiarité¹¹³².

¹¹²⁸ Sur la problématique du lien entre la cause de l'enrichissement et la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, v. *infra* n^{os} 817 et s.

¹¹²⁹ H., L. et J. MAZEAUD, et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. T. 2, Vol. 1, obligations : théorie générale*, Montchrestien 1998, n^o 706.

¹¹³⁰ H., L. et J. MAZEAUD, et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. T. 2, Vol. 1, obligations : théorie générale, ibid.*, n^{os} 707 à 709.

¹¹³¹ A. CHANDRASEN, thèse précit., pp. 59 et 132.

¹¹³² A. CHANDRASEN, *ibid.*, pp. 62 à 75. L'auteur emploie plus exactement le terme « sens » ; c'est sous l'intitulé « sens du caractère subsidiaire de l'action de *in rem verso* », qu'il traite des acceptions de cette notion. Celles-ci sont au nombre de quatre. C'est ainsi que premièrement, l'action en enrichissement sans cause peut être intentée *seulement* dans le cas où l'appauvri ne dispose d'aucune autre action, et, deuxièmement, lorsque le demandeur dispose effectivement d'une autre action contre le défendeur, l'action en enrichissement sans cause doit être rejetée, et, troisièmement, lorsque l'action de droit commun est paralysée par un « obstacle de droit » ou bien par un « obstacle de fait provenant du chef du

L'analyse qu'il en fait correspond assez fidèlement aux acceptions de la subsidiarité telles qu'elles sont admises aujourd'hui.

614. – Un autre auteur a qualifié la subsidiarité de « présumé externe » de l'action en enrichissement sans cause et a estimé, qu'elle est inutile et inadéquate à interdire la subversion de l'ordre juridique¹¹³³, mais qu'elle pourrait en revanche constituer un *moyen de lutter contre la dégradation de la pensée juridique*¹¹³⁴. Une telle analyse néglige l'aspect fonctionnel et pratique de la subsidiarité ; vue ainsi elle n'aurait qu'un apport *doctrinal*. Or l'état du droit positif *dément* incontestablement cette opinion¹¹³⁵. Ce même auteur reconnaît néanmoins que la subsidiarité « continue à jouir de la faveur générale », il lui reconnaît au surplus le mérite d'*éviter* « un concours trop fréquent entre les normes de l'enrichissement sans cause et les autres normes qui règlent le vaste vecteur des déplacements patrimoniaux »¹¹³⁶. La subsidiarité ne devait pas par ailleurs, connaître une opinion plus favorable sous la plume d'un autre auteur – plus récent – qui, en a proposé le « rejet »¹¹³⁷.

615. – Considérant qu'elle constitue un legs de l'époque où l'action en enrichissement sans cause était dépendante de la gestion d'affaires, il estime que c'est la cause, et non pas la subsidiarité, qui évite la subversion de l'ordre juridique. Sur le premier point ; on pourrait dire qu'une telle méthode d'interprétation est quelque peu *dépassée*, l'action en enrichissement sans cause s'est depuis très longtemps *affranchie* de la gestion d'affaires, depuis précisément le célèbre arrêt – précité – du 15 juin 1892 qui – rappelons-le – *a proclamé son autonomie*¹¹³⁸, et, toute analyse de la subsidiarité soutenue aujourd'hui à partir de la dépendance outrepassée de cette action vis-à-vis de la gestion d'affaires, ne peut être approuvée. Quant au second

demandeur », l'action en enrichissement sans cause doit être exclue, et, en quatrième lieu, l'auteur termine par une interrogation : il se demande si dans le cas où l'action de droit commun est inopérante par suite de l'insolvabilité du débiteur, si l'action en enrichissement sans cause peut être admise contre le tiers enrichi.

¹¹³³ D. J. PAREDES LEITE de CAMPOS, thèse précit., pp. 444 et 445. Cet auteur estime que c'est la cause qui évite la subversion de l'ordre juridique. Sur la question des liens pouvant exister entre la subsidiarité et la cause, v. *infra* n^{os} 817 et s.

¹¹³⁴ D. J. PAREDES LEITE de CAMPOS, *ibid.*, pp. 434 à 440.

¹¹³⁵ Sur les – nombreuses – applications données en jurisprudence à la subsidiarité dans l'enrichissement sans cause, v. *infra* n^{os} 629 et s.

¹¹³⁶ D. J. PAREDES LEITE de CAMPOS, thèse précit., p. 445 *in fine*.

¹¹³⁷ N. NACHEF (El), *L'enrichissement sans cause en droit français et en droit libanais*, thèse Rennes I, 2001, spéc. n^{os} 484 à 513.

¹¹³⁸ Sur le fameux arrêt de la Chambre des requêtes du 15 juin 1892, v. *supra* n^{os} 32, 591, 596 et *infra* n^o 747.

point, qui soulève la problématique des rapports pouvant exister entre subsidiarité et cause, il sera discuté plus loin¹¹³⁹.

616. – D'autres auteurs ont également nettement réduit la valeur de la subsidiarité dans l'enrichissement sans cause, en la qualifiant de *condition*¹¹⁴⁰,

Un autre auteur a défini la subsidiarité comme un « obstacle légal à l'exercice de l'action en enrichissement sans cause »¹¹⁴¹. Nous pensons qu'il s'agit plus exactement d'une *caractéristique* de cette action qui constitue un *obstacle à la subversion de l'ordre juridique*. Cet auteur a examiné les différentes hypothèses dans lesquelles il y aurait une possibilité de concours entre l'action en enrichissement sans cause et les autres actions offertes par le droit positif¹¹⁴², pour arriver à la conclusion selon laquelle la crainte de voir aujourd'hui l'ordre juridique perturbé par la notion d'enrichissement sans cause, *a disparu* ; la subsidiarité devant « *intervenir là où il y a vraiment risque de perturbation de l'ordre préétabli* »¹¹⁴³.

617. – Un auteur mérite aussi d'être particulièrement signalé, qui a avancé l'idée selon laquelle, la subsidiarité relèverait du *domaine* de l'action en enrichissement sans cause, et que c'est la Cour de cassation qui a posé l'exigence de subsidiarité pour mettre des *limites* au domaine de l'action en enrichissement sans cause¹¹⁴⁴. Et nous pensons que c'est *cette opinion qui est la plus défendable*.

618. – Nous pouvons voir au terme de cet examen des opinions doctrinales sur la subsidiarité, qu'il n'y a pas d'unanimité sur la notion. Et que – relativement – peu d'auteurs se sont arrêtés sur la qualification à donner à la subsidiarité dans l'action en enrichissement sans cause, utilisant le plus souvent indifféremment les termes de « condition », « présupposé » ou de « caractère ».

¹¹³⁹ Sur la problématique des liens pouvant exister entre subsidiarité et cause, v. *infra* n^{os} 817 et s.

¹¹⁴⁰ Ch. ALBIGES, *op. cit.*, n^o 87. – P. MORVAN, *op. cit.*, n^o 170, p. 154 et n^o 425, p. 372. Cet auteur la qualifie de « stricte condition juridique ». – V. aussi : N. NACHEF (El), thèse précit., n^o 484.

¹¹⁴¹ Ch. FILIOS, thèse précit., pp. 478 et s.

¹¹⁴² L'auteur a examiné l'existence d'une telle possibilité pour le cas des prétentions contractuelles de responsabilité ; il constate qu'il *ne s'agit pas d'un concours alternatif de normes, mais d'une simple complémentarité*, v. Ch. FILIOS, thèse précit., n^o 539, p. 489 *in fine*. L'auteur examine également l'existence de cette même possibilité pour le cas des prétentions délictuelles ; il constate qu'il ne pourrait être conféré de choix au demandeur entre l'action en responsabilité civile et l'action en enrichissement sans cause, et que cette dernière ne peut avoir qu'une tâche *complémentaire* : c'est celle de « *réattribuer à la victime la part des profits lui étant réservés par le contenu de son droit* », v. : Ch. FILIOS, thèse précit., n^o 540, p. 492 *in fine*.

Sur l'opinion de l'auteur en ce qui concerne la fonction de « complémentarité » de la subsidiarité, v. *infra* n^{os} 754 et s.

¹¹⁴³ Ch. FILIOS, *ibid.*, n^o 544.

¹¹⁴⁴ H. PERINET-MARQUET, *Le sort de l'action de in rem verso en cas de faute de l'appauvri*, JCP 1982. 1. 3075, n^o 1.

619. – Par l'examen des opinions doctrinales sur la subsidiarité, nous avons cherché à clarifier encore mieux la notion et à apporter un plus à la discussion existant autour d'elle. Et, les opinions doctrinales prônant le rejet de cette notion, ne constituent au demeurant qu'un *vœu* ; la jurisprudence y reste sourde puisqu'elle consacre bel et bien la subsidiarité dans la théorie de l'enrichissement sans cause.

Et puisque les auteurs ne se sont pas, dans leur majorité, prononcés sur la qualification à donner à la subsidiarité dans cette théorie, il serait alors instructif de se tourner vers le droit positif, et examiner ce qu'il apporte sur cette question.

Sous-section 2 : L'apport du droit positif sur la question de la qualification de la subsidiarité dans l'enrichissement sans cause.

620. – De prime abord, il peut être observé que bon nombre d'arrêts parlent du « caractère subsidiaire » de l'action en enrichissement sans cause¹¹⁴⁵, cette affirmation s'est inscrite dans le temps au point que l'on pourrait dire qu'il s'agit ici d'une position et attitude uniformes et généralisées de la jurisprudence. Ces arrêts qui emploient franchement l'expression de « caractère subsidiaire », ne se prononcent pour autant pas sur la qualification à donner à la subsidiarité dans la théorie de l'enrichissement sans cause. On pourrait alors avancer, en se basant sur cet état de jurisprudence, l'idée selon laquelle, la subsidiarité constituerait le *caractère spécifique* de l'action en enrichissement sans cause¹¹⁴⁶.

621. – Cependant, la Cour de cassation a, *heureusement*, eu l'occasion et au moins une fois – à notre connaissance –, de se prononcer directement et clairement sur la question de la qualification du principe de subsidiarité dans l'enrichissement sans cause. Ce fut dans un arrêt – précédemment cité – de sa première Chambre civile du 4 avril 2006, dans lequel elle énonce que, « *le caractère subsidiaire reconnu à l'action fondée sur le principe de l'enrichissement sans cause ne constitue pas une fin de non-recevoir au sens de l'article 122 CPC mais une condition inhérente à l'action* »¹¹⁴⁷.

¹¹⁴⁵ V. par ex. : CA Lyon, 27 juin 1934 précit. : S. 1934. 2. 219, note anon. – CA Orléans, 5 janv. 1949 précit. : S. 1949. 2. 64, note anon ; Gaz. Pal. 1949. 1. 147, note anon. – CA Amiens, 19 mai 1958 précit. : Gaz. Pal. 1958. 2. 76, note anon. – Cass. 1^{ère} civ., 15 nov. 1988, n° de pourvoi : 87-13.356. – CA Douai, 11 sept. 2006 précit., n° de RG : 05/02307. – CA Rennes, 18 déc. 2007, n° de RG : 06/00867. – CA Pau, 11 oct. 2012 : Dr. famille n° 2, fév. 2013, comm. 23, note V. Larribau-Terneyre.

¹¹⁴⁶ V. : Ph. DRAKIDIS, art. précit., spéc. n^{os} 2 et 3.

¹¹⁴⁷ Cass. 1^{ère} civ., 4 avr. 2006 précit. : Bull. civ. 1, n° 194, p. 170 ; JCP G n° 18, 3 mai 2006, 4, 2022 ; Lexbase Le Quotidien du 20 avr. 2006, n° Lexbase N7035AKR ; RLDC 2006, n° 28, p. 11, obs. S. Doireau. Deux personnes ont vécu en concubinage de janvier 1988 jusqu'à juillet 1997. Ils ont vécu dans

L'affirmation que la subsidiarité constitue une *condition inhérente* à l'action en enrichissement sans cause est on ne peut, plus claire. On peut déduire, qu'au vu de cet arrêt, qui se présente assurément comme une décision de principe, la jurisprudence entend vraiment consacrer la règle selon laquelle la subsidiarité *constitue véritablement une condition de l'action en enrichissement sans cause*¹¹⁴⁸.

622. – Se trouvent ainsi quelque peu déçues les vœux d'une certaine doctrine, que nous partageons d'ailleurs, qui cherchait à donner une place plus importante à la subsidiarité dans l'enrichissement sans cause *que celle de simple condition*, à la hausser au grade de *caractéristique* de cette action, et, qui ressortirait au *domaine d'application* de celle-ci.

La règle consacrée ainsi par la jurisprudence, et selon laquelle la subsidiarité constituerait une condition de l'action en enrichissement sans cause a été réitérée, notamment, par les juridictions du fond¹¹⁴⁹.

623. – Il convient au regard de la solution consacrée par l'arrêt précité du 4 avril 2006, d'examiner quelles sont les conséquences qui s'attachent à cette solution. Et pour ceci, il nous faut reproduire les dispositions de l'article 122 CPC. Ce texte dispose :

un appartement acquis, le 16 décembre 1987, au seul nom de la concubine. A leur séparation, l'ex-concubin a assigné son ex-concubine en remboursement de diverses sommes qu'il lui avait versées. Il a fondé sa demande principalement, sur l'existence d'une promesse de cession de droits immobiliers sur cet appartement que lui aurait consentie la défenderesse et, subsidiairement, sur l'enrichissement sans cause. La cour d'appel a déclaré irrecevable sa demande fondée sur l'enrichissement sans cause. Le demandeur se pourvut alors en cassation. Le moyen du pourvoi faisait valoir qu'il y a eu violation de l'article 125 CPC – régissant les fins de non-recevoir –, au motif que les règles de preuve n'étant pas d'ordre public, la fin de non-recevoir prise du caractère subsidiaire de l'action en enrichissement sans cause ne l'est pas d'avantage lorsqu'elle est élevée dans le but d'empêcher l'éviction des conditions de preuve auxquelles serait assujettie une autre action. Le moyen du pourvoi faisait également valoir qu'il y a eu violation de l'article 16 CPC – régissant le principe du contradictoire –, car la cour d'appel a relevé d'office la fin de non-recevoir tirée de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause sans rouvrir les débats pour permettre aux parties de s'en expliquer. Ce raisonnement ne convainc cependant pas la Cour de cassation. Après avoir énoncé l'attendu plus haut reproduit, et pour rejeter le moyen en ses deux branches, elle poursuit énonçant que : « *M. X. (le demandeur) ayant subsidiairement fondé son action sur l'enrichissement sans cause, les règles régissant cette action et, notamment, son caractère subsidiaire se trouvaient nécessairement dans le débat ; qu'en ses deux premières branches, le moyen n'est pas fondé* ».

Sur cet arrêt, v. aussi *supra* note 1000 sous n° 512 et note 1023 sous n° 522.

¹¹⁴⁸ Cette solution de principe a d'ailleurs eu des échos dans les arrêts des juridictions du fond, v. par ex. : CA Rennes, 18 déc. 2007, n° de RG : 06/00867.

¹¹⁴⁹ V. par ex. : CA Pau, 11 oct. 2012 précit. : Dr. famille n° 2, fév. 2013, comm. 23, note V. Larribau-Terneyre. Cet arrêt énonce que : « *Le succès de l'action de in rem verso suppose la réunion de deux conditions* :

– *l'une, d'ordre matériel (...),*

– *l'autre, d'ordre juridique, supposant une absence de cause de l'enrichissement et le caractère subsidiaire de l'action* ».

« Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

624. – La première conséquence et qui est la plus évidente, c'est le rattachement de la subsidiarité au *fond du droit*, dans la théorie de l'enrichissement sans cause et ceci exclut nécessairement qu'elle puisse constituer une exception de procédure. Ainsi, invoquer la subsidiarité de l'enrichissement sans cause au cours de l'instance constituerait véritablement une *défense au fond*¹¹⁵⁰. Et, seraient ainsi applicables à la subsidiarité de l'enrichissement sans cause invoquée au cours du procès, les articles 71 et 72 CPC qui se rapportent aux « défenses au fond », et que nous reproduisons respectivement dans ce qui suit :

« 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 ».

« Les défenses au fond peuvent être proposées en tout état de cause ».

625. – La deuxième conséquence, c'est que la subsidiarité *ne peut être relevée d'office par le juge*. Cette deuxième conséquence est d'une importance *primordiale* au point de vue *procédural*, et a une incidence directe sur la marche du procès.

La qualification faite de manière prétorienne de la subsidiarité comme condition de l'action en enrichissement sans cause, a essentiellement des incidences sur le plan procédural. Mais il ne faut pas dans cette optique, confondre l'action subsidiaire avec la demande subsidiaire dans le procès¹¹⁵¹, et ne pas – bien entendu – oublier que l'action subsidiaire peut elle-même être valablement présentée dans le procès *comme demande subsidiaire*.

¹¹⁵⁰ La jurisprudence a eu plus d'une fois l'occasion de clarifier cette question, v. : CA Nîmes, 20 nov. 2007, n° de RG : 04/01751. En l'espèce, un jugement avait condamné une mère à verser à son fils une indemnité pour les travaux de construction ou de rénovation d'immeubles qu'il avait réalisés au profit d'elle. Elle interjeta appel de ce jugement. Elle alléguait que l'action en enrichissement sans cause ne serait pas recevable, premièrement, en raison du principe de subsidiarité (...), deuxièmement, pour défaut de preuve de l'appauvrissement du demandeur, et troisièmement, pour défaut de preuve de l'absence de cause des travaux. Sur ses allégations la cour de Nîmes répond par l'attendu suivant en édictant une solution *de portée générale*, et énonce que : « *Attendu qu'aucun de ces moyens ne constitue une fin de non-recevoir, car ils concernent tous les conditions de fond de l'action "de in rem verso", et seront donc analysés ensemble, en considération du résultat des opérations d'expertise, dans le cadre de l'examen des prétentions de Hocine X (l'intimé) sur le fond* ». Donc, selon cet arrêt, la subsidiarité se range aux nombre des *conditions* de l'action en enrichissement sans cause avec celle d'appauvrissement et d'absence de cause à l'enrichissement. Une telle solution est tout à fait *défendable*. – CA Nîmes, 8 janv. 2008, n° de RG : 04/01413. La cour énonce dans un *attendu de principe*, que : « *le principe de subsidiarité de l'action de "in rem verso" n'est pas une condition de recevabilité, mais une condition de fond* ».

Les deux arrêts de la cour de Nîmes du 20 novembre 2007 et du 8 janvier 2008, se situent dans la droite ligne de la jurisprudence inaugurée par l'arrêt précité de la première Chambre civile du 4 avril 2006 (citée *supra* note 1147).

¹¹⁵¹ Sur la subsidiarité processuelle et la demande subsidiaire dans le procès, et, v. *supra* n°s 478, et 479 et s.

626. – Soulignons au surplus, qu’à la demande d’indemnisation fondée sur l’enrichissement sans cause s’applique *naturellement*, l’alinéa deuxième de l’article 12 CPC qui dispose :

« Il [le juge] doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s’arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ».

En d’autres termes, le juge pourrait valablement faire droit à une demande fondée sur l’allégation d’un enrichissement dépourvu de juste cause quand bien même le demandeur *n’ait pas nommément désigné celle-ci « d’action en enrichissement sans cause »*¹¹⁵².

627. – Ceci dit, nous allons maintenant nous pencher sur le droit libanais, et examiner quelle qualification il donne à la subsidiarité dans l’enrichissement sans cause.

Le droit libanais consacre expressément la subsidiarité de l’action en enrichissement sans cause à l’article 141 § 4 C.O.C.¹¹⁵³, et ceci facilite considérablement de pouvoir déterminer la qualification de cette notion dans l’enrichissement sans cause.

Soulignons en premier que l’article 141 se situe dans le Titre troisième du Livre second du Code, ce Livre second se rapporte aux « sources des obligations et des conditions mises à leur validité ». L’article 141 en question se situe plus précisément sous le chapitre premier dudit Titre troisième, ce chapitre est relatif aux « principes généraux » de l’enrichissement sans cause. Donc, l’article 141 régit les *principes généraux qui gouvernent l’action en enrichissement sans cause*.

Mais le plus important au regard de la qualification, est de souligner que l’article 141 C.O.C. range la subsidiarité parmi les *conditions d’existence* de l’action en enrichissement sans cause. Ce texte énumère les différentes conditions de

¹¹⁵² La Cour de cassation a, heureusement, eu l’occasion d’affirmer une telle solution, v. : Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 1972 : Bull. civ. 1, n° 88, p. 77. La Cour énonce dans un attendu de portée générale, que : « *les juges du fond, qui ont qualité pour conférer à une demande son véritable fondement juridique dans la limite des faits dont ils sont saisis, n’excèdent pas ces limites, ne modifient la cause de la demande ni violent les droits de la défense lorsqu’ayant constaté, dans le cadre du compte qu’il leur est demandé de faire, l’existence de l’appauvrissement d’un patrimoine et l’enrichissement corrélatif d’un autre patrimoine, ils ont fait application des règles de l’enrichissement sans cause* ». – Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 1975 : Bull. civ. 1, n° 158, p. 135. La première Chambre civile énonce dans un attendu de grande clarté, que : « *la cour d’appel relève que si Gaubert n’a pas devant les premiers juges donné une qualification exacte du support de sa demande, la nature de ses rapports avec Y. étant fondée sur des liens familiaux s’insèrent mal dans un cadre juridique précis, il n’en demeure pas moins “que par son travail il a causé un enrichissement de Y. dont celui-ci doit la contrepartie”* ». Sur cet arrêt, v. aussi *infra* note 1338 sous n° 746. – Cass. 1^{ère} civ., 15 janv. 1980 : Bull. civ. 1, n° 27 ; JCP 1980. 4. 122.

¹¹⁵³ Sur le texte de l’article 141 § 4 C.O.C., v. *supra*, n° 39.

recevabilité de l'action et c'est en dernier qu'est évoquée la subsidiarité¹¹⁵⁴. L'article 141 précité dispose :

« L'obligation de l'enrichi envers l'enrichisseur n'existe, sous cette forme et en vertu de cette source que si les conditions suivantes sont réunies (...) ».

628. – Il semble donc, qu'en vertu de l'article 141, la subsidiarité devait en droit libanais, et à l'instar du droit français, être considérée comme *une condition* de l'action en enrichissement sans cause.

Les droits libanais et français se rejoignent donc quant à la qualification qu'ils donnent à la subsidiarité dans l'action en enrichissement sans cause¹¹⁵⁵, savoir celle de *condition à l'exercice de l'action en enrichissement sans cause*.

Après l'étude de la qualification donnée en droit positif à la subsidiarité gouvernant l'action en enrichissement sans cause, nous passons à présent, et dans une section troisième, à l'étude des applications données à la subsidiarité dans l'enrichissement sans cause.

Section 3 : Les applications données à la subsidiarité dans l'enrichissement sans cause.

629. – On assigne en général à l'enrichissement sans cause un domaine très large. Le fondement d'équité reconnu à cette action interdit qu'on en limite *a priori* le domaine¹¹⁵⁶.

630. – Cependant l'observation de la jurisprudence révèle qu'il existe deux domaines distincts à la théorie de l'enrichissement sans cause. Ces domaines ainsi déterminés sont *fonction de l'objet* de l'action en enrichissement sans cause, savoir les relations dans lesquelles intervient cette action. Il existe certains rapports entre individus sujets de droit, qui pourraient laisser la place à l'exercice de l'action en enrichissement sans cause. Ces rapports sont régis par des règles de droit appartenant à un corps de règles spécifiques, celles-ci faisant partie de ce qu'on appelle le *droit*

¹¹⁵⁴ Selon l'article 140 C.O.C., les conditions d'existence de l'action en enrichissement sans cause, autres que la subsidiarité sont : un enrichissement qu'il soit direct ou indirect, pécuniaire ou moral ; un appauvrissement corrélatif subi par l'enrichisseur ; l'inexistence d'une cause justifiant l'appauvrissement éprouvé et l'enrichissement y correspondant.

¹¹⁵⁵ Il n'est pas possible à cet égard de dire que le droit libanais a repris la solution prétorienne du droit français, celle consacrée par l'arrêt précité du 4 avril 2006, puisqu'elle lui est de loin *postérieure*, le Code libanais des obligations et des contrats ayant été promulgué en 1932. Mais nous pensons bien que le droit libanais a dans les textes du Code des obligations et des contrats, adopté une doctrine et des conceptions défendues par d'éminents auteurs français de l'époque, et c'est ce qui explique que les deux droits français et libanais se rejoignent sur ce point *bien que les procédés mis en œuvre diffèrent*.

¹¹⁵⁶ Ph. DEROUIN, *Le paiement de la dette d'autrui. Répétition de l'indu et enrichissement sans cause*, D. 1980, chron. 199, n° 5.

spécial par opposition au droit commun¹¹⁵⁷. L'action en enrichissement sans cause intervenant dans un domaine ressortissant à ce droit spécial devait obéir à certaines restrictions, restrictions qui sont *tributaires* de ce domaine particulier. Ces restrictions qui constituent autant de contraintes et se distinguent de celles qui pourraient s'appliquer lorsque cette même action intervient dans le domaine général du droit commun, qui est celui des obligations civiles vues dans une perspective plus large. Cette distinction ainsi révélée entre le domaine général de l'enrichissement sans cause, et le domaine particulier de cette théorie, a *une incidence certaine et directe* sur le principe de subsidiarité qui gouverne cette action, en ce sens qu'elle sera plus ou moins *valorisée* selon que l'on se trouve dans le domaine général de l'enrichissement sans cause, ou dans le domaine particulier de cette théorie.

631. – Distinguer donc le domaine général de l'enrichissement sans cause de son domaine particulier devait revêtir un *certain intérêt*¹¹⁵⁸, autrement une telle distinction serait superflue.

C'est ainsi qu'il convient, au vu de ce qui a été dit, d'étudier séparément dans une sous-section première, le domaine général de l'action en enrichissement sans cause, et, dans une sous-section deuxième, le domaine particulier de celle-ci, pour clairement identifier le rôle de la subsidiarité dans chacun des deux.

Sous-section 1^{ère} : Le domaine général de l'enrichissement sans cause.

632. – On serait tenté de considérer que le domaine général de l'action en enrichissement sans cause se rattacherait à celui des obligations et des contrats, et celui de la responsabilité civile. Une telle approche est cependant mauvaise ou *incomplète*, car, vue de cette manière, l'action en enrichissement sans cause viendrait en concours avec les actions découlant des conventions légalement formées, et, avec les actions fondées sur la responsabilité civile.

Or, comme nous l'avons vu lors de l'étude des acceptions de la subsidiarité, il n'est point permis que l'action en enrichissement sans cause vienne concurrencer les lois valablement applicables aux rapports de droit, et envahisse le domaine des rapports juridiquement protégés et mette ainsi en échec l'application des lois dûment

¹¹⁵⁷ R. GASSIN, *Lois spéciales et droit commun*, D. 1961, chron. 91.

¹¹⁵⁸ Rappr. : E. SAVAUX, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2009 in Rép. Def. 2009, p. 1285, § 38964, n° 5 et les réf. citées. Cet auteur fait allusion à l'existence d'une différence d'attitude chez la Cour de cassation selon la matière concernée, faisant corrélativement naître un courant différent de jurisprudence ;

applicables à une situation juridique déterminée. De plus, et surtout, celle-ci ne peut aucunement être admise lorsque l'enrichissement *trouve une cause, légitime, dans une convention légalement formée*¹¹⁵⁹.

633. – On se demande alors si la définition du domaine général de l'action en enrichissement sans cause ne se ferait donc pas de manière *négative*. Ce domaine serait ainsi constitué par les matières *qui n'entrent pas dans le domaine particulier des obligations et des contrats*, ou dans celui de la *responsabilité civile*.

634. – Une approche exacte de la question de l'application de l'action en enrichissement sans cause dans un contexte contractuel consisterait à admettre la recevabilité de celle-ci, non pour bouleverser ou suppléer les rapports contractuels, mais plus exactement, pour s'appliquer là où les rapports contractuels ne peuvent valablement recevoir application car ils sont, *dépourvus d'efficacité*¹¹⁶⁰. Ou alors, l'action en enrichissement sans cause trouverait à s'appliquer, lorsque la créance de réparation née du fait de l'enrichissement constitue une *conséquence* du rapport contractuel, sans – bien entendu – *entrer dans le champ contractuel*.

635. – En ce qui concerne la responsabilité civile, l'action en enrichissement sans cause n'est pas *a priori* exclue. Elle pourrait avoir un rôle de *complémentarité*. La subsidiarité de cette action rejoindrait ainsi la notion de *complémentarité*. Au lieu de suppléance pure et simple, il s'agirait plutôt d'un *rôle complémentaire joué par la subsidiarité*.

636. – L'étude de la jurisprudence nous montre que, le domaine général d'application de l'enrichissement sans cause concernerait *principalement*, le droit

c'est ainsi que les « situations paramatrimoniales », tel qu'il les désigne, résistent au droit, et *attestent un besoin particulier de justice auquel l'action en enrichissement sans cause peut répondre*.

¹¹⁵⁹ Cette solution résulte d'une jurisprudence *séculaire*, v. : CA Paris, 26 juin 1899 : S. 1901. 2. 167. – Cass. req., 12 fév. 1923 : D.P. 1923. 1. 64. – Cass. civ., 11 fév. 1931 : D.P. 1931. 1. 129. – CA Paris, 21 avr. 1937 précit. : Gaz. Pal. 1937. 2. 426, note anon. – Cass. civ., 28 fév. 1939 : Gaz. Pal. 1939. 1. 813. – Et pour une réaffirmation plus récente de cette solution : Cass. soc., 17 juin 1960 : Bull. civ. 4, n° 648, p. 503. Qui constitue un arrêt de principe, et où la Cour énonce que : « *n'est pas un enrichissement sans cause celui qui a son origine dans l'un des modes légaux d'acquisition des droits tel un contrat* ». – V. aussi qui reprend textuellement le même attendu : Cass. 3^{ème} civ., 25 fév. 1975 : Bull. civ. 3, n° 77, p. 58. – Cass. 3^{ème} civ., 28 mai 1986 : Bull. civ. 4, n° 83, p. 64 ; RTD civ. 1987. 545, obs. J. Mestre. – V. aussi : Cass. com., 29 mars 1994 : Bull. civ. 4, n° 128, p. 99. Qui énonce que : « *dès lors que l'appauvrissement et l'enrichissement trouvant leur cause dans une convention conclue entre les parties, ils ne peuvent ouvrir droit à indemnité* ». – V. aussi dans le même sens mais en des termes moins généraux : Cass. com., 18 janv. 1994 : Bull. civ. 4, n° 27. – V. aussi pour une réaffirmation plus récente encore de cette solution : Cass. soc., 19 janv. 1999 : Bull. civ. 5, n° 36, p. 27 ; D. 1999, IR. 50. – Cass. 3^{ème} civ., 5 oct. 1999 : Dr. et Pat. n° 78, janvier 2000, p. 92, § 2480.

¹¹⁶⁰ Rappelons que les rapports contractuels se trouvent privés d'efficacité à cause principalement, de l'insolvabilité du débiteur.

commercial, plus spécialement le droit de la faillite¹¹⁶¹, le droit des sûretés, les régimes matrimoniaux, les situations se rapportant à l'inexécution des obligations découlant de contrats et de contrats spéciaux, ainsi que celles se rapportant à l'annulation et à la résolution de ceux-ci.

637. – En ce qui concerne le droit de la faillite, la Cour de cassation a eu depuis longtemps, l'occasion d'affirmer l'application de principe de l'action en enrichissement sans cause lorsque notamment, des avantages ont été procurés, *sans cause*, au commerçant déclaré en faillite et ont *profité directement à la masse des créanciers*¹¹⁶².

¹¹⁶¹ On l'a désigné ainsi car la jurisprudence étudiée, se rapporte à l'époque où était encore applicable l'ancien droit de la faillite. Aujourd'hui, on l'aurait désigné par le « droit des entreprises en difficultés ».

¹¹⁶² Cass. civ., 22 fév. 1888 précit. : S. 1890. 1. 535. En l'espèce, un créancier avait payé la dette que son débiteur devait à une banque et qui s'élevait à la somme de 9305 F. Ce dernier était en effet débiteur de ce créancier d'une somme de 20000 F. La dette due à la banque était garantie par un warrant sur des vins déposés par le débiteur aux docks d'Epinal. Ce dernier warrant ayant été annulé, un second warrant de 18000 F. sur les mêmes marchandises, fut délivré le lendemain, soit le 1^{er} septembre et payé à l'ordre du créancier. Le 11 octobre suivant, le débiteur fut déclaré en faillite par un jugement du tribunal de commerce de Dôle, et la date de la cessation des paiements fut fixée au 1^{er} septembre précédent. Le créancier fit alors vendre les vins warrantés, et prétendit avoir le droit de retenir sur le prix de la vente la somme de 9305 F. qu'il avait payée à la banque, créancière. La cour d'appel a repoussé cette prétention au motif que si le paiement avait eu lieu, le débiteur n'était pas dessaisi, et que les actes exécutés par le créancier ne concernaient que le débiteur et non la masse des créanciers qui n'était pas encore constituée. La Cour commence par poser les principes applicables en la matière, et énonce que : « *attendu, en droit, que d'une part, nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, en qu'en vertu de ce principe, celui qui s'est immiscé dans les affaires d'autrui a le droit de lui réclamer le remboursement des dépenses par lui faites jusqu'à concurrence du profit qui lui a procuré* ». Comme nous l'avons évoqué précédemment, nous voyons que dans cet arrêt, la Cour de cassation a appliqué de manière *cumulative* les théories de la gestion d'affaires et de l'enrichissement sans cause. Et, sur le statut de failli – tel qu'appliqué à l'époque – et l'effet du jugement déclarant la faillite, la Cour poursuit et énonce que : « *d'autre part, il résulte du rapprochement des articles 437 et 441 (ancien) C. com., que la loi considère le commerçant comme failli, et le qualifie tel, par cela seul qu'il a cessé ses paiements, et avant toute déclaration émanée, soit de lui-même, soit du tribunal de commerce, en telle sorte que le jugement déclaratif ne crée pas l'état de faillite, mais ne fait que le proclamer, comme nécessairement préexistant* ». Et, pour censurer l'arrêt d'appel, elle énonce : « *qu'il suit de là que tous les avantages procurés, comme dans l'espèce, au failli par le fait d'autrui, dans la période de la cessation des paiements et dans les dix jours qui l'ont précédée, profitent directement à la masse des créanciers, qui est tenue par conséquent de l'en indemniser jusqu'à concurrence du bénéfice qu'elle a en retiré, comme l'aurait été le failli lui-même* ». – Et pour les juridictions du fond, v. un jugement adoptant une motivation exemplaire et qui est d'un grand apport doctrinal : Trib. com. Roanne, 2 juill. 1924 précit. : Gaz. Pal. 1924. 2. 575, note anon. En l'espèce, un banquier ignorant la faillite déjà déclarée de son client, qui a chez lui un compte-courant, reçoit de lui des effets de commerce et lui remet de son côté une certaine somme d'argent. Puis, sur la demande du syndic, il lui restitue les effets de commerce : la remise qui en a été faite au banquier est en effet inopposable à la masse des créanciers en raison du dessaisissement. Le problème consistait à savoir si le banquier pouvait à son tour réclamer les fonds au failli. Mais il se fait que celui-ci a remis au syndic la somme en question. La banque assigna son client en lui demandant le remboursement de cette somme, qui était de 3500 F., et des sommes qui ont été rapportées par les créanciers payés après la faillite. Le tribunal a procédé à la qualification des actes litigieux et a ainsi qualifié la remise des effets de commerce en un « simple mandat d'encaisser », quant au versement de fonds, il a considéré qu'il ne constituait qu'une « avance ». Puis sur les effets de la faillite sur le débiteur, le tribunal énonce que : « *Attendu que la faillite a pour effet de dessaisir le failli de l'administration de ses biens ; qu'il est incapable de donner un mandat ; que celui qu'a donné Muzelle (le failli) était nul et que c'était au syndic seul à faire rentrer le montant des effets restés en la possession du failli ; que, par contre, l'avance de 7000 F. étant la contrepartie du mandat d'encaisser, l'opération était nulle pour l'ensemble, et les sommes devaient être restituées à celui qui les avait avancées* ». Et sur les effets de l'annulation, le tribunal énonce que, celle-ci,

638. – En droit des sûretés, l'action en enrichissement sans cause a pu trouver application à l'encontre d'une épouse ayant obtenu un jugement condamnant son époux, qui l'a abandonnée sans ressources, à lui payer une pension alimentaire, lorsque l'hypothèque consentie sur l'immeuble constituant la garantie de l'hypothèque légale de cette créance¹¹⁶³, a été annulée pour cause de simulation du contrat d'acquisition dudit immeuble, dès lors que l'emprunt que garantissait cette hypothèque *avait servi au paiement de la créance privilégiée des entrepreneurs qui y ont édifié des constructions* et, *qu'il a donc profité à celui-ci*¹¹⁶⁴. L'annotateur de

« se résout en une créance d'argent de la Banque nationale de crédit (la banque) contre Muzelle ». Puis sur l'action de la banque, le tribunal affirme que celle-ci est dirigée contre le syndic représentant la masse, et qu'elle tend à la restitution totale de la somme, et ceci, sans soumission à la loi du dividende. Après avoir reconnu le principe du droit à restitution, le tribunal poursuit et raisonne sur la *nature* de l'action que pourrait exercer la banque pour recouvrer sa créance, et il énonce que : *« Attendu que cette action ne peut se baser sur un droit privilégié quelconque, les privilèges étant de droit étroit ; qu'elle ne peut non plus, constituer une action en revendication, car elle a pour objet non un corps certain ou des marchandises, mais une créance de somme d'argent ; qu'il reste à rechercher si, comme le soutient la banque, il peut s'agir d'une action "de in rem verso" »*. Ayant éliminé les deux possibilités d'existence d'un privilège et d'une action en revendication, le tribunal va alors examiner, suivant en ceci les allégations de la banque, demanderesse et créancière, si l'action en enrichissement sans cause serait applicable à l'espèce. Poursuivant et rappelant la célèbre formule d'Aubry et Rau sur la subsidiarité de cette action – que nous reproduisons partiellement ici –, il énonce que : *« Attendu qu'il est reconnu que cette action est la sanction de la règle d'équité qu'il n'est pas permis de s'enrichir sans cause légitime aux dépens d'autrui et qu'elle doit être admise dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant effectivement enrichi sans cause au détriment de celui d'une autre (...) »*. Poursuivant toujours sa motivation, le tribunal constate d'une part, *la réalisation de l'enrichissement* et, d'autre part, *l'absence d'une cause à celui-ci*, et énonce que : *« Il n'est pas discutable qu'en l'espèce l'actif de la faillite est aujourd'hui accru de la somme reversée par le failli à son syndic, somme dont la provenance est nettement établie par les termes du reçu ; que d'autre part, on chercherait en vain à cet accroissement une cause légitime puisque l'opération grâce à laquelle Muzelle (le failli) s'était procuré les fonds était radicalement nulle »*. C'était donc à cause de la nullité qui frappait l'opération de remise des effets de commerce et celle de versement de fonds qui s'en est suivie, que l'enrichissement de la masse des créanciers se trouvait être *dépourvue de cause*. La voie de l'action en enrichissement sans cause devait donc être ouverte à la banque. C'est alors que, le tribunal constatant l'absence de toute autre action au profit de celle-ci, énonce : *« qu'il est également certain que la banque ne peut agir contre le syndic en vertu d'un contrat ou d'un quasi-contrat, puisque c'est non au syndic, mais au failli, qu'elle avait remis les fonds ; qu'elle ne pourrait invoquer non plus un délit ou un quasi-délit, qui n'existent évidemment pas, le syndic ayant exigé les fonds que détenait Muzelle (le failli) en vertu du principe légal de dessaisissement du failli »*. Et le tribunal de déduire, *logiquement*, que : *« les conditions requises pour l'exercice de l'action de in rem verso se trouvent donc réunies en l'espèce »*.

¹¹⁶³ Au temps où l'arrêt rapporté a été rendu, c'était l'ancien article 2121 C.C. qui attribuait la garantie de l'hypothèque légale à tous les droits et toutes les créances qu'une femme mariée a ou peut avoir contre son mari, et n'impliquait aucune distinction entre les diverses créances de celle-ci. Actuellement, l'hypothèque légale des époux est régie par l'article 2400 C.C., et les articles 2402 à 2408 du même Code.

¹¹⁶⁴ CA Paris, 5 juin 1905 : S. 1907. 2. 273, note crit. A. Wahl. Il convient de retracer les faits de l'espèce qui sont assez complexes. Un mari qui avait abandonné sa femme, la laissant sans ressources, a été condamné, par un jugement du tribunal civil de la Seine en date du 12 novembre 1894, à lui payer une pension alimentaire en vue de subvenir à l'entretien de l'enfant issu du mariage. Il a été condamné à lui payer une pension mensuelle de 40 fr. La créance qui résulte du jugement de condamnation doit être considérée comme garantie par l'hypothèque légale de la femme. Celle-ci a été colloquée, à la date du 10 novembre 1884, jour de la célébration du mariage, pour la somme de 1040 fr., montant de 36 mois de pension alimentaire échus depuis le 1^{er} juillet 1898. Le divorce a été prononcé entre les époux le 4 novembre 1897, et la communauté de ces époux a été dissoute par ce divorce. Cette communauté a été acceptée par l'ex-épouse le 14 juin 1898. Et puisque la communauté n'a pas encore été liquidée, la collocation obtenue par l'ex-épouse pour la somme de 1040 fr. en question, n'a été établie au règlement définitif qu'à titre éventuel.

l'arrêt a critiqué la voie que celui-ci a suivie pour arriver à la solution susmentionnée¹¹⁶⁵. Quant à nous, nous pensons qu'il se dégage de cette décision, *une*

Un jugement du tribunal civil de la Seine du 14 janvier 1899, confirmé par la cour d'appel de Paris en date du 3 avril 1901, a déclaré que la maîtresse de l'époux n'a jamais eu aucun droit de propriété sur l'immeuble dont le prix est en distribution, lequel appartenait, en réalité, à la communauté des époux désormais divorcés. Ledit jugement a énoncé que la prétendue acheteuse, n'a pu agir, lorsqu'elle faisait l'acquisition dudit immeuble, qu'au nom et pour le compte de l'ex-époux. Et un autre fait est à signaler : ladite acheteuse avait consenti des hypothèques au profit d'entrepreneurs ayant fait des constructions sur ledit immeuble. Il ressort des motifs et du dispositif du jugement précité du 14 janvier 1899, que l'instance qu'il a solutionné était une instance en *déclaration de simulation*, et non une application de la loi paulienne. Les actes successifs du 11 juin 1893 et du 14 novembre 1895, d'acquisition dudit immeuble formant la communauté des ex-époux, ont été, en ce qui concerne les droits de ladite prétendue acheteuse, frappés de nullité. Et par conséquent, celle-ci n'ayant jamais été propriétaire, n'a pas pu conférer des hypothèques valables. C'est ainsi que l'inscription hypothécaire prise le 2 janvier 1896 par les entrepreneurs, n'a pu produire aucun effet. La collocation desdits titulaires d'hypothèque a par conséquent, été rejetée.

Un appel a été interjeté par les entrepreneurs, titulaires de l'hypothèque litigieuse.

La cour d'appel de Paris a estimé que puisque le contrat d'acquisition fait par la maîtresse de l'ex-époux a été annulé pour cause de simulation, cette annulation entraîne la nullité de l'hypothèque constituée sur l'immeuble. Elle relève que la vente de l'immeuble a atteint le chiffre de 8.450 fr., alors que le terrain a été acquis au prix de 2100 fr., et que donc la différence entre ces deux chiffres correspond clairement à la valeur des constructions. La prétendue acheteuse avait sollicité un prêt et qu'elle avait déclaré devant le notaire que ce prêt était destiné à un paiement. La cour d'appel en déduit qu'il y a ici une présomption suffisante que cet emprunt avait pour but de faire face au paiement de la créance privilégiée des entrepreneurs. La cour d'appel relève que, faute pour les intimés d'établir que les travaux de construction effectués sur ledit immeuble ont été intégralement payés à une date antérieure, et énonce : « *qu'il convient d'admettre (...) que le prêt a servi jusqu'à due concurrence à ce paiement ; qu'il a donc profité à l'immeuble, et que la dame Deschelette (l'ex-épouse) en est tenue en vertu de l'action "de in rem verso", conformément à l'article 1381 C.C.* ». Elle infirme alors le jugement attaqué.

¹¹⁶⁵ A. WAHL, note critique sous l'arrêt rapporté in S. 1907. 2. 275 et les réf citées. L'auteur relève que la jurisprudence et une majorité d'auteurs reconnaissent que l'hypothèque obtenue de bonne foi par un créancier du propriétaire apparent est valable, si le propriétaire apparent est le prête-nom du propriétaire réel, c'est-à-dire si le titre apparent de propriété a été constitué avec l'agrément de ce dernier. Il s'agit dans notre hypothèse, des entrepreneurs qui ont édifié des constructions sur l'immeuble litigieux, et de la maîtresse de l'époux, qui de connivence avec celui-ci a acquis cet immeuble. De plus, et tel que le relève l'arrêt rapporté, la bonne foi des desdits créanciers était certaine. Il fallait, selon lui, considérer l'hypothèque litigieuse comme valable et produisant, par conséquent, les effets ordinaires de l'hypothèque. Cet auteur souligne que c'est en réalité par un détour, que l'arrêt est arrivé à effectivement décider que le propriétaire véritable et ses créanciers hypothécaires devaient respecter l'hypothèque consentie par le propriétaire apparent. L'auteur vise par ceci, le recours à la théorie de l'enrichissement sans cause. C'est ainsi que le « motif » par lequel la cour de Paris oblige l'ex-épouse, créancière, munie d'une hypothèque légale sur les biens de son mari, propriétaire réel, c'est que la somme avancée par le créancier hypothécaire *avait servi à éteindre une créance privilégiée*.

Cet ainsi que cet auteur termine sa note en proposant que soient évitées les idées de fraude et d'enrichissement, ce qui, selon lui, aurait abouti à l'adoption de la solution susmentionnée avec une plus grande facilité.

Nous pensons qu'au contraire, il ne s'agit ici aucunement d'un « détour » employé pour parvenir à la solution en question, mais, plus simplement, d'un *choix* opéré par la cour de Paris dans la manière d'appréhender le problème, et qui a pour avantage certain d'éviter les méandres du droit des sûretés dans lequel interfère la question de la simulation et de ses effets.

A la différence du Code des obligations et des contrats libanais, *le Code civil français ne contient aucun article, ni aucune disposition sur la simulation*. Le Code libanais des obligations et des contrats traite de la « cause simulée » à l'alinéa second de l'article 197. Ce texte dispose :

« La cause simulée ne vicie pas, par elle-même et en principe, le contrat, lequel demeure valable si la cause réelle de l'obligation est licite ».

Le Code civil français traite seulement de la contre-lettre, et ceci à l'article 1321 qui dispose :

« Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers ».

Or la contre-lettre et la conclusion d'un acte simulé sont deux processus *complètement différents*. L'existence de la contre-lettre suppose qu'il y ait une convention secrète, correspondant à la réalité, et, un acte ostensible *modifiant ou supprimant cette réalité*. Alors que, lorsqu'il y a acte simulé, il n'existe pas deux conventions une secrète et l'autre ostensible, mais un seul et même acte juridique par lequel les

impression d'iniquité ; l'épouse trompée et contre laquelle une fraude a été commise, se trouve condamnée, sur le fondement de l'enrichissement sans cause, à indemniser les titulaires de créances privilégiées pour la raison que l'immeuble sur lequel elle jouit d'une hypothèque légale a reçu une plus-value du fait des constructions que ceux-ci y ont édifié. Cependant, ce raisonnement, quoique défendable, se situe en réalité sur le terrain de la *cause*, et *non sur celui de la subsidiarité*. Il est difficile ici de pouvoir trouver une cause aux constructions qui sont venues augmenter la valeur de l'immeuble. Et dans un tel cas, et puisqu'aucune autre action n'était ouverte aux créanciers hypothécaires à l'égard de l'ex-épouse, elle-même créancière hypothécaire en vertu de l'hypothèque légale et désormais enrichie, c'est l'action en enrichissement sans cause *dont la subsidiarité était certaine*, qui trouvera alors application.

639. – Par ailleurs, l'arrêt fait référence dans son dispositif à l'article 1381 C.C. Cet article dispose que : « Celui auquel la chose est restituée, doit tenir compte, même au possesseur de mauvaise foi, de toutes les dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose ».

On se demande ici si la référence faite à ce texte est superflue, ou alors si elle est, purement et simplement, *erronée*.

On sait que les arrêts qui font application de la théorie de l'enrichissement sans cause, font le plus souvent référence à l'article 1371 C.C. Il convient alors d'examiner si l'article 1381 précité trouve bien sa place ici.

Ce texte se situe, à l'instar de l'article 1371 C.C., sous le chapitre premier se rapportant aux « quasi-contrats » du Titre quatrième du Code civil, qui lui est relatif aux « engagements qui se forment sans convention ». Ce texte se rapporte aux règles régissant la possession d'une chose et aux dépenses qui ont été faites pour la conservation de celle-ci. Or, il ne s'agissait aucunement, dans l'espèce tranchée par l'arrêt rapporté, de possession, mais bien de l'*annulation* d'un acte de vente d'immeuble pour cause de simulation. Ceci d'un côté, et de l'autre, les dépenses qui ont été faites sur l'immeuble litigieux ne constituaient pas des dépenses nécessaires et

parties contractantes ont voulu à travers sa conclusion atteindre un but *autre que celui qu'on recherche normalement en concluant un tel acte*.

Cette différence fondamentale entre le Code civil français d'une part et le Code des obligations et des contrats de l'autre, montre encore une fois que d'un point de vue doctrinal le Code libanais a profité du progrès qu'une doctrine française autorisée a pu apporter à son élaboration.

utiles à la conservation de celui-ci, mais, bien au contraire, il s'agissait d'*améliorations*, en l'occurrence de constructions ne revêtant aucunement le caractère de nécessité, et qui ont eu pour effet d'augmenter la valeur de cet immeuble.

640. – Nous voyons donc que la référence faite par l'arrêt à l'article 1381 C.C. est erronée. La seule référence aux principes régissant l'enrichissement sans cause, *aurait été exacte et suffisante*. Par la référence qu'il a faite à l'article 1381 précité, l'arrêt de la cour de Paris du 5 juin 1905 a largement *limité la subsidiarité caractérisant l'action en enrichissement sans cause*. L'application de celle-ci se suffit à elle-même et *n'a besoin du support d'aucun texte*.

641. – Dans le domaine des régimes matrimoniaux, l'action en enrichissement sans cause a trouvé application lorsqu'une plus-value a été apportée à un immeuble dotal du fait de travaux de construction et d'agrandissement réalisés par un entrepreneur sur la demande du mari de la femme qui est nue-propriétaire de cet immeuble¹¹⁶⁶.

¹¹⁶⁶ CA Lyon, 27 juin 1934 précit. : S. 1934. 2. 219, note anon. Rappelons les faits de l'espèce. Une dame avait fait donation à sa fille de la nue-propriété d'un domaine, celle-ci l'a soumis par application de son contrat de mariage à la dotalisation. Son mari a fait commande à un entrepreneur, *et en son seul nom*, d'effectuer des travaux sur ce domaine. Ceux-ci furent effectivement effectués entre mars et octobre 1929, le montant des travaux s'est élevé à 41.750 F. Par jugement du 3 février 1932, l'épouse nue-propriétaire du domaine, a obtenu la séparation de biens, et, le 1^{er} mars suivant, elle a renoncé à la communauté. Par jugement du 20 mars 1932, son époux au nom et à la demande duquel les travaux en question ont été effectués, a été déclaré en faillite, et les travaux en question n'ont pas jusqu'à cette date-là, été payés à l'entrepreneur qui les a exécutés. La question qui se posait était de savoir si la nue-propriétaire du domaine où furent effectués les travaux pouvait être tenue à un titre quelconque de payer tout ou partie de la somme de 41.750 F., coût de ces travaux, aux héritiers de l'entrepreneur, car celui-ci fut décédé entre l'achèvement des travaux et la survenance du litige. Sur ce point, *crucial à la solution du litige*, la cour énonce que : « *Attendu que la question qui se pose à la cour comme celle qui s'est posée au tribunal, est celle de savoir si, en l'état des ces faits, dame Picollet peut être tenue à un titre quelconque de payer tout ou partie de la somme susvisée aux héritiers Peylet qui la lui réclament* ». La cour de Lyon examine alors successivement les différents fondements possibles d'indemnisation, et énonce que : « *Attendu qu'on ne peut les admettre à se placer ni sur le terrain du mandat, si sur celui de la gestion d'affaires (...)* ». Après avoir exclu la possibilité d'existence d'un mandat ou d'une gestion d'affaires, la cour exclut également la possibilité qu'une ratification desdits travaux exécutés sur le seul ordre du mari pût émaner de l'épouse et emporterait mandat tacite de la part de celle-ci. Et la cour poursuivant, énonce qu'il « *est inadmissible que le mari, ait en sa qualité de mandataire légal de celle-ci, le droit de procéder sans son assentiment, sur ses immeubles, à des constructions ou même ou des améliorations, et de l'engager par ce fait, alors surtout qu'elle n'est que nue-propriétaire* ». La cour a ainsi constaté qu'aucune action n'est ouverte aux héritiers de l'entrepreneur pour qu'ils obtiennent une indemnisation pour la plus-value apportée à l'immeuble. La voie était de cette manière, ouverte pour une éventuelle application de l'action en enrichissement sans cause. Ayant constaté qu'un « *enrichissement a été procuré au domaine par les travaux exécutés sur lui* », la cour énonce par la suite que : « *Attendu que l'impossibilité où ses successeurs se trouvent d'obtenir paiement de Picollet (le mari), par suite de son insolvabilité survenue après l'exécution desdits travaux, les autorise à exercer l'action "de in rem verso" à l'encontre de dame Picollet qui a bénéficié de la plus-value et dans la mesure de ce bénéfice* ».

Et sur la recevabilité de l'action et le caractère subsidiaire de celle-ci, v. l'attendu de la cour reproduit *supra* note 111 sous n° 53 et note 142 sous n° 69.

Le tribunal civil de Roanne avait condamné la nue-propriétaire du domaine, à payer aux héritiers de l'entrepreneur la somme de 40.119 F. représentant le montant de divers travaux de construction faits pour son compte dans le domaine en question. La cour d'appel de Lyon, a également, par l'arrêt rapporté, admis le principe de la condamnation de la nue-propriétaire du domaine, au paiement du montant de la plus-value apportée au domaine par les travaux qui y furent effectués, *et ceci sur le fondement de l'enrichissement sans cause*. Elle ordonna cependant une expertise aux fins d'évaluer le montant exact de la plus-value dont

Toujours dans le domaine des régimes matrimoniaux, l'action en enrichissement sans cause a également trouvé application lorsque les détournements commis par une épouse au sein de l'entreprise où elle était employée, *ont enrichi la communauté universelle existant entre elle et son époux*. Dans l'attendu principal de son arrêt du 25 octobre 1963 qui a donné la clé au problème de droit soulevé, la cour de Colmar énonce que : « *Attendu que si les premiers juges ont relevé que d'après les articles 1424 et 1426 C.C. la femme ne peut obliger la communauté même par ses délits, cette règle est cependant corrigée par la théorie de l'enrichissement sans cause (...)* »¹¹⁶⁷. Il faut dans cet attendu, apprécier l'importance qui s'attache à l'emploi du verbe « corriger », emploi qui est précédé par l'adverbe « cependant », celui-ci indique qu'il y a ici une *exception* apportée au principe ; celui-ci se concrétisant par l'impossibilité de pouvoir engager la communauté par les délits commis par l'épouse. Le verbe « corriger » doit être compris dans le sens de « remédier à », ou « pallier » ; la théorie de l'enrichissement sans cause viendrait donc remédier au *vide juridique contre lequel s'est heurtée la demanderesse* qui réclamait le remboursement des sommes ainsi détournées.

Cet attendu démontre de manière exemplaire que l'action en enrichissement sans cause, *illustre la fonction de suppléance de la subsidiarité*.

642. – On se demande si une telle solution prévaudrait toujours aujourd'hui, étant donné que lesdits articles 1424 et 1426 ont été modifiés depuis que l'arrêt précité de la cour de Colmar du 25 octobre 1963 a été rendu. Pour le savoir, nous avons examiné tous les articles qui se situent sous la section deuxième du chapitre deuxième relatif au « régime en communauté » qui lui-même se rapporte au Titre

fut bénéficiaire la nue-propriétaire. Il n'est pas de notre propos, dans le cadre de cette étude, de développer davantage la question du montant de la plus-value dont a bénéficié la nue-propriétaire, *car ceci n'apporte rien au regard de la subsidiarité*.

¹¹⁶⁷ CA Colmar, 25 oct. 1963 : D. 1964, jur. 46, note P. Esmein. Dans la suite de cet attendu et après avoir énoncé le principe applicable en la matière, la cour poursuit et énonce que : « *et il résultait des propres déclarations de la dame Bœtsch (l'épouse appelante) que le produit de ses détournements avait été utilisé dans l'intérêt du ménage... ;* ». Les deux articles 1424 et 1426 C.C. visés dans l'attendu ont été modifiés plus d'une fois, ils le furent pour la dernière fois par la loi n° 86-1372 du 23 décembre 1985. Dans sa version en vigueur à l'époque où l'arrêt de la cour de Colmar a été rendu, l'article 1426 C.C. disait que la femme ne peut obliger la communauté qu'avec le consentement de son mari, sauf quand elle agit dans l'exercice d'une profession, ou quand elle y est autorisée par justice. Néanmoins, les dispositions de ces deux articles importent peu, car dans la présente optique ce qui nous intéresse c'est de démontrer que l'action en enrichissement sans cause est venue, *grâce à son caractère subsidiaire*, s'appliquer pour combler un vide juridique qui se concrétisait dans *l'absence d'une disposition législative qui pouvait engager la femme mariée par ses délits envers la communauté*. La cour a donc, *sur le fondement de l'enrichissement sans cause*, condamné le mari à payer la dette de la femme, après avoir constaté que celle-ci avait partiellement reconnu l'emploi des sommes détournées pour les besoins du ménage qui était chargé de dettes, et que le mari était parfaitement à courant.

cinquième du Code civil relatif au « contrat de mariage et aux régimes matrimoniaux », cette section se rapporte à « l'administration de la communauté et des biens propres ». L'examen ainsi fait nous a montré que les articles situés dans la section deuxième en question, en l'occurrence, les articles 1421 à 1440, restent *muets* sur une hypothèse comparable à celle qui a donné lieu à l'arrêt précité de la cour de Colmar du 25 octobre 1963. L'action en enrichissement sans cause serait, *naturellement recevable pour combler un tel vide*. Nous pouvons alors dire que la solution initiée par l'arrêt de la cour de Colmar du 25 octobre 1963, *reste toujours valable aujourd'hui*.

643. – Loin de la matière des régimes matrimoniaux, l'application de l'action en enrichissement sans cause en son domaine général s'est également manifestée dans la matière des contrats spéciaux, en l'occurrence du contrat de transport. Cette action a été ainsi jugée recevable à l'encontre de la Compagnie des tramways de Marseille, qui s'est trouvée dans l'impossibilité de faire parvenir les voyageurs à destination car son activité a été paralysée à cause d'une grève, dès lors qu'elle *a refusé de rembourser une part du prix du billet à un client qui le lui réclamait*¹¹⁶⁸.

644. – Toujours dans le contexte mettant en cause les suites qui découlent de la conclusion des contrats, en l'occurrence le contrat de vente, l'action en enrichissement sans cause a été jugée recevable lorsque, entre la conclusion du contrat de vente et son annulation, l'acheteur *a fait usage de la chose objet dudit contrat*¹¹⁶⁹. Le moyen du pourvoi faisait en l'occurrence valoir, que l'annulation de la vente pour illicéité de la cause *ne pouvait servir de base à une action en justice*. La

¹¹⁶⁸ Trib. paix Marseille, 13 janv. 1948 précit. : Gaz. Pal. 1948. 1. 154 ; RTD civ. 1948. 220, obs. H et L. Mazeaud. En l'espèce, le demandeur réclamait le remboursement du prix d'un billet et 1 fr. à titre de dommages-intérêt pour résistance injustifiée de son adversaire à opérer ce remboursement. Le jugement rappelle les trois conditions de l'enrichissement sans cause, à savoir l'existence d'un enrichissement du débiteur, que celui-ci soit la conséquence directe d'un appauvrissement du demandeur, et, qu'il soit réalisé sans juste cause. Il n'évoque cependant nullement le principe de subsidiarité gouvernant l'action en enrichissement sans cause. Puis il constate que les trois conditions susmentionnées se trouvent réunies en l'espèce, et relève que, par suite de la grève, le demandeur n'a pu parcourir que les deux tiers de son voyage *alors qu'il avait payé pour le parcours entier*. Et c'est à juste titre, qu'il relève alors qu'il y a eu de sa part, paiement d'une somme, aussi minime soit-elle, *qu'il ne devait pas*, et, qu'il y a eu un appauvrissement réel qu'il a subi, et, qu'il y a eu de la part de défenderesse un profit réalisé puisqu'elle a interrompu le voyage avant le point d'arrivée.

Dans leurs observations sur l'arrêt, d'éminents auteurs ont souligné, après avoir rappelé le caractère subsidiaire de l'action enrichissement sans cause, que le voyageur avait à sa disposition la « théorie des risques », v. : H et L. MAZEAUD, obs. in RTD civ. 1948. 220. Or le principe de subsidiarité n'est nullement évoqué dans le jugement, il est possible que la défenderesse n'en ait nullement allégué, alors le tribunal ne peut pas le soulever d'office. Les termes du jugement ne nous permettent pas de savoir plus sur ce point.

¹¹⁶⁹ Cass. com., 16 déc. 1975 : Bull. civ. 4, n° 308, p. 256. Dans sa réponse sur le second moyen du pourvoi qui seul nous intéresse ici, la cour énonce dans son attendu que : « *la cour d'appel n'a pas fondé sa décision, sur le point considéré, sur les obligations nées du contrat qu'elle annulait, mais sur le motif que*

Cour de cassation a de manière aisée répondu à ce moyen, dans son attendu reproduit ci-dessous, duquel il résulte que, l'absence de toute condamnation de l'acheteur pour cette utilisation, *engendrerait pour lui un enrichissement sans cause*. Bien qu'il ne soit pas explicitement mentionné dans l'attendu, le principe de subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause *transparaît en filigrane dans les termes de celui-ci*. C'est en effet dans l'énoncé fait par la Cour de cassation, selon lequel, la cour d'appel *n'a pas fondé sa décision de condamnation à une indemnité, sur les obligations nées du contrat qu'elle annulait (...)*¹¹⁷⁰. Le contrat annulé ne constituait donc pas le fondement de cette condamnation ; il s'agissait, en revanche, *d'un principe étranger au contrat*, celui prohibant que l'on puisse s'enrichir sans juste cause aux dépens d'autrui.

645. – Dans un contexte voisin, celui des situations rattachées à la résolution des contrats, une société ayant acquis chez un fabricant un matériel industriel dont elle n'avait pas payé l'intégralité du prix lorsqu'elle a été mise en liquidation judiciaire, et ayant poursuivi son exploitation *au moyen de ce matériel*, a été condamnée, en sus du remboursement des acomptes et la restitution dudit matériel, *à payer au vendeur une indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause*¹¹⁷¹.

la société CKC (l'acheteuse) bénéficierait d'un enrichissement sans cause, si elle était dispensée de tout paiement correspondant à cette utilisation ».

¹¹⁷⁰ Remarquons que ceci constitue la première tranche de l'attendu reproduit plus haut (note 1169), mais que nous avons jugé *nécessaire de mettre en valeur*.

¹¹⁷¹ Cass. com., 15 mars 1988 : Bull. civ. 4, n° 105, p. 73 ; JCP 1988. 4. 192. En l'espèce, la société venderesse a demandé le paiement d'une somme représentant le préjudice afférent à la dépréciation subie par les machines depuis la date de la décision ayant prononcé la résolution du contrat. Par le moyen du pourvoi, la société condamnée à indemniser la venderesse sur le fondement de l'enrichissement sans cause, faisait valoir que le dommage causé à celle-ci du fait de la dépréciation alléguée des machines dont la vente avait été résolue devait, en principe, *être réparé sur le fondement de l'article 1184 C.C.* Elle alléguait la violation par l'arrêt de la subsidiarité régissant l'action en enrichissement sans cause ainsi que l'article 1371 C.C. et des principes qui régissent l'enrichissement sans cause. La Cour répond à ce moyen, en énonçant que : « (...) *l'arrêt fait ressortir que la créance de réparation du préjudice que la société (venderesse) subit du fait de l'utilisation par son acheteur de ses deux machines ne résulte ni du contrat de vente, ni de la résolution de ce contrat, ni d'une faute du syndic ; qu'ayant ainsi constaté que la société ne disposait pas d'autres actions pour agir, elle a pu fonder sa décision sur la notion d'enrichissement sans cause* ».

Contrairement à l'arrêt précité du 16 décembre 1975 (cité *supra* note 1169), dans le présent arrêt la Chambre commerciale de la Cour de cassation *met en relief de manière très claire la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause*.

Était également soulevée dans cet arrêt, la question de la faute de l'appauvri et son influence sur la recevabilité de l'action. La demanderesse en cassation faisait valoir qu'elle n'avait utilisé le matériel litigieux qu'en raison de l'*inexécution* par la venderesse de l'obligation qui lui avait été impartie judiciairement de n'enlever les machines qu'après avoir restitué une certaine somme entre les mains du syndic. La Cour répond à cette seconde branche du moyen ainsi : « *c'est pour justifier l'impossibilité pour la société (venderesse) d'agir en invoquant une faute du syndic que l'arrêt fait état de la carence de cette société à rembourser les acomptes qui lui auraient permis de récupérer le matériel et qu'il relève d'ailleurs que la société Gefrem (acheteur) ne l'avait pas mis en demeure de les lui verser ; que la cour d'appel n'a donc pas retenu, qu'une faute de la société (venderesse) pouvait être à l'origine de son appauvrissement ; qu'elle a ainsi, en répondant aux conclusions invoquées, justifié sa décision* ».

646. – Dans le cadre de l'exécution des contrats d'entreprise, a été censuré l'arrêt d'appel qui a rejeté l'action en enrichissement sans cause intentée par l'entrepreneur lorsque le maître de l'ouvrage a été déclaré en liquidation judiciaire et que les constructions édifiées par lui *ont profité* à deux époux, autrefois liés par ledit maître de l'ouvrage par une promesse de vente, *qui fut par la suite annulée*¹¹⁷². Cet arrêt illustre une hypothèse classique de recevabilité de l'action en enrichissement sans cause, celle de *l'insolvabilité du débiteur direct de l'appauvri*¹¹⁷³. Il nous faut surtout distinguer entre cette hypothèse, *constituant une illustration exemplaire de l'action en enrichissement sans cause*, et celle où le demandeur à cette action chercherait à *contourner* l'application des lois impératives applicables au marché à forfait, et celle-ci lui sera *catégoriquement refusée*. Cet arrêt, ne remet donc aucunement en cause la jurisprudence suivie en matière de marché à forfait, selon laquelle, il est *prohibé* d'employer l'action en enrichissement sans cause pour

Une interprétation *a contrario* de cet attendu semble indiquer que si la venderesse appauvrie du fait de l'utilisation du matériel vendu avait commis une faute qui était à l'origine de cet appauvrissement, *elle se verrait refuser l'action en enrichissement sans cause*. Or, aujourd'hui, et après maints revirements, la jurisprudence a adopté sur cette question une solution *contraire*, selon laquelle la faute de l'appauvri *ne priverait pas celui-ci du bénéfice de l'action en enrichissement sans cause*.

Sur la question de la faute de l'appauvri et son incidence sur la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause, v. *infra* n^{os} 758 et s.

¹¹⁷² Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 2003 : Bull. civ. 1, n^o 11, p. 7 ; Rép. Def. 2003, art. 37676, p. 259, § 15, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 2003. 297, obs. J. Mestre et B. Fages. Nous pensons utile de relater les faits en détail. En l'espèce, les propriétaires d'un terrain avaient promis de vendre celui-ci à une société moyennant la dation en paiement d'une parcelle sur laquelle l'acquéreur devait édifier une villa. Un entrepreneur chargé de réaliser les fondations de cette construction, avait ensuite été remplacé par un autre, après réalisation de ces travaux. L'acquéreur ayant été mis en liquidation judiciaire, la promesse de vente n'avait pas été réitérée et la vente était intervenue avec une autre société, à des conditions analogues. N'ayant pas obtenu le paiement de ses travaux d'édification des fondations, l'entrepreneur avait demandé paiement aux vendeurs sur le fondement de l'enrichissement sans cause. La cour d'appel a rejeté sa prétention, au motif que le paiement devait être pris en charge par l'acquéreur. Pour censurer cet arrêt, la Cour de cassation énonce que : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que le compromis du 13 décembre 1994 avait été annulé, qu'un autre acte de vente des biens objet de la promesse était intervenu et que la société Espace création (acquéreur) était en liquidation judiciaire, de sorte que l'action de M. Y (l'entrepreneur) contre cette société était rendue inopérante et que l'enrichissement des époux Di X (parties au compromis de vente) ne pouvait plus avoir pour cause légitime ce compromis de vente* ».

¹¹⁷³ L'insolvabilité du débiteur ou cocontractant direct de l'appauvri, est une illustration exemplaire d'un *cas constitutif d'obstacle de fait*. Rappelons que l'obstacle de fait est unanimement reconnu en jurisprudence comme *ouvrant la voie à l'action en enrichissement sans cause*. Sur la distinction des obstacles de fait et des obstacles de droit, v. *supra* n^{os} 32 et s.

L'arrêt relève dans l'attendu plus haut reproduit (*supra* note 1172) que l'action de l'entrepreneur contre la société était devenue *inopérante*, sans pour autant mentionner le concept d'insolvabilité. Ceci équivaldrait à dire que l'action de l'entrepreneur était devenue *frappée d'inefficacité*. Soulignons ici que le concept d'inefficacité est *plus large que celui d'insolvabilité*. Il est aussi significatif de voir que l'arrêt se base *en plus de la constatation de l'inefficacité de l'action de l'entrepreneur*, sur la constatation de *l'absence de cause* de l'enrichissement des époux parties à la convention d'origine, car celle-ci fut par la suite *annulée*. Ceci a pour effet de *renforcer* les fondements de la solution adoptée par l'arrêt.

neutraliser l'application des lois impératives applicables à ce contrat spécial¹¹⁷⁴, bien au contraire, *il contribue à la confirmer*¹¹⁷⁵.

647. – Soulignons dans le contexte relatif aux contrats d'entreprise, qu'avant que la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ne fût modifiée, notamment en son article 5¹¹⁷⁶, les contrats d'entreprise constituaient un domaine favorable à l'application de l'action en enrichissement sans cause, il en était particulièrement ainsi, lorsque le maître de l'ouvrage était condamné en vertu de cette action à payer à un sous-traitant non accepté par lui *le montant des travaux que celui-ci avait exécutés*¹¹⁷⁷.

648. – Dans le cadre de l'action en contestation de paternité, l'action en enrichissement sans cause a été accueillie à l'égard du second mari d'une femme en faveur duquel a été reconnue la paternité de la fille de celle-ci, lorsque l'action en contestation de paternité du premier mari et en légitimation de l'enfant par le second mariage a été intentée, sur le fondement des articles 318 et suivants C.C., *vingt et un ans après la naissance de l'enfant*, et que le premier mari avait entretenu celle-ci pendant *tout le temps qui a précédé l'accueil de cette action*¹¹⁷⁸. Il en est ainsi résulté un *paiement indu* en faveur de l'ex-épouse, mais *l'insolvabilité* de celle-ci a rendu

¹¹⁷⁴ Sur cette jurisprudence et l'acceptation de la subsidiarité qu'elle illustre, v. *supra* n°s 64 et s. et 53 et s.

¹¹⁷⁵ Soulignons encore que les obligations découlant du contrat d'entreprise *ne furent pas exécutées* : l'entrepreneur n'ayant pas été payé pour ses travaux d'édification des fondations. Ce ne sont pas les effets de ce contrat que l'on cherchait à éluder à travers l'exercice de l'action en enrichissement sans cause, mais on chercherait à travers l'emploi de cette action à *remédier* à l'insolvabilité du débiteur et à *sanctionner* un enrichissement *dépourvu de juste cause*, celui des époux parties au compromis de vente, annulé par la suite.

Il est possible dans cette optique d'avancer pour expliquer la solution de l'arrêt, que le contrat qui unissait l'acquéreur à l'entrepreneur constitue la *cause de l'appauvrissement de celui-ci*, mais que ce contrat *ne constitue aucunement la cause de l'enrichissement des époux*, v. en ce sens : M.-P. PEIS, note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 fév. 2003 in D. 2004, jur. 1767, 2^{ème} col.

Sur la distinction de la cause de l'appauvrissement et de la cause de l'enrichissement, v. *infra* n°s 765, 800 et 806.

¹¹⁷⁶ Sur la version modifiée de l'article 5 de loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 précitée, v. *supra* note 174.

¹¹⁷⁷ Cass. 3^{ème} civ., 11 juin 1985 précit. : D. 1986, jur. 456, note Ph. Dubois. Sur cet arrêt, v. aussi *supra* n°89 et note 174. Il demeure très important de souligner que l'application de l'action en enrichissement sans cause dans le cadre des contrats d'entreprise, telle qu'elle était admise sous l'empire de la loi précitée du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance avant qu'elle ne soit modifiée, *ne doit pas être vue comme contredisant la jurisprudence analysée lors de notre étude des acceptions de la subsidiarité*. En effet, ici, et contrairement à ce qui nous a été révélé lors de l'étude des acceptions de la subsidiarité, la recevabilité de cette action n'a pas pour but ou pour résultat de mettre en échec les dispositions impératives de la loi en matière de contrats spéciaux, mais bien, de permettre au sous-traitant dont les travaux ont enrichi le maître de l'ouvrage de pouvoir obtenir une indemnisation pour son appauvrissement.

Sur ce courant de jurisprudence aujourd'hui révolu, v. aussi : CA Paris, 30 mars 1984 : Gaz. Pal. 1984. 2. somm. 281.

Sur l'acceptation de la subsidiarité selon laquelle il est prohibé d'utiliser l'action subsidiaire pour éviter l'application des dispositions impératives de la loi, v. *supra* n°s 53 et s.

Et, sur le refus de la jurisprudence d'accueillir l'action en enrichissement sans cause intentée dans le but de faire échec aux règles impératives régissant le contrat du marché à forfait, v. *supra* n°s 64 et s.

¹¹⁷⁸ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} fév. 1984 précit. : Bull. civ. 1, n° 45 ; D. 1984, jur. 388, note J. Massip ; RTD civ. 1984. 712, obs. J. Mestre ; D. 1984, IR. 315, obs. D. Huet-Weiller.

l'exécution de la condamnation à la restitution de l'indu, *impossible*. C'est alors que le premier mari a engagé une action en remboursement, *mais cette fois sur le fondement de l'enrichissement sans cause*, contre l'époux. Il a en effet résulté, selon la cour d'appel, du versement des sommes faites par lui pour l'enfant, un *allègement* de la participation du second époux de la mère à l'entretien de cet enfant, ce qui s'est traduit en un *enrichissement dépourvu de juste cause en sa faveur*¹¹⁷⁹. Cette solution qui fut approuvée par d'éminents auteurs¹¹⁸⁰, est d'une *parfaite* orthodoxie juridique.

649. – Et dans le domaine des obligations alimentaires, celle, particulièrement, pesant sur les descendants, a été cassé l'arrêt qui a rejeté l'action en enrichissement sans cause intentée par une maison de retraite contre des débiteurs d'aliments dont les auteurs y ont été hébergés et qui *n'a pas reçu de paiement pour ce séjour*. La cour d'appel avait rejeté l'action intentée par la maison de retraite au motif que la demande de celle-ci trouvait sa cause dans le contrat qui la liait auxdits auteurs, et ceci, après en avoir affirmé, selon elle, le soi-disant, « caractère subsidiaire »¹¹⁸¹. Et pour censurer cet arrêt, la Cour de cassation met en valeur de manière très claire dans son attendu, *et dans sa signification exacte*, le caractère subsidiaire de cette action. Elle énonce que : « *ce contrat justifiait l'appauvrissement de la fondation dans sa relation avec les époux X (les auteurs), mais non l'enrichissement corrélatif de leurs débiteurs alimentaires pris en cette seule qualité et à l'égard desquels elle n'entretenait aucun rapport ni ne disposait d'aucune voie de droit directe ou oblique* »¹¹⁸². C'est – *clairement* –, cette dernière tranche de l'attendu qui est la plus

¹¹⁷⁹ L'ex-épouse et son second mari reprochaient à la cour d'appel d'avoir accueilli l'action en enrichissement sans cause intentée contre celui-ci. Ils arguaient que le caractère subsidiaire de cette action faisait obstacle à ce qu'elle puisse également être accueillie contre lui puisqu'elle a été exercée et accueillie préalablement contre elle. Ceci d'une part, de l'autre, ils arguaient que les sommes dont l'ex-époux réclamait le remboursement au titre de sa contribution à l'entretien de l'enfant qui à l'époque, était présumée sa fille légitime, *n'étaient pas dépourvus de cause*. Or, aucun de ces arguments *ne pouvait prospérer*. Et la Cour de cassation les rejeta l'un après l'autre. Sur le premier point, il faut revenir à son attendu de principe précédemment reproduit (v. *supra*, note 169 sous n° 86), et qui sert de *règle générale à la définition de l'acceptation de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause*, savoir sa recevabilité dans le cas de l'obstacle de fait qu'est *l'insolvabilité du débiteur*. Sur le second point, la Cour de cassation affirme une règle de non moindre importance se rapportant à *l'effet déclaratif des jugements en matière de filiation*, en énonçant que : « *l'effet déclaratif attaché au jugement qui a accueilli l'action en contestation de paternité formée par la mère d'un enfant a privé cet enfant, à compter de sa naissance, de la qualité d'enfant légitime du premier mariage et a, par voie de conséquence, fait disparaître rétroactivement l'obligation d'entretien qui pesait sur le premier mari en sorte que les paiements faits par lui pour subvenir aux besoins de l'enfant se trouvent dépourvus de cause* ».

¹¹⁸⁰ J. MASSIP, note sous l'arrêt rapporté in D. 1984, jur. 388. – J. MESTRE, obs. pour l'arrêt rapporté in RTD civ. 1984. 712.

¹¹⁸¹ Cass. 1^{ère} civ., 25 fév. 2003 : Bull. civ. 1, n° 55, p. 42 ; D. 2004, jur. 1766, note M.-P. Peis ; JCP 2003. 2. 10124, note P. Lipinski ; RTD civ. 2003. 297, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹¹⁸² En plus de son apport indéniable concernant la définition du principe de subsidiarité gouvernant l'action en enrichissement sans cause, cet arrêt possède un autre apport, de non moindre importance, et qui est celui d'avoir nettement *distingué entre la cause de l'appauvrissement et la cause de l'enrichissement*. Cette distinction ressort d'une manière très claire de l'attendu plus haut reproduit. Cet arrêt de principe

importante au regard de la définition de la subsidiarité de l'action ; l'arrêt ayant relevé l'inexistence d'aucune voie de droit au profit de la maison de retraite pour obtenir paiement.

650. – Toujours dans le domaine des obligations alimentaires, un père a été jugé débiteur sur le fondement de l'enrichissement sans cause, envers sa tante d'une créance de somme d'argent représentant son obligation d'entretenir et d'éduquer sa fille mineure, dès lors qu'il avait écrit au juge des tutelles *ne disposer d'aucune source de revenus*, et devoir quitter la France pour rechercher un emploi et qui n'a par la suite donné aucune nouvelle auprès de sa tante et de sa fille¹¹⁸³.

651. – La Cour de cassation libanaise a eu à son tour, l'occasion de se prononcer sur la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause dans son domaine général. A cet égard, un arrêt du 31 janvier 2001¹¹⁸⁴ mérite particulièrement d'être signalé car il se rapporte à une hypothèse probablement inédite. L'espèce concernait un créancier qui n'a pas pu obtenir paiement de sa créance en temps convenable car la vente aux enchères publiques de l'immeuble appartenant à sa débitrice en vue du recouvrement de sa créance *n'a pas pu être poursuivie par le tribunal*. Aucun participant ne s'était en effet présenté à l'audience de vente aux enchères, à cause des événements qu'avait connus le Liban à l'époque où celle-ci devait se tenir. Le tribunal avait en l'occurrence, *suspendu la procédure de ventes aux enchères jusqu'à une date indéterminée*. Le créancier avait intenté devant les juges du fond, l'action en enrichissement sans cause pour obtenir indemnisation du préjudice par lui éprouvé à *cause du retard dans l'exécution – exécution par équivalent – de l'obligation*. La Cour de cassation énonce : « attendu que le préjudice éprouvé par le défendeur à cause du non-paiement de la créance à l'échéance, ou, au plus tard, à la

tranche la question autrefois très controversée, et consistant à savoir si l'existence d'une cause à l'appauvrissement rendait l'action en enrichissement sans cause irrecevable. Dans cet arrêt, la Cour de cassation considère que l'existence d'une cause à l'appauvrissement *ne fait pas obstacle à l'exercice de cette action* ; ce qui importe et détermine le bien-fondé de l'action c'est qu'il n'y ait pas de juste cause à l'enrichissement.

La question de l'existence d'une cause à l'appauvrissement entretient des rapports avec celle de la faute de l'appauvri. Sur la question de la faute de l'appauvri et son incidence sur la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause, v. *infra* n^{os} 758 et s.

¹¹⁸³ Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2007, n^o de pourvoi : 05-19.454. Dans la suite de son attendu, la Cour de cassation relève que le débiteur, demandeur en cassation : « (...) était dans l'impossibilité absolue, tant matérielle que financière, de pourvoir à l'éducation de sa fille, en sorte que Mme Y. (créancière) ne disposait, au moment de l'ouverture de la tutelle et pendant toute la durée de celle-ci, d'aucune possibilité de réclamer le versement par M. X. d'une contribution à l'éducation de l'enfant qui lui était confiée ». Et pour rejeter son pourvoi, elle énonce dans un attendu décisif, que : « la cour d'appel a ainsi légalement justifié sa décision au regard de la subsidiarité de l'action "de in rem verso" ».

¹¹⁸⁴ Cass. civ. lib., 31 janv. 2001 : Rec. Baz 2001, p. 301.

date à laquelle pouvait être remise la vente aux enchères publiques, a, en contrepartie, causé un enrichissement à la demanderesse qui a conservé la propriété de l'immeuble ayant été mis en vente à un prix qui ne correspondait pas à sa valeur réelle à une époque où la condition de la participation aux enchères publiques n'était pas remplie ».

Pour rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel, la Cour poursuit et énonce dans un attendu solidement motivé, que : *« l'appauvrissement et l'enrichissement sont dépourvus de cause réelle les justifiant, et même si les rapports des parties résultent d'une relation contractuelle, l'enrichissement sans cause est généré à partir de circonstances extérieures au cadre contractuel prévu par les parties ».*

652. – Cette motivation doit être pleinement approuvée, car même si la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause n'est pas expressément mentionnée, *elle est sans doute sous-entendue dans les termes employés par la Cour.* En affirmant que l'enrichissement trouve sa cause dans des circonstances *extérieures au contrat*, ou, autrement dit, *extracontractuelles*, l'arrêt met en lumière *implicitement mais nécessairement*, la nécessité que l'action en enrichissement sans cause *ne vienne pas concurrencer les obligations découlant du lien contractuel*, et qui se trouvait bel et bien vérifiée dans le litige qui lui était soumis. La solution ainsi affirmée a vocation à être *appliquée dans des espèces comparables*.

653. – Au terme de cette analyse des applications données à la subsidiarité dans le domaine général de l'enrichissement sans cause, on peut constater que le point commun entre ses diverses illustrations jurisprudentielles, se rattachant au surplus à des matières très *disparates*, c'est le fait qu'il y a *aucune spécificité* caractérisant les matières concernées pouvant se refléter sur l'application de la subsidiarité de l'action.

Cette constatation sera mieux étayée après que seront étudiées les applications données à la subsidiarité dans le domaine *particulier* de l'enrichissement sans cause.

Sous-section 2 : Le domaine particulier de l'enrichissement sans cause.

654. – Ce plan de travail qui se base sur la distinction des domaines généraux et particuliers de l'action en enrichissement sans cause, a le mérite de démontrer que dans son domaine général, la théorie de l'enrichissement sans cause se trouve mieux consacrée que dans son domaine particulier. Dans celui-ci, et par application

précisément du principe de subsidiarité la gouvernant, l'action en enrichissement sans cause trouverait son domaine *sensiblement rétréci*.

655. – Mais aussi et d'un autre côté, le domaine particulier de l'enrichissement sans cause est très intéressant à étudier, car en dépit du rétrécissement de son domaine du fait des législations spéciales intervenues dans maintes matières, l'action en enrichissement sans cause trouverait quand même toujours à s'appliquer lorsqu'il existe dans la législation en question une lacune ou une inadvertance qui aboutirait, si elle n'est pas corrigée, à gravement *léser les droits du justiciable*. Les exemples les plus significatifs sur de telles situations se trouvent dans le domaine de la législation applicable au travail agricole et instituant le salaire différé au profit de l'enfant ayant travaillé dans l'exploitation agricole familiale. La législation sur le salaire différé illustre l'intervention du législateur dans le travail effectué au sein de la famille dans les milieux ruraux¹¹⁸⁵. La créance de salaire différé a été instituée par les articles 63 et 67 du décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à « la protection de la famille et de la natalité françaises ». Cette législation a été adoptée dans le but de la poursuite et de la réalisation d'objectifs de *justice* et d'*équité*¹¹⁸⁶.

656. – Les situations susmentionnées ne concernent pas, comme on aurait pu à tort le penser, le domaine du droit du travail. Celui-ci fera l'objet d'une étude à part. En effet, le domaine particulier d'intervention de la théorie de l'enrichissement sans cause *n'est pas uniforme*, il se scinde, selon les matières auxquelles il se rapporte, en deux « champs secondaires » d'application : ces deux champs concernent respectivement le droit du travail, et le droit de la famille. Chacune de ces deux

¹¹⁸⁵ Sur l'institution du salaire différé, v. notamment : J.M. BERMOND de VAULX (de), *Le contrat de travail à salaire différé*, JCP 1965. 1. 1893. – L. JOSSERAND, *Le contrat forcé et le contrat légal*, D.H. 1940, chron. 5. – A. ROUAST, *Le droit du travail familial*, Dr. social 1962. 154, n° 19. – Sur les modifications appliquées à cette institution, v. : J. PRÉVAULT, *Vers un élargissement du concept de salaire différé*, in Etudes Alex Weill, Dalloz-Litec, 1983, p. 433.

¹¹⁸⁶ Plus d'une décision rendue par les juges du fond a eu le mérite de préciser quels étaient les objectifs de ce décret-loi communément appelé « Code de la famille », v. : CA Besançon, 17 mai 1944 précit. : D.C. 1944. 166, note R. Savatier. Ce jugement énonce que : « *Attendu que le Code de la famille a eu pour but de favoriser le fils qui, ne voulant pas, comme l'ont pu faire ses frères et sœurs, chercher un travail dans la ville voisine, est resté au contraire à côté de son père pour cultiver la propriété familiale* ». – CA Orléans, 5 janv. 1949 précit. : S. 1949. 2. 64, note anon ; Gaz. Pal. 1949. 1. 147, note anon. Cet arrêt énonce que : « *Attendu que l'institution du contrat à salaire différé a eu pour but de remédier à l'injustice atteignant les enfants qui, demeurés aux côtés de leur père et participant avec lui et sans rémunération en argent à l'exploitation du domaine familial, accroissent ainsi la valeur de ce dernier et se trouvent au décès du père obligés de partager, par parts égales, avec leurs frères et sœurs qui ont abandonné la culture, une exploitation dans laquelle ils ont investi le fruit de leur travail* ». Et la cour de poursuivre que : « *pour obtenir l'égalité héréditaire, le décret du 29 juillet 1939 prévoit que les enfants restés à la terre sur l'exploitation familiale doivent être considérés comme ayant gagné une somme forfaitaire qui, incluse dans le patrimoine commun, leur est attribuée lors du partage ; (...) et que seuls auraient droit à l'octroi d'un salaire différé les enfants qui, au décès du père, travaillaient de façon habituelle sur le fonds familial lui-même, sans que puissent y prétendre ceux qui, sans motifs légitimes, avaient cessé de*

matières a ses propres particularités, ce qui rejaillit directement sur la manière dont la subsidiarité devait recevoir application par le biais de la théorie de l'enrichissement sans cause.

Ainsi seront étudiées dans deux paragraphes respectifs, les applications données à la subsidiarité dans les relations de travail (par. 1^{er}), et dans les relations de famille (par. 2).

Par. 1^{er} : Dans les relations de travail.

657. – Parler d'enrichissement sans cause dans le cadre d'une relation de travail paraît *a priori* surprenant, voire paradoxal. Puisque si l'on part du principe que « tout travail mérite salaire », il n'y a pas place de discuter d'un quelconque enrichissement sans cause.

Une telle impression devait cependant vite se dissiper, et une telle vue simpliste ne peut prévaloir.

658. – L'enrichissement sans cause pourrait effectivement se présenter dans le cadre d'un contrat de travail dans le cas où celui-ci viendrait à être *annulé*.

L'annulation du contrat de travail pourrait effectivement se présenter dans le cas d'atteinte à l'ordre public. Un fameux exemple nous est fourni par l'Histoire. C'est ainsi qu'en France sous l'Occupation allemande, la jurisprudence avait admis la validité des contrats de travail conclus pour l'exécution d'un travail en Allemagne¹¹⁸⁷. Elle annulait en revanche, comme *contraires à l'ordre public français* et « incompatibles avec la liberté de l'individu », les contrats dans lesquels étaient notamment imposées comme conditions à l'embauche, la « *reconnaissance par le salarié de toutes les conséquences que des actes inamicaux envers l'Allemagne pourraient lui faire encourir, ainsi que l'assurance donnée qu'il n'a jamais été affilié à certain parti politique (...)* »¹¹⁸⁸. Et, au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, la Cour de cassation jugeait comme *contraires à l'ordre public* et les annulait, les contrats de travail où le travail devait s'exécuter en Allemagne. Un éminent auteur avait alors, à juste titre, souligné qu'il résultait de telles annulations un

collaborer avec leur père dans l'exploitation du domaine, même si après leur départ ils avaient continué d'être employés sur un fonds rural ».

¹¹⁸⁷ P.D., note sous Trib. civ. Seine, 4 déc. 1944 in Dr. soc. 1946. 40, et les réf. citées.

¹¹⁸⁸ Trib. civ. Seine, 4 déc. 1944 : Dr. soc. 1946. 40, note P.D.

« inadmissible » enrichissement de l'employeur ; il a considéré que la théorie de l'enrichissement sans cause serait concevable pour remédier à de telles situations¹¹⁸⁹.

659. – Peu de temps après, et comme si l'opinion susmentionnée a eu des échos, les tribunaux ont adopté une position plus nuancée et donc, *plus équitable pour les travailleurs* ; ils ont reconnu l'éventualité d'un enrichissement sans cause pouvant résulter de l'annulation pure et simple des contrats conclus avec l'autorité d'occupation. Il a été ainsi décidé que : « *si le contrat de travail est nul comme contraire à l'ordre public, la bonne foi et la contrainte morale doivent être présumées ; qu'il y a eu un travail fait, une réglementation du travail et une rémunération de celui-ci ; qu'il ne serait pas équitable de ne pas en tenir compte, dans la mesure où un enrichissement sans cause, ou bien une perte non fondée, pourraient en résulter* »¹¹⁹⁰.

660. – Puis, dans une étape suivante, la Cour de cassation est venue reconnaître qu'un droit au salaire *peut naître d'un contrat nul*. Cette reconnaissance intervint par un arrêt de principe du 8 avril 1957, dans lequel la Chambre sociale énonce, « *qu'un contrat nul ne peut produire aucun effet ; que s'il a été exécuté, les parties doivent être remises dans l'état où elles se trouvaient auparavant ; que si, en raison de la nature des obligations, il leur est impossible de se restituer réciproquement ce qu'elles ont reçu, il y a lieu de tenir compte de la valeur des prestations de chacune d'elles et de l'avantage que l'autre a retiré* »¹¹⁹¹. Remarquons que l'attendu ne fait aucune mention de la théorie de l'enrichissement sans cause. Il faut quand même apprécier l'importance qui s'attache à l'emploi des termes de « valeur » et d'« avantage » ; le premier évoque une *évaluation* qu'il y aura à faire des prestations de travail fournies, le second évoque le *profit* que l'employeur a retiré de cette « valeur travail », et le profit sous-entend un enrichissement. On a alors l'impression que l'arrêt a évité d'avoir recours à la théorie de l'enrichissement sans cause¹¹⁹², mais celle-ci *transparaît en filigrane dans les termes par lui employés*¹¹⁹³.

¹¹⁸⁹ P.D., note sous Trib. civ. Seine, 4 déc. 1944 : Dr. soc. 1946. 41.

¹¹⁹⁰ Trib. civ. Seine, 17 janv. 1946 : Dr. soc. 1946. 175, note P.D. En l'espèce, après avoir énoncé l'attendu de principe plus haut reproduit, le tribunal relève que le travailleur effectuait « *un travail sur un chantier ouvert pour le compte des autorités d'occupation a perçu la rémunération prescrite par celles-ci* ». Puis il ajoute que : « *si son salaire horaire était inférieur au salaire horaire français les indemnités qu'il percevait étaient supérieures aux indemnités françaises* ». Le tribunal en déduit qu'il *n'a subi aucun appauvrissement*. Il infirme alors le jugement du conseil de prud'hommes de la Seine qui avait condamné son employeur à lui verser la somme de 3435 fr. à titre de rappel de salaires.

¹¹⁹¹ Cass. soc., 8 avr. 1957 : D. 1958, jur. 221, note Ph. Malaurie ; JCP 1958. 2. 10400, obs. B. P.

¹¹⁹² Un commentateur de l'arrêt a expliqué l'abstention de faire référence à la théorie de l'enrichissement sans cause par la raison que cette institution se prêterait mal au règlement d'un contrat illicite, v. : Ph.

L'arrêt de principe du 8 avril 1957 précité a créé un courant de jurisprudence ; il a été suivi par de nombreux autres arrêts¹¹⁹⁴.

661. – Le germe à la reconnaissance de l'enrichissement sans cause comme fondement au droit du travailleur à être payé pour le travail par lui fourni lorsque son contrat de travail a été annulé, et qui existait déjà dans l'arrêt précité du 8 avril 1957, a reçu *une claire consécration dans des arrêts ultérieurs*.

C'est ainsi que la Chambre sociale a, le 2 février 1961, cassé un arrêt qui a débouté un travailleur réclamant, *sur le fondement de l'enrichissement sans cause*, d'être indemnisé pour le travail par lui fourni sans contrepartie, après que sa demande formée devant la juridiction prud'homale a été déclarée *irrecevable pour incompétence*¹¹⁹⁵.

MALAUURIE, note sous l'arrêt rapporté in D. 1958, jur. 222, 2^{ème} col. Cette opinion est sujette à caution, surtout au regard des décisions de jurisprudence qui ont suivi.

¹¹⁹³Un autre commentateur de l'arrêt a pourtant estimé que l'arrêt fait une « application complexe de l'enrichissement sans cause, d'après les principes du droit civil », v. : B. P. obs. sous l'arrêt rapporté in JCP 1958. 2. 10400.

¹¹⁹⁴La jurisprudence inaugurée par cet arrêt a été principalement suivie par la Chambre sociale de la Cour de cassation, ainsi que par des juges du fond, v. par ex. : Cass. soc., 25 nov. 1960 : Bull. civ. 4, n° 1084, p. 831. L'arrêt reprenant très fidèlement l'attendu de l'arrêt du 8 avril 1957, énonce que : « *lorsqu'un contrat nul a été exécuté, si en raison de la nature des obligations, il est impossible aux parties de se restituer réciproquement ce qu'elles ont reçu, il y a lieu de tenir compte des prestations de chacune d'elles et des avantages que l'autre a reçus* ». – Cass. soc., 1^{er} mars 1961 : Bull. civ. 5, n° 268 ; Dr. soc. 1961. 483. Cet arrêt adopte une motivation partiellement différente. Après avoir affirmé que « *la qualité d'étranger non pourvu de carte de travailleur n'excluait pas la naissance d'obligations correspondant aux services rendus* », l'arrêt reprend l'attendu de principe plus haut reproduit, et énonce que les personnes qui ont employé un travailleur dont le contrat de travail a été annulé, « *étaient tenues envers lui d'obligations analogues à celles résultant d'un contrat de travail* ». – Cass. soc., 16 juill. 1963 : Bull. civ. 5, n° 593, p. 492. – CA Amiens, 25 mai 1977 : Gaz. Pal. 1978. 1. somm. 116 ; RTD civ. 1978. 715, obs. R. Perrot. – Cass. soc., 9 mars 1978 : Bull. civ. 5, n° 178, p. 134. Cet arrêt reprend également très fidèlement l'attendu de principe de l'arrêt du 8 avril 1957.

¹¹⁹⁵Cass. soc., 2 fév. 1961 : Bull. civ. 5, n° 160 ; D. 1961, jur. 236. En l'espèce, un travailleur étranger prétendant qu'il n'a pas été intégralement payé pour le travail qu'il a fourni, avait formé une demande en paiement devant la juridiction prud'homale. Celle-ci s'était déclarée incompétente en accueillant l'exception soulevée par son employeur de la *nullité de son contrat de travail*, faute de visa valable de sa carte d'étranger. Il saisit alors les juridictions de droit commun d'une demande fondée sur l'enrichissement sans cause, enrichissement qui a profité à son employeur du travail qu'il lui avait fourni sans contrepartie. La cour d'appel l'a débouté, aux motifs : d'une part, que le contrat de travail litigieux n'avait pas été annulé par une juridiction compétente, et, d'autre part, qu'il se trouvait par la faute de son employeur dans l'impossibilité d'obtenir ce qu'il estimait lui être dû. Se fondant sur le « caractère subsidiaire » de l'action en enrichissement sans cause, la cour d'appel a jugé que celle-ci était *irrecevable*. Le travailleur se pourvut alors en cassation. Pour censurer cet arrêt, la Cour de cassation énonce que : « *d'une part, la nullité du contrat opposée par l'employeur lui-même, constituait le soutien nécessaire de la sentence d'incompétence qui avait été rendue par le conseil de prud'hommes et devant laquelle le travailleur s'était incliné* », et que : « *d'une part, la possibilité de l'existence d'une faute de l'employeur et d'une action née d'un délit ou d'un quasi-délit était simplement affirmée, tandis qu'un contrat nul ne pouvant produire aucun effet, les parties devaient être remises en l'état où elles se trouvaient avant son exécution, le travail fourni, non susceptible d'être restitué, donnant lieu à paiement, compte tenu de sa valeur et de l'avantage retiré par l'employeur* ». Cette dernière tranche a l'attendu est une reprise fidèle de l'attendu de principe de l'arrêt initiateur du 8 avril 1957 ; il est dans la droite ligne de la jurisprudence inaugurée par celui-ci.

L'arrêt ne peut être qu'approuvé et la censure de l'arrêt d'appel était *inévitabile*. On ne peut en effet approuver la conception que se fait la cour d'appel de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause. Le demandeur s'est heurté à l'incompétence de la juridiction prud'homale devant laquelle c'est l'employeur lui-même qui a soulevé cette exception. Et, à supposer que son employeur a effectivement

L'accueil de l'action en enrichissement sans cause pour indemniser le travailleur du travail par lui fourni dans le cas de nullité de son contrat, devait encore être réitéré par un arrêt de la même Chambre sociale du 15 février 1978, dans lequel il est affirmé que, « *les parties ne pouvant être remises dans leur état antérieur, le salarié disposait contre le "Sporting club moderne" d'une action fondée sur l'enrichissement sans cause pour obtenir les salaires et indemnités correspondant aux services rendus par lui jusqu'à la cessation de son travail, dont ils ont évalué le montant* »¹¹⁹⁶.

662. – Même s'il nous est difficile de ne pas voir un *enrichissement bénéficiant à l'employeur* dans le cas d'annulation du contrat de travail¹¹⁹⁷, il faut également avouer que la théorie de l'enrichissement sans cause *n'est pas tout à fait adéquate* pour préserver le droit du salarié à être indemnisé de manière équitable pour son labeur. Adopter l'enrichissement sans cause comme fondement à l'octroi d'une indemnité au salarié, est en effet de nature à lui porter de *sérieuses restrictions*¹¹⁹⁸. Il est admis que cette théorie ne permet l'indemnisation de l'appauvri que jusqu'à *la limite de la plus faible des deux sommes représentatives, l'une de l'enrichissement, l'autre de l'appauvrissement*¹¹⁹⁹. Soulignons au surplus que l'appel à la théorie de l'enrichissement sans cause, ne permettrait *notamment* pas au salarié d'obtenir une indemnité de préavis¹²⁰⁰.

663. – Notre engouement pour la subsidiarité illustrée dans le domaine de la nullité des contrats de travail par l'action en enrichissement sans cause, ne devait pas nous empêcher de voir les *inconvenients* qui s'attachent à l'application de cette

commis une faute qui a abouti à l'annulation de son contrat de travail, il ne doit pas pâtir des conséquences de cette faute et le droit à être indemnisé *ne peut pas lui être refusé*.

¹¹⁹⁶ Cass. soc., 15 fév. 1978 : Bull. civ. 5, n° 107, p. 78 ; D. 1978, IR. 387 ; *ibid.* 1979, IR. 312, obs. F. Alaphillipe et J.-P. Karaquillo ; *ibid.* 1980, jur. 30, note G. Lyon-Caen ; Rev. crit. DIP 1979. 79, note M. Simon-Depitre. Cependant, malgré l'affirmation de principe de son droit à être indemnisé sur le fondement de l'enrichissement sans cause, le salarié ne reçut en l'espèce pas d'indemnité. La Cour de cassation relève que les juges du fond, « *estiment enfin exactement que n'étant pas établi que le préjudice invoqué par le salarié fut imputable au club plutôt qu'à lui-même, le club n'avait pas à le réparer* ».

¹¹⁹⁷ V. qui adoptait une telle opinion : Ph. MALAURIE, note précit. sous Cass. soc., 8 avr. 1957 in D. 1958, jur. 222, 2^{ème} col.

¹¹⁹⁸ En ce sens : F. ALAPHILLIPE et J.-P. KARQUILLO, obs. pour l'arrêt rapporté in D. 1979, IR. 312 et les réf. citées. Nous n'approuvons cependant pas ces auteurs en ce qu'ils considèrent que cette jurisprudence méconnaît le caractère subsidiaire de l'action en enrichissement sans cause. – V. qui défendait déjà cette opinion : Ph. MALAURIE, note précit. sous Cass. soc., 8 avr. 1957 in D. 1958, jur. 222, 2^{ème} col. et les réf. citées. – V. aussi : M. BUY, *L'enrichissement sans cause dans les relations de travail*, in Mélanges Jean-Pierre Béguet, Faculté de Droit, Université de Toulon et du Var, 1985, p. 69. Qui considère que la théorie de l'enrichissement sans cause est *inadaptée* aux relations de travail.

¹¹⁹⁹ Rappelons que ce mode de calcul de l'indemnité applique une règle appelée « du double plafond ». Sur cette règle et ses applications jurisprudentielles, v. *supra* n°s 35 et 488.

¹²⁰⁰ M. SIMON-DEPITRE, note sous l'arrêt rapporté in Rev. crit. DIP 1979. 83 et les réf. citées.

théorie. On se demande s'il serait peut-être plus adéquat, *dans cette même perspective de subsidiarité*, de recourir à la *responsabilité civile*, connue elle aussi pour sa *subsidiarité exemplaire*¹²⁰¹, et comme pouvant « remédier à tous les maux ».

Ce qui est acquis, c'est que le travailleur doit être rémunéré pour le travail par lui fourni et pour lequel il n'a pas reçu d'équivalent¹²⁰². L'hésitation se fait cependant sur le fondement de ce droit.

664. – Il est possible de proposer que soient suivies les solutions selon lesquelles, l'employeur serait tenu envers le salarié, « *d'obligations analogues à celles résultant d'un contrat de travail* »¹²⁰³, ou, qu'il serait condamné à payer au salarié, « *en sus de ses salaires, toutes autres indemnités découlant des rapports de travail* »¹²⁰⁴.

Nous pensons que l'appel à la théorie de l'enrichissement sans cause pourrait toujours être d'une *grande utilité*, et *se justifier intellectuellement*, lorsqu'il ne peut être reproché à l'employeur une faute pouvant engager sa responsabilité et entraîner par là-même l'application de la responsabilité civile. Se révèle alors à nous la manière avec laquelle l'action en enrichissement sans cause se qualifie valablement de *voie ultime*.

665. – Soulignons encore dans la même perspective des liens existant entre contrat de travail et action en enrichissement sans cause, qu'il est requis qu'un *travail effectif* ait été exercé pour qu'il donne lieu à une action en enrichissement sans cause, un contrat de travail *inexistant* et qui ne correspond à *aucune tâche*, ne saurait donner lieu à une action en enrichissement sans cause¹²⁰⁵.

¹²⁰¹ Sur l'application de la responsabilité civile de l'employeur dans le domaine du droit du travail, v. *infra* n^{os} 1261 et s.

¹²⁰² V. un arrêt de principe sur cette question : Cass. soc., 6 mai 1982 : Bull. civ. 5, n° 281 ; Rev. sociétés 1982. 523, note P. Le Cannu.

Il ne faut pas au surplus oublier, que le contrat de travail est un contrat à *exécution successive*, et des conséquences inévitables s'attachent à ce fait, savoir *l'impossibilité de toute restitution*, v. : Cass. soc., 3 oct. 1980 : Bull. civ. 5, n° 704. L'arrêt énonce : « *Mais attendu, que lorsqu'en cas de nullité de contrat à exécution successive les parties ne peuvent être replacées dans leur situation antérieure, elles doivent être indemnisées des prestations fournies* ».

¹²⁰³ Cass. soc., 1^{er} mars 1961 précit. : Bull. civ. 5, n° 268 ; Dr. soc. 1961. 483. L'attendu plus haut reproduit nous fait penser à l'opinion d'un éminent auteur exprimée peu d'années avant que cette décision ne soit rendue, v. : Ph. MALAURIE, note précit. sous Cass. soc., 8 avr. 1957 in D. 1958, jur. 222, 2^{ème} col. et 223. Il estimait qu'on pouvait donner au droit du salarié à être indemnisé pour son travail, une nature « *paracontractuelle* ». Il précise aussi que le recours au contrat se fonde sur le maintien de sa valeur *psychologique*, malgré la perte de sa valeur obligatoire.

¹²⁰⁴ Cass. soc., 9 fév. 1966 : Bull. civ. 5, n° 156 ; Dr. soc. 1966. 426, note J. Savatier. – Rapp. : CA Paris, 16 mars 1977 : Rev. crit. DIP 1979. 81, note M. Simon-Depitre. Cet arrêt réitère l'affirmation plus haut reproduite pour par la suite lui apporter une *restriction*, c'est ainsi qu'il énonce que si : « *l'employeur peut être tenu de verser à la personne qu'il a employée des sommes correspondant aux salaires et aux indemnités résultant d'un contrat de travail, il ne peut lui être reproché d'avoir rompu abusivement un contrat de travail* ».

¹²⁰⁵ Cass. soc., 20 janv. 1971 : Bull. civ. 5, n° 34, p. 27.

666. – L'admission de la théorie de l'enrichissement sans cause dans une relation de travail¹²⁰⁶ pour sanctionner un enrichissement réalisé par l'une des parties au détriment de l'autre, a été réaffirmée dans des décisions plus récentes¹²⁰⁷. Ceci nous permet de dire, *qu'elle est toujours de droit positif*.

667. – Au surplus, même si l'indemnisation, sur le fondement de l'action en enrichissement sans cause, de salariés dont les contrats sont entachés de nullité ne présente pas toutes les *garanties* d'une indemnisation intégrale, la subsidiarité de cette action se manifeste dans ces hypothèses de manière *exemplaire*. L'annulation des contrats de travail litigieux laissait un *vide juridique* qu'il fallait *combler*, un contrat nul ne pouvant produire d'effet. C'est l'action en enrichissement sans cause qui pouvait valablement combler ce vide.

¹²⁰⁶Comme l'indique l'intitulé choisi pour ce paragraphe premier, nous avons préféré l'expression de « relation de travail » à celle de « contrat de travail », car, premièrement, dans le cas de nullité du contrat de travail, il n'est plus possible de parler d'un contrat quelconque, le contrat litigieux laisserait place à une relation de travail, et, deuxièmement, le concept de « relation de travail » est plus générique que celui de « contrat de travail » et, correspond plus à *la nature du lien juridique* liant les salariés à leurs employeurs, ce lien est – comme beaucoup l'ont relevé – de nature *institutionnelle* plus qu'il n'est de nature contractuelle, selon la conception civiliste du contrat.

¹²⁰⁷ CA Amiens, 6 mai 2008, n° de RG : 07/00234. Bien que rendu par les juges du fond, cet arrêt revêt une grande valeur doctrinale ainsi qu'une grande portée. Il serait donc intéressant d'en retracer les faits. Un litige a opposé un ancien administrateur de société anonyme mise en liquidation judiciaire au mandataire liquidateur de celle-ci. Un conseil de prud'hommes a condamné *in solidum* ce dernier avec différentes sociétés parmi lesquelles celle dont cet administrateur faisait partie, à lui payer différentes indemnités découlant du contrat de travail qui le liait à cette société. Devant la cour d'Amiens, le mandataire liquidateur, a invoqué la nullité de ce contrat de travail pour avoir été conclu alors que l'intéressé occupait le poste d'administrateur de la société anonyme en question. Il sollicita l'infirmité du jugement déféré, la constatation de la nullité du contrat de travail et la condamnation de l'intéressé à lui restituer les salaires perçus en exécution de ce contrat. L'intimé invoqua le caractère artificiel et l'absence de contenu de son mandat d'administrateur, et fit valoir qu'il n'a jamais exercé au sein de l'entreprise que des fonctions techniques dans un rapport de subordination. Il fit valoir qu'il est en toute hypothèse en droit de prétendre, *en vertu de la théorie de l'enrichissement sans cause*, à une indemnisation au titre des prestations qu'il a fournies. Il demanda à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où à raison de la nullité du contrat il devrait la restitution des salaires versés, la fixation de sa créance à la somme de 97 761, 30 €, à titre d'indemnité pour les prestations effectuées au profit de l'entreprise, la compensation de cette somme avec celle dont il devrait restitution. La cour d'Amiens annula le contrat de travail de l'administrateur par application de l'article L. 225-44 C. com. Puis, statuant sur sa demande fondée sur l'enrichissement sans cause, elle énonça que : « *si en conséquence de cette nullité les rémunérations versées au titre de l'exécution du contrat doivent donner lieu à restitution, l'administrateur, qui a par ailleurs exercé des fonctions techniques, profitables à l'entreprise, dans un rapport de subordination, peut toutefois prétendre, sur le fondement de la théorie de l'enrichissement sans cause, à une indemnisation au titre des prestations qu'il a fournies* ». L'administrateur fut condamné à restituer les salaires qui lui ont été versés, et qui s'élevaient à un montant de 97 761, 30 €. La cour constata que l'intimé, « *n'exerçait en réalité aucune fonction liée à son mandat social et consacrait la totalité de son temps de travail à l'exécution, dans un rapport de subordination, des tâches purement techniques (...)* ». Elle décida alors : « *qu'il doit par conséquent être indemnisé de l'activité profitable ainsi déployée pour le compte de l'entreprise et, compte tenu de l'exécution à temps complet de cette activité, cette indemnité doit être fixée à un montant équivalent aux salaires qui lui ont été versés en contrepartie des prestations techniques qu'il a fournies* ». Cette créance fut fixée à la même somme de 97 761, 30 €. La cour ordonna la compensation entre les créances respectives des parties ; les sommes que l'intimé devait restituer après que son contrat de travail fût annulé, et celles qui lui étaient dues au titre de l'enrichissement sans cause pour les prestations de travail par lui fournies à la société. – CA Versailles, 27 avr. 2011, n° de RG : 10/02195 (sol. implicite). L'espèce mettait en cause la validité d'une clause de dédit-formation, ceci ne limite pour autant pas sa portée. L'arrêt démontre que la théorie de l'enrichissement sans cause *a toujours sa place dans une relation de travail*.

Après avoir examiné l'application de l'action en enrichissement sans cause dans les relations de travail, il nous faut à présent examiner l'application de celle-ci dans les relations de famille.

Par. 2 : Dans les relations de famille.

668. – La notion de famille doit être entendue ici dans un *sens large*. Il ne s'agit pas de la famille dans sa signification de rapports existant entre ascendants et descendants, ou dans ceux des collatéraux entre eux, mais aussi des rapports qui découlent du mariage. La notion doit aussi être étendue aux rapports existant entre concubins, chez ceux-ci existe un *semblant de mariage*, ou plus exactement parlant, “un mariage de fait”. Elle doit de même être étendue aux personnes liées par un pacs.

669. – La théorie de l'enrichissement sans cause aura vocation à s'appliquer aux relations de famille, notamment lorsque, au sein de la famille, l'un des membres effectue un travail au profit d'un autre, sans être rémunéré, ni recevoir quelque autre contrepartie matérielle. Et, que cet autre en tire un bénéfice.

A dire vrai, la question dépasse le travail proprement dit, et il faudra aussi examiner si l'assistance et les sacrifices qu'un membre de famille procure à l'autre, lui ouvrent droit à une indemnité en enrichissement sans cause.

670. – Cette manière de présenter la question apparaîtra quelque peu simpliste et insuffisamment révélatrice de la difficulté de la question. L'application de l'enrichissement sans cause au sein de la famille soulève des difficultés. Mais aussi le travail effectué dans le cadre familial est l'une des questions les plus difficiles à appréhender. Il s'agit d'un domaine *relativement récent* à l'application du droit.

En effet, comme l'a souligné un éminent auteur depuis près d'un demi-siècle, le travail effectué à l'intérieur de la famille est l'un des domaines qui *ont résisté pendant longtemps à l'infiltration du Droit*¹²⁰⁸. Il a fallu une importante évolution des mœurs et des mentalités pour que puisse être tolérée l'idée qu'une personne soit rémunérée pour le travail qu'elle effectue au profit d'un membre de sa famille.

671. – Comme nous l'avons dit, la notion de famille s'entend dans un sens *large*, et englobant une diversité de rapports ; il s'ensuit que des disparités séparent entre ceux-ci. Celles-ci viennent du fait que les rapports en question diffèrent

¹²⁰⁸ A. ROUAST, *Le droit du travail familial*, art. précit., p. 154, n° 1.

profondément quant aux obligations qu'ils engendrent à la charge des parties et qui peuvent donner lieu à l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause. Il va falloir examiner séparément ces différents types de rapports car ils commandent une *application différenciée* de cette théorie, et par conséquent une *intervention plus ou moins forte de la subsidiarité*. C'est alors que sera étudiée séparément, l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause au sein du *couple*, et son application dans les rapports entre ascendants, descendants et collatéraux.

C'est donc la notion de *couple* qui sera l'axe de la distinction entre les deux grands groupes abritant les rapports formant le domaine d'application de l'action en enrichissement sans cause. Il y a ainsi d'un côté, les rapports dont le noyau est formé par un couple, et d'un autre, les rapports dont le noyau est formé par un type de liens *autre*.

672. – Il n'est pas, bien entendu, de notre propos d'envisager dans le cadre de cette étude, la notion de cause dans l'application de l'enrichissement sans cause aux relations de famille, non plus celle d'enrichissement et d'appauvrissement, mais nous visons uniquement à mettre en valeur l'intervention de la subsidiarité à travers l'application de cette théorie aux relations de famille.

Seront donc examinées respectivement, dans ce qui suit, et, dans deux sous-paragraphes successifs, l'application de cette théorie au sein du couple (sous-par. 1^{er}) et son application dans les relations entre ascendants, descendants et collatéraux (sous-par. 2).

Sous-par. 1^{er} : L'enrichissement sans cause au sein du couple.

673. – L'application de la théorie de l'enrichissement sans cause au sein du couple nécessitera que l'on distingue entre, de première part, le couple de personnes mariées, de deuxième part, le couple de personnes vivant en concubinage, et de troisième part, le couple de personnes liées par un pacs. Cette distinction se justifie parfaitement, car il existe certaines règles qui mettent des obligations à la charge de personnes dans une relation déterminée, alors que de telles obligations n'existent pas pour d'autres.

Il en est ainsi à propos de l'article 214 C.C. qui oblige les deux époux à contribuer, selon leurs facultés respectives, aux charges du mariage¹²⁰⁹, alors qu'une

¹²⁰⁹ Le texte dudit article 214 se présente ainsi en son aliéna premier qui seul nous intéresse ici :

telle obligation *n'existe pas* pour les couples vivant en concubinage ni pour ceux qui sont liés par un pacs.

674. – Il serait alors intéressant d'examiner quelle est l'incidence de cette différence de régime sur l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause à chacun des trois types différents de rapports, et éventuellement la subsidiarité.

Sera en premier lieu examinée l'application de l'enrichissement sans cause dans les rapports découlant du mariage (A), puis, dans les rapports des concubins (B), et en dernier, dans les rapports des partenaires liés par un PACS (C).

A. – Dans le cadre du mariage.

675. – Envisageant la situation des couples mariés, plusieurs questions s'imposent à l'examen. Les envisager est *incontournable*, car elles convergent toutes vers même objectif, celui de permettre une compréhension assez exhaustive de l'application de l'action en enrichissement sans cause entre époux.

La première question concerne les facteurs propices à l'application de l'action en enrichissement sans cause ; on peut en effet relever qu'il existe certaines considérations qui ouvrent *largement* la voie à l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause et partant, la révélation de la subsidiarité (a). La deuxième se rapporte à un *éventuel concours* entre cette action et d'autres actions découlant du lien matrimonial (b). Et la troisième se rapporte à l'incidence des lois spéciales réglementant la relation de travail entre époux sur l'application de cette action entre eux (c).

a. – Les facteurs propices à l'exercice de l'action en enrichissement sans cause dans le couple marié.

676. – Il existe deux séries de considérations qui influent fortement sur la possibilité d'application de la théorie de l'enrichissement sans cause dans une relation de mariage. La première série de considérations se rapporte au régime applicable aux relations pécuniaires des époux, la deuxième série de considérations, et qui suppose que soient vérifiées l'existence des premières, tient aux difficultés que rencontre la

« Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives ».

reconnaissance d'un contrat de travail valable entre époux. Seront examinées successivement l'un et l'autre série de considérations dans ce qui suit.

1 – Première série de considérations : l'influence du régime matrimonial choisi par les époux sur l'application de l'action en enrichissement sans cause.

677. – Le régime matrimonial choisi par les époux pour régir leurs relations financières, a une incidence directe sur la possibilité d'application de l'action en enrichissement sans cause. Celle-ci ne s'épanouissant que dans le vide juridique¹²¹⁰, c'est alors que le régime de la séparation de biens est considéré comme *le domaine de prédilection* de l'application de cette action entre époux. Ce régime a été autrefois décrit par un éminent auteur comme étant l'« absence de régime matrimonial », car le mariage des personnes n'entraîne pas le mariage des biens¹²¹¹. Cette façon de voir, bien qu'excessive, dans le régime de séparation de biens évoque l'*inexistence* de régime matrimonial¹²¹², fait immanquablement penser à la *subsidiarité* qui régit l'action en enrichissement sans cause, et semble surtout *tout à fait compatible* avec cette notion, celle-ci évoquant la suppléance à un moyen de droit qui n'est pas disponible au demandeur.

678. – Le régime de séparation de biens pur¹²¹³ est propice à la naissance de facteurs ouvrant droit à l'application de l'action en enrichissement sans cause et à sa prospérité. Au préalable, il faut poser que la simple obligation alimentaire entre époux, ou parents et alliés plus généralement, *ne fait pas naître à la charge de l'un ou l'autre des créanciers d'aliments un devoir de collaboration*¹²¹⁴. Aussi et surtout, même si la loi impose mutuellement aux époux « secours et assistance »¹²¹⁵ et que par conséquent, cette assistance que l'un procure à l'autre *n'est pas sans cause*¹²¹⁶ et ne saurait ouvrir droit à une action en enrichissement sans cause, cette entraide que l'un

¹²¹⁰ M. BORYSEWICZ, *Travail et enrichissement sans cause dans les relations de famille*, in Mélanges Jean-Pierre Béguet, Faculté de Droit, Université de Toulon et du Var, 1985, p. 39, spéc. p. 44.

¹²¹¹ R. SAVATIER, *Des inconvénients du régime conventionnel de séparation de biens*, D.H. 1929, chron. 21 ; *Propriété des acquêts réalisés par des époux séparés de biens (sans société d'acquêts)*, D. 1979, chron. 193.

¹²¹² Une opinion contraire existe pourtant, les partisans de cette opinion considèrent que la séparation des biens constitue un véritable régime matrimonial parce qu'elle détermine l'ensemble des conséquences du mariage sur les patrimoines des époux et surtout parce qu'elle entraîne l'obligation de contribuer aux charges du mariage. Sur cette opinion, v. : P. LIPINSKI, *op. cit.*, n° 10.

¹²¹³ Cette précision s'avère être nécessaire ici, car le régime de séparation de biens qui est associé à une société d'acquêts ne donne pas lieu à l'application de l'action en enrichissement sans cause. Sur cette jurisprudence, v. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1984 : Bull. civ. 1, n° 153, p. 129 ; D. 1985. IR. 173.

¹²¹⁴ M. BORYSEWICZ, art. précit., p. 45.

¹²¹⁵ C'est en vertu de l'article 212 C.C. que la loi impose aux deux époux de se secourir et de s'entraider, ce texte dispose : « les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance ».

¹²¹⁶ En ce sens : M. BORYSEWICZ, art. précit., p. 46.

des époux doit et procure à l'autre, ne signifie aucunement qu'elle soit *sans plafond*, *sans limites*. Par suite, si ce devoir d'assistance que l'un des époux exerce au profit de l'autre, dépasse certaines limites ou procure de par son importance¹²¹⁷ un enrichissement à celui des époux qui le reçoit et en bénéficie, il pourrait valablement ouvrir à l'époux qui s'est appauvri¹²¹⁸ une action en enrichissement sans cause.

679. – Ceci dit, la communauté de vie entre personnes mariées, sera très souvent propice à l'existence de l'entraide exercée par un époux au profit de l'autre. L'un d'eux, le plus souvent l'épouse, collaborera gratuitement à l'activité professionnelle de l'autre, cette activité de collaboration revêtant *une importance telle* que l'époux qui en bénéficie sera corrélativement *enrichi de la valeur de ce travail*, car il sera dispensé de recourir aux services d'un employé salarié¹²¹⁹. Il y a ainsi dans cette situation un *transfert de valeur* d'un patrimoine de l'un des époux vers l'autre, et les intérêts entre eux se trouvant entremêlés, à tel point qu'il sera nécessaire au cas où l'union conjugale venait à se dissoudre – par le décès ou le divorce – l'équité commandera que les époux procèdent à la liquidation de la communauté de biens qui s'est formée de fait entre eux.

680. – En effet, c'est à la dissolution¹²²⁰ de l'union que vont naître les difficultés quant à la répartition et la division entre les époux des avoirs, biens et richesses qui se sont enchevêtrés du fait de la *communauté de vie* qui s'est produite entre eux. Cette opération est devenue indispensable, systématique même, au moment

¹²¹⁷ D'éminents auteurs ont déjà souligné que l'entraide familiale s'évalue selon sa *qualité* et non selon sa quantité, v. : A. ROUAST, *Le droit du travail familial*, art. précit., n° 16 et note 9.

¹²¹⁸ Sur l'appauvrissement dans les rapports de famille, v. C. PHILIPPE, *L'appauvrissement en droit de la famille*, Pet. Aff. n° 90 du 28 juill. 1993, p. 29.

¹²¹⁹ C'est cette considération que la doctrine a appelé le « critère de remplacement », v. : A. ROUAST, *Le droit du travail familial*, art. précit., n° 16. Ce critère est assez satisfaisant car il permet de décider si la collaboration de la personne au profit de son conjoint est assez importante et constante et par conséquent, susceptible de constituer en sa faveur une créance d'enrichissement sans cause vis-à-vis de son conjoint.

¹²²⁰ C'est seulement à la dissolution de l'union conjugale que l'un des époux intentera une action en enrichissement sans cause contre son ex-conjoint, pour être indemnisé de l'appauvrissement qu'il a subi pendant le mariage. En effet, tant que l'union patrimoniale dure, il y aura *impossibilité morale* pour l'un des époux d'intenter une action en enrichissement sans cause contre son conjoint, et la Cour de cassation a souligné cette impossibilité morale d'agir pendant le mariage, v. Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 1982 : Bull. civ. 1, n° 302, p. 257 ; JCP 1983. 2. 19992, obs. F. Terré. La Cour énonce que : « *C'est le travail fourni sans rémunération qui été générateur, à la fois, de l'appauvrissement, par manque à gagner, de Mme Chévrier (ex-épouse, défenderesse en cassation), et de l'enrichissement de M. Perrin (ex-époux, demandeur en cassation), qui n'avait pas eu à rétribuer les services d'une infirmière anesthésiste ; que pour évaluer l'appauvrissement de la demanderesse à l'indemnité de restitution et l'enrichissement du défendeur, la cour d'appel devait donc se placer, comme elle l'a fait, à la même date : celle de la demande en divorce, en raison de l'impossibilité morale pour la femme d'agir antérieurement contre son mari* ». – V. aussi : R.-F. LE BRIS, *op. cit.*, spéc. n° 304. Cet auteur considère que l'action en enrichissement sans cause est *incompatible avec l'esprit d'unité du mariage*, c'est pour cette raison que l'intenter est impossible lorsque les époux sont encore dans les liens du mariage.

de la dissolution de l'union que désormais existe ce qu'on appelle la « liquidation dans le régime de séparation de biens »¹²²¹.

Certains auteurs ont, à juste titre, dénoncé l'injustice que crée le régime de séparation de biens¹²²², en un sens que, la séparation de biens est *incompatible* avec la communauté de vie que crée le mariage. Cette injustice est telle qu'elle nécessite le recours au juge pour que ses conséquences fâcheuses soient corrigées¹²²³. Ce recours se fera par le biais d'une action en enrichissement sans cause¹²²⁴, intentée à la dissolution de l'union, par l'un des conjoints qui par son travail et sa collaboration à l'activité professionnelle de l'autre, aura *enrichi* celui-ci de la valeur de ce travail¹²²⁵. L'enrichissement recueilli par l'un des conjoints au profit de l'autre peut être *dépourvu de cause*¹²²⁶, et ouvrir, par conséquent droit au conjoint appauvri à une

¹²²¹ P. LIPINSKI, *La liquidation de biens dans le régime de séparation de biens*, L.G.D.J., bibl. dr. priv. tome 367, 2002, préf. G. Champenois, spéc. n^{os} 219 et s.

¹²²² A. BRETON, notes sous Cass. 1^{ère} civ., 9 janv. et 30 mai 1979 in D. 1981, jur. 241, et sous CA Versailles, 17 mars 1980 in Rép. Def. 1981, art. 32512, p. 61. – J.-F. PILLEBOUT, *Les illusions de la séparation des biens*, Rép. Def. 1981, art. 32646, p. 641, spéc. n^{os} 3 et 22 et s.

¹²²³ J.-F. PILLEBOUT, *ibid.*, n^o 3.

¹²²⁴ J.-F. PILLEBOUT, *ibid.*, n^o 24. Mise à part l'action en enrichissement sans cause, il existe une autre voie ouverte à l'époux lésé et c'est celle d'invoquer qu'a existé entre lui et son conjoint une *société de fait*. Celle-ci suppose évidemment que soient vérifiés certains éléments de fait qui font que telle société existe véritablement, notamment celui de l'exploitation en commun et du partage des bénéfices qui découlent de cette exploitation, ainsi que celui de supporter les pertes de cette exploitation. V. aussi sur cette question : L. LEVENEUR, *op. cit.*, n^{os} 351 à 353 et les réf. citées. – J.-F. PILLEBOUT, art. précit., n^o 23.

¹²²⁵ V. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 1982 : Bull. civ. 1, n^o 302, p. 257 ; JCP 1983. 2. 19992, obs. F. Terré ; D. 1983, IR. 22. L'espèce se rapportait à une infirmière qui a assisté son mari chirurgien pendant dix années sans recevoir *aucune rémunération*. Après le divorce, elle lui réclame une indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Pour rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt qui a fait droit à sa demande, la Cour de cassation énonce que : « *comme l'ont retenu les juges du fond, c'est le travail fourni sans rémunération qui a été générateur, à la fois, de l'appauvrissement, par manque à gagner, de Mme C., et de l'enrichissement de M. P., qui n'avait pas eu à rétribuer les services d'une infirmière anesthésiste* ».

¹²²⁶ Il faut encore et surtout souligner que l'entraide conjugale n'est pas toujours sans cause et par conséquent, génératrice d'appauvrissement à l'égard de l'époux qui l'exerce, puisqu'elle est édictée comme obligation découlant du lien conjugal à la charge des époux par le Code civil à l'article 214 C.C. Mais elle le devient lorsqu'il y a *excès* dans l'exercice de cette entraide, de sorte que celui des époux qui l'exerce *dépasse* son obligation dans la contribution aux charges du mariage. C'est seul l'excès dans cette activité qui constitue un appauvrissement et, corrélativement un enrichissement pour celui qui en profite. Pouvoir tracer la ligne de partage pour la collaboration entre époux, entre la norme acceptée ou souhaitable, et l'excès préjudiciable et ouvrant droit à indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause est assez difficile et délicat à mesurer. Il est assez difficile d'évaluer à partir de quel moment l'un des époux a, par le travail qu'il a procuré à l'activité professionnelle de l'autre, ou dans son travail au foyer et les sacrifices qu'il y a fait, excédé sa part contributive aux charges du mariage, mais l'importance et la régularité du travail fourni par le conjoint sont des critères principaux dans l'évaluation. Certains ont distingué entre le simple accroissement des revenus du ménage et la constitution d'un capital ou d'une épargne capitalisable, selon eux c'est seulement dans la deuxième hypothèse qu'il y a enrichissement sans cause ouvrant droit à une indemnité. Nous ne pouvons approuver cette distinction et nous pensons qu'il y a enrichissement sans cause dans l'un et l'autre cas. – V. en ce sens : A. SINAY-CYTERMANN, *Enrichissement sans cause et communauté de vie. Incidences de la loi du 10 juillet 1982*, D. 1983, chron. 159, spéc. p. 160. Nous pensons que c'est l'excès dans la collaboration, l'entraide ou l'activité faite au profit de l'un des époux, qui justifie et fonde l'existence de l'appauvrissement non causé, la nature de ce résultat, qu'elle desservit la contribution aux charges du mariage ou aboutisse à la constitution d'un capital, importe peu.

action en enrichissement sans cause, lorsque le travail que ce conjoint effectue au profit de l'autre excède sa part contributive aux charges du mariage¹²²⁷.

681. – Plus récemment, on admet, par une interprétation extensive de la jurisprudence relative aux « donations rémunératoires »¹²²⁸, que le travail de la femme au foyer ou sa collaboration à la profession de son mari et les importants sacrifices que cela implique de sa part, puissent constituer *la cause* de versements faits par le mari en vue d'acquisitions immobilières indivises¹²²⁹. Ainsi sera fermée devant celui-ci la voie à toute action en nullité des acquisitions faites¹²³⁰, ou alors ce travail ainsi procuré crée au profit de l'époux qui l'exerce une créance envers son conjoint faisant obstacle à une éventuelle action en enrichissement sans cause intentée par celui-ci, lorsque ce travail ainsi fourni par l'époux, excède de part sa nature et son importance, sa part contributive aux charges du mariage imposée par l'article 214 C.C.¹²³¹. De tels sacrifices et actes exercés au foyer seront également

¹²²⁷ L'obligation de contribuer aux charges du mariage étant édictée, comme déjà dit, par l'article 214 C.C., la question de pouvoir déterminer si l'un des époux séparés de biens a excédé sa contribution aux charges du mariage est *une question de pur fait*, et relève par conséquent du pouvoir d'appréciation des juges du fond. Cette question soulève – comme nous l'avons déjà souligné – des difficultés dans l'appréciation de l'excès effectué par l'un des époux dans cette contribution. La difficulté de l'évaluation dans de tels cas se reflète sur des hésitations et incertitudes dans la fixation de l'indemnité d'enrichissement, ce qui fait que le plus souvent, la fixation de cette indemnité entre plusieurs juridictions qui statuent sur la même affaire, peut varier jusqu'au double et plus. V. pour un cas de ce type : Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 1979 précit. : D. 1981, jur. 241, note A. Breton ; Rép. Def. 1980, art. 32174, p. 44, note A. Ponsard, et art. 32348, p. 915, n° 48, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1981. 426, obs. J. Patarin ; D. 1979, IR. 256, obs. D. Martin, où la cour d'appel de Bordeaux a estimé à 180.000 F l'indemnité due à l'épouse, par contre sur renvoi, la cour d'appel de Limoges fut approuvée par la Cour de cassation, a estimé que l'épouse avait droit à une indemnité de 70.000 F seulement. Dans le même ordre d'idées, et sur l'imprécision de l'indemnité d'enrichissement sans cause et l'absence presque complète de motifs justifiant le chiffre retenu pour cette indemnité, v. : J.-C. LAURENT, obs. sous CA Pau, 23 janv. 1961 in JCP 1961. 2. 12207.

¹²²⁸ Rappelons que la technique des « donations rémunératoires » est une construction jurisprudentielle qui consiste à refuser l'annulation ou la révocation d'une donation au motif que la libéralité effectuée avait un caractère *rémunératoire*, v. : M. MONTEILLET-GEFFROY, *Les conditions de l'enrichissement sans cause dans les relations de famille*, La Mouette, 2001, spéc. n° 77 et les réf. citées.

¹²²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 1978 : Bull. civ. 1, n° 316, p. 243 ; D. 1979, IR. 75, obs. D. Martin ; Gaz. Pal. 1979. 2. 528, note D. de La Marnière ; JCP 1979. 2. 19220, obs. J. Patarin ; RTD civ. 1981. 426, obs. J. Patarin. – CA Versailles, 7 janv. 1980 et 8 janv. 1980 : Rép. Def. 1980, art. 32552, p. 207, note A. Breton. – Cass. 1^{ère} civ., 4 mars 1980 : Bull. civ. 1, n° 76, p. 63 ; Rép. Def. 1980, art. 32448, p. 1298, n° 89, obs. G. Champenois. – CA Aix-en-Provence, 8 juin 1993 : Juris-Data n° 049467.

¹²³⁰ En effet, si les acquisitions indivises en question ont été faites dans le but de rémunérer l'épouse – ou plus généralement le conjoint – pour le travail et les sacrifices qu'il a faits au profit de l'autre, il n'y a aucunement intention libérale de la part du conjoint qui a procédé à ses acquisitions. Donc toute qualification de donation déguisée susceptible d'annulation en application de l'article 1099 C.C., est *exclue*.

Sur cette jurisprudence, v. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1981 : Bull. civ. 1, n° 217, p. 178 ; RTD civ. 1982. 784, obs. J. Patarin. – CA Aix-en-Provence, 8 juin 1993 précit. : Juris-Data n° 049467.

¹²³¹ J.-F. PILLEBOUT, art. précit., n° 26. – V. pour une première application jurisprudentielle de cette idée : CA Versailles, 7 janv. 1980 et 8 janv. 1980 précit. : Rép. Def. 1980, art. 32552, p. 207, note A. Breton. – V. aussi dans le même sens : CA Versailles, 17 mars 1980 : Rép. Def. 1981, art. 32512, p. 61. – V. aussi qui est dans le même sens et se présente comme un arrêt de principe : Cass. 1^{ère} civ., 20 mai 1981 : Bull. civ. 1, n° 175, p. 142 ; Rép. Def. 1980, art. 32750, p. 1323, n° 101, obs. G. Champenois ; RTD civ. 1982. 784, obs. J. Patarin. La Cour énonce que : « *L'activité de l'épouse dans la direction du foyer peut, dans la mesure où cette activité va au-delà de l'obligation de contribuer aux charges du mariage,*

constatés lorsque l'un des conjoints – le plus souvent l'épouse, ici de même – a renoncé à exercer toute activité professionnelle pour se consacrer entièrement au foyer, subissant ainsi un appauvrissement indéniable, ou restant au foyer, ce conjoint s'est imposé des privations considérables pour permettre à ce que l'autre se consacre pleinement à son activité professionnelle, mais aussi pour *réaliser des économies* qui permettront souvent au couple d'acquérir indivisément des biens¹²³².

682. – L'action en enrichissement sans cause trouvera ainsi à s'appliquer dans les régimes matrimoniaux de séparation de biens¹²³³, car par hypothèse, il n'y existe pas de masse commune dans laquelle pourrait se fondre l'enrichissement résultant de l'activité que l'un des conjoints a exercée au profit de l'autre lorsque cette activité

constituer la cause de versements faits par le mari au nom de son conjoint à l'occasion d'achats de biens faits indivisément par les époux ». Certains auteurs ont émis des réserves à propos de la jurisprudence susmentionnée, estimant que l'on ne peut déduire purement et simplement que le travail au foyer puisse, à la seule condition de dépasser la contribution aux charges du mariage, faire naître une créance au profit de l'époux qui s'y consacre, il faut que soient constatées des circonstances particulières, v. : G. CHAMPENOIS, obs. au Rép. Def. 1980, art. 32750, n° 101, p. 1325.

¹²³² Pour un cas d'espèce illustrant cette situation, v. : CA Versailles, 7 janv. 1980 : Rép. Def. 1980, art. 32552, p. 207, note A. Breton. Soulignons ici que même l'"incommensurable activité ménagère" connaît des limites au-delà desquelles le dévouement d'une épouse peut être indemnisé, v. en ce sens : M. BORYSEWICZ, art. précit., p. 49.

Pour que la qualification de donation déguisée soit rejetée, il faut que l'épouse prouve « *que l'activité qu'elle avait déployée au foyer et les privations par elle alléguées aient permis un accroissement des économies qui aurait pu constituer la cause de ces versements de fonds* », fonds qui ont permis l'acquisition litigieuse indivise d'un immeuble, v. : Cass. 1^{ère} civ., 2 oct. 1985 : Bull. civ. 1, n° 244, p. 219 ; D. 1986, jur. 325, note A. Breton.

¹²³³ La liquidation des créances entre époux séparés de biens fondée sur le principe d'enrichissement sans cause se fera aussi lorsque l'un des époux séparé de biens, a acquis un bien au moyen de deniers qui lui ont été fournis par son conjoint. Le plus souvent ce sera par une action en nullité que le conjoint qui a financé l'opération tentera de révoquer ou de réduire la libéralité. La Cour de cassation ne se réfère à aucun mécanisme précis, mais la doctrine enseigne que la créance que l'un des époux a contre l'autre ne peut être fondée que sur les principes de l'enrichissement sans cause, v. sur ce point : P. LIPINSKI, *op. cit.*, n° 220. Et pour une illustration jurisprudentielle, v. : Cass. 1^{ère} civ., 24 oct. 1978 précit. : Bull. civ. 1, n° 316, p. 243 ; D. 1979, IR. 75, obs. D. Martin ; Gaz. Pal. 1979. 2. 528, note D. de La Marnière ; JCP 1979. 2. 19220, obs. J. Patarin ; RTD civ. 1981. 426, obs. J. Patarin. En l'espèce, deux époux s'étaient mariés sous le régime de la séparation de biens, durant le mariage, ils se sont rendus acquéreurs indivisément, chacun pour moitié, de divers biens immobiliers dont le prix a été payé par l'époux au moyen de chèques tirés sur ses comptes bancaires. Leur divorce ayant été prononcé, l'homme a assigné son ex-épouse pour faire déclarer nulles les acquisitions des parts indivises faites au nom de cette dernière et qui constituaient d'après lui, des donations déguisées. Le demandeur a été débouté de sa demande, au motif que la preuve n'était pas faite que les fonds ayant servi au règlement des prix d'achat fussent la propriété exclusive de l'époux et qu'il pouvait s'agir d'argent provenant de l'activité de son ex-épouse. Le demandeur sera débouté de sa demande, la première Chambre civile approuvant la cour d'appel, considère que l'acquisition des parts indivises pouvait tenir de rémunération à l'activité de l'épouse, elle décide que : « *Les juges d'appel ont relevé que la collaboration apportée par la dame P. à son ex-époux excédait sa contribution aux charges du mariage, qu'elle n'a donc nullement méconnu les dispositions de l'article 214 C.C. en retenant que pour une large part, ce genre d'activité ouvrait droit au profit de la femme à une rémunération qui avait pu être affectée au règlement de ses parts indivises* ». – V. aussi pour une espèce comparable, mais avec une différence néanmoins : dans cette décision des juges du fond, le travail de l'épouse au foyer fut pour la première fois considéré comme pouvant à *lui seul* fonder une créance entre époux séparés de biens : CA Versailles, 17 mars 1980 précit. : Rép. Def. 1981, art. 32512, p. 49, note A. Breton. Cette extension de la créance d'enrichissement sans cause au profit de l'époux qui est considéré comme ayant par son travail au foyer, dépassé son obligation de contribuer aux charges du mariage, a été accueillie avec beaucoup de réserves par certains auteurs, v. : J. REVEL, *L'article 214 du Code civil et le régime de la séparation de biens*, D. 1983, chron. 23, spéc., n° 15.

excède – comme nous l’avons dit – la part contributive de l’un des époux dans les charges du ménage, ou si elle a été faite au service de l’activité professionnelle de l’autre époux *sans aucune contrepartie*.

Cette action assure l’indemnisation d’un enrichissement sans cause procuré par l’un des époux au profit de l’autre¹²³⁴, elle a pour finalité de *dissocier* les intérêts pécuniaires confondus des époux¹²³⁵.

683. – En revanche, une telle solution ne pourrait être étendue au régime de communauté, il n’y aura pas de place à l’application de la théorie de l’enrichissement sans cause aux époux adoptant ce régime, car le régime de communauté empêchera, de par son fonctionnement, que l’un des époux – le plus généreux des deux en principe –, ne s’appauvrisse au profit de l’autre, et parce que c’est la masse commune qui bénéficie du travail effectué par l’un des époux et qu’aucune récompense n’est due à celui qui enrichit cette masse¹²³⁶.

684. – La subsidiarité se trouve parfaitement illustrée lorsque l’action en enrichissement sans cause est intentée par un époux séparé de biens contre son conjoint, suivant les données de fait évoquées plus haut, car, par hypothèse, le régime de séparation de biens n’offre pas de mécanisme, de procédé juridique ou d’action qui puissent permettre à l’époux qui a fait des sacrifices par son activité, son travail ou son dévouement au profit de l’autre sans recevoir de contrepartie financière, *de compenser l’appauvrissement qu’il a ainsi subi*.

L’accueil de l’action en enrichissement sans cause entre époux dans le cadre d’un régime de séparation de biens¹²³⁷, qui est approuvé par une doctrine quasi

¹²³⁴ P. LIPINSKI, *op. cit.*, n° 221.

¹²³⁵ P. LIPINSKI, *ibid.*, n° 221.

¹²³⁶ M. BORYSEWICZ, art. précit., p. 48. – P. ESMEIN, note sous CA Rouen, 16 juill. 1936 in S. 1937. 2. 169. – R.-F. LE BRIS, *op. cit.*, n° 302. – J. MASSIP, obs. sous CA Caen, 13 mars 1980 in Rép. Def. 1981, art. 32733, p. 1237. – A. ROUAST, *Le droit du travail familial*, art. précit., n° 24. – V. aussi : A. SINAY-CYTERMANN, art. précit. p. 159, qui considère que l’injustice pouvant affecter un époux au détriment de l’autre, est moindre dans un régime communautaire car ce régime opère une autorégulation par partage des bénéfices et des acquêts. – Rappr. : Cass. 1^{ère} civ., 18 nov. 1997 : Dr. famille 1998, comm. n° 11, note B. Beignier. L’arrêt énonce que : « en application de l’article 1401 C.C., le travail accompli par l’épouse, durant le mariage, au sein de l’exploitation artisanale dépendant de la communauté conjugale profitait à la communauté ». Et la Cour d’en déduire que : « l’enrichissement de la communauté, qui trouve son origine dans l’application des dispositions légales relatives à la composition de l’actif communautaire, n’est donc pas sans cause ».

V. cependant pour une opinion plus nuancée : M. MONTEILLET-GEFFROY, *op. cit.*, n° 70 et les réf. citées. Qui considère que l’action en enrichissement sans cause pourrait quand même trouver à s’appliquer dans un régime de communauté, mais il faut pour ceci qu’il y ait un « apport en industrie exceptionnel » de la part d’un époux au profit de l’autre.

¹²³⁷ Soulignons au passage, que cette action n’est point sexiste, qu’elle peut bien être intentée par la femme contre son époux et inversement par celui-ci contre sa femme, preuve en est que la décision rendue par la cour d’appel de Rouen le 22 février 1939 (S. 1939. 2. 63), se rapportait à une action intentée par un mari qui a déployé son activité sans rémunération aucune dans le commerce appartenant à sa femme.

unanime¹²³⁸, est déjà admis depuis longtemps par une jurisprudence constante et établie¹²³⁹.

685. – Il aussi envisageable que l'indemnité d'enrichissement sans cause ne soit pas destinée à rémunérer l'époux pour le travail qu'il a fourni au profit de l'autre, mais à l'indemniser de la plus-value qui a pu être apportée grâce au travail par lui fourni, au fonds de commerce que son ex-époux possède¹²⁴⁰.

Dans la perspective de subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, certains arrêts méritent d'être particulièrement signalés, tel que celui de la première Chambre civile du 15 mars 1960¹²⁴¹ qui a énoncé que cette action intentée par l'épouse est, « *la seule voie de droit qui lui soit ouverte pour obtenir réparation* », marquant ainsi clairement le *caractère subsidiaire de l'action*.

686. – Les nombreux arrêts qui accueillent cette action entre époux séparés de biens ne font le plus souvent, aucune mention de son caractère subsidiaire, mais font simplement application de ce principe car ils accueillent l'action en enrichissement sans cause *en l'absence de toute autre voie de droit ouverte au demandeur*, et c'est ce qu'un éminent auteur a fait remarquer lors de son commentaire de l'une des plus

¹²³⁸ Depuis longtemps déjà par une doctrine autorisée : R. SAVATIER, *Des inconvénients du régime conventionnel de séparation de biens*, art. précit., p. 21 ; *Propriété des acquêts réalisés par des époux séparés de biens (sans société d'acquêts)*, art. précit., p. 193. – V. plus récemment : M. BORYSEWICZ, art. précit., spéc. pp. 46 et s. – P. LIPINSKI, *op. cit.*, n° 219 et s. – J.-F. PILLEBOUT, art. précit., n° 24. – J. REVEL, art. précit., spéc., n° 11 et s. – A. SINAY-CYTERMANN, art. précit., p. 159. – *Contra* : F. CONNEAU, *Inadéquation de l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause à l'indemnisation de l'épouse séparée de biens*, in Mélanges Jean-Pierre Béguet, Faculté de Droit, Université de Toulon et du Var, 1985, p. 111.

¹²³⁹ V. par ex. : CA Rouen, 22 fév. 1939 précit. : S. 1939. 2. 63. – Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 1960 : Bull. civ. 1, n° 154, p. 123 ; JCP 1960. 2. 11653. – CA Pau, 23 janv. 1961 : JCP 1961. 2. 12207, note J.-C. Laurent. – Cass. 1^{ère} civ., 9 janv. et 30 mai 1979 : D. 1979, IR. 256, obs. D. Martin ; *ibid.* 1981, jur. 241, note A. Breton ; Rép. Def. 1980, art. 32174, p. 44, obs. A. Ponsard, et art. 32348, p. 915, n° 48, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1981. 426, obs. J. Patarin. – CA Aix-en-Provence, 6 sept. 1984 : Gaz. Pal. 1984. 2. 756, note J. Lachaud. – V. aussi pour une décision qui possède la particularité de préciser la date d'évaluation de l'enrichissement et de l'appauvrissement : Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 1982 précit. : Bull. civ. 1, n° 302, p. 257 ; JCP 1983. 2. 19992, obs. F. Terré.

¹²⁴⁰ TGI Paris, 6 avr. 1968 : RTD com. 1968. 1020, obs. A. Jauffret. A la différence de la majorité des cas, cette espèce concernait un ex-époux qui a intenté une action en enrichissement sans cause contre son ex-épouse. Celle-ci était propriétaire d'un fonds de commerce d'hôtel-restaurant. Son ex-mari prétendait avoir consacré son activité sans rémunération à ce fonds et demandait en conséquence une indemnité d'enrichissement sans cause. Le tribunal décide qu'en réalité, ce ménage *a vécu grâce aux produits du fonds appartenant à la femme*, et que l'ex-mari ne peut prétendre à une indemnité équivalente au montant des rémunérations qu'il aurait pu exiger comme salarié. Mais il admet qu'il peut avoir enrichissement sans cause si l'activité du mari a procuré une plus-value au fonds. Il commet donc un expert pour rechercher s'il y eu une plus-value apportée au fonds et partant, *enrichissement de la femme*.

¹²⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 1960 précit. : Bull. civ. 1, n° 154, p. 123 ; JCP 1960. 2. 11653. L'arrêt énonce que : « *Après avoir rappelé que l'action de la dame Scharmakova a pour fondement l'enrichissement sans cause, l'arrêt attaqué constate que l'appauvrissement de la femme pouvait, en l'espèce, résulter du travail fourni par elle, sans rémunération, dans la gestion du fonds, tandis que l'enrichissement corrélatif de Saint-Martin pouvait s'entendre tant de cette absence même de rémunération que de la plus-value procurée au fonds par la dame Scharmakova, notamment grâce à un accroissement de la clientèle ; que l'arrêt attaqué observe en outre que le recours exercé par la dame Scharmakova est la seule voie de droit qui lui soit ouverte pour obtenir réparation* ».

importantes décisions rendues en la matière¹²⁴². Ce même auteur a, à juste titre, estimé que l'action en enrichissement sans cause intervenant de cette manière à la dissolution de l'union entre époux séparés de biens, remplit la fonction de *corriger les injustices du pur régime de séparation de biens*, et que c'est en ceci que se manifeste son *caractère équitable*¹²⁴³. Cette opinion ne peut qu'être approuvée, et nous pensons que c'est surtout cette fonction de l'action en enrichissement sans cause qui consiste à *corriger les injustices et inconvénients du régime de séparation de biens*, qui rejoint l'idée du *caractère subsidiaire indéniable* que cette action revêt, et qui prouve de même que ce caractère subsidiaire est de son *essence*.

687. – Nous pouvons l'affirmer car la subsidiarité, suppose, *en particulier*, lorsqu'elle s'applique à une action que celle-ci ne peut intervenir que pour secourir le demandeur ou suppléer à la défaillance du système qui laisse place à des injustices pour lesquelles le législateur n'a prévu *aucune action qui puisse y remédier*.

Est toujours fidèlement réaffirmée la jurisprudence accueillant l'action en enrichissement sans cause intentée par l'époux séparé de biens, pour être indemnisé de l'appauvrissement par lui subi, à cause de l'activité non rémunérée qu'il a déployée au profit de l'autre¹²⁴⁴.

Après avoir examiné l'application de l'action en enrichissement sans cause pour les époux adoptant le régime de séparation de biens, qui se justifie principalement, comme nous l'avons vu, par le travail exercé gratuitement par l'un des époux, que ce soit au foyer ou au profit de l'activité professionnelle de son conjoint, il nous faut à présent examiner la question de *la relation de travail entre époux*, et son incidence sur l'application de l'action en enrichissement sans cause.

2 – Deuxième série de considérations : la relation de travail entre époux et son incidence sur une éventuelle application de l'action en enrichissement sans cause.

688. – Nous avons préféré ici le titre générique de « relation de travail » à celui plus spécifique de « contrat de travail », pour que cette partie des développements puisse comprendre les relations de travail entre époux qui forment des contrats de travail au vrai sens du mot, mais aussi pour qu'y puissent être inclus

¹²⁴² A. PONSARD, note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 janv. et 30 mai 1979 in Rép. Def. 1980, art. 32174, p. 48.

¹²⁴³ A. PONSARD, *ibid.*, p. 52.

¹²⁴⁴ CA Bordeaux, 27 sept. 1984 : Juris-Data n° 1984-042440. – CA Bordeaux, 26 oct. 1992 : Juris-Data n° 034448. – CA Aix-en-Provence, 8 juin 1993 précit. : Juris-Data n° 049467. – Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 1997 (sol. implicite) : Dr. famille 1998, n° 15, note B. Beignier ; Juris-Data n° 004184.

les rapports entre époux qui consistent en une prestation de travail sans pour autant constituer des contrats de travail proprement dits, mais revêtent au contraire *une autre qualification*. Les deux possibilités de rapports supposant l'existence d'une prestation de travail seront envisagées dans ce qui suit, et ce n'est nullement pour des raisons de licéité ou d'illicéité tenant à l'existence du contrat de travail que cette manière d'examiner la question a été adoptée.

689. – En effet, il est révolu le temps où l'on n'admettait pas la validité du contrat de travail conclu entre époux¹²⁴⁵. Autrefois, la controverse sur cette question était vive, mais doctrine et jurisprudence ont – après maints revirements et hésitations, il est vrai –, admis de manière générale, la possibilité qu'il y ait un contrat de travail liant deux époux et la licéité de celui-ci¹²⁴⁶. Aussi, les réformes législatives octroyant la capacité à la femme mariée et celles relatives aux régimes matrimoniaux, ont été pour beaucoup dans la reconnaissance d'un lien de subordination entre époux, et l'ancienne controverse sur l'incompatibilité du lien de subordination avec le lien matrimonial¹²⁴⁷ est de loin dépassée aujourd'hui¹²⁴⁸.

690. – Il est intéressant à cet égard, de citer un arrêt de la cour de Rouen du 16 juillet 1936¹²⁴⁹, dans lequel une *rémunération* a été accordée à l'épouse, séparée de biens, qui avait apporté son concours en qualité de caissière au fonds de commerce de son mari. Il est significatif de souligner que, bien qu'il emploie expressément le terme de « rémunération », l'arrêt n'évoque nullement l'existence d'un contrat de travail ayant lié l'ex-épouse à son mari¹²⁵⁰. Il n'évoque pas *non plus*, et c'est ce qui est

¹²⁴⁵ R.-F. LE BRIS, *op. cit.*, n° 104 et s.

¹²⁴⁶ P. ESMEIN, note précit. sous CA Rouen, 16 juill. 1936 in S. 1937. 2. 169 et les réf. citées. – F. LAMAND, note sous Cass. 1^{ère} civ., 8 juin 1963 in D. 1964, jur. 713, spéc. p. 715 et les réf. citées. – J. LEROY, *Perspectives sur le devenir du régime de la séparation de biens*, RTD civ. 1983. 31, spéc. p. 65 et les réf. citées. – A. ROUAST, *Le droit du travail familial*, art. précit., n° 1, 10 et 44 et les réf. citées.

¹²⁴⁷ A. ROUAST, *ibid.*, n° 11.

¹²⁴⁸ A. SINAY-CYTERMANN, art. précit., p. 161.

¹²⁴⁹ CA Rouen, 16 juill. 1936 : S. 1937. 2. 169, note P. Esmein ; D.P. 1938. 2. 89, note M. Nast ; RTD civ. 1937. 95, obs. G. Lagarde.

¹²⁵⁰ En l'espèce, le mari soutenait qu'accorder une rémunération à son ex-épouse pour son activité au cours du mariage serait la faire bénéficier d'un avantage matrimonial non prévu au contrat de mariage, contrairement au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Sur cette allégation la cour répond dans un attendu de grande clarté, que : « *la rémunération réclamée par la dame D. représente pour elle un salaire personnel n'ayant aucun rapport avec les obligations auxquelles elle était astreinte du fait du mariage ; que cette rémunération ne serait donc pas contraire au principe d'immutabilité du contrat de mariage passé entre les époux* ». Soulignons dans cet attendu, l'importance qui se rapporte à l'emploi du terme « salaire » ; on a l'impression qu'il s'agit pour elle d'un *droit protégé par la loi*. Et c'est ce qu'on verra effectivement plus loin. Poursuivant, la cour réaffirme un autre principe de non moindre importance, c'est celui qui se rapporte à l'obligation de la femme aux charges du mariage, et énonce que : « *d'autre part, la légitimité de cette rémunération étant acquise, il y a lieu de rappeler que les tribunaux sont libres d'arbitrer ex aequo et bono, comme en matière de pension alimentaire, la somme que la femme devra verser dans le ménage et que la femme ne saurait être contrainte à remettre à son mari que la portion des revenus et gains nécessaires aux besoins de la vie commune* ». En application de ces principes, la cour a fixé la rémunération mensuelle de l'ex-épouse à 600 fr., et a fixé à 400 fr. la part contributive de celle-ci

significatif également, la théorie de l'enrichissement sans cause¹²⁵¹. L'arrêt octroie ainsi une rémunération à l'ex-épouse ayant en réalité enrichi son mari de *la valeur de son travail*, sans aucunement se fonder sur un contrat de travail, ni sur une relation de travail, et, sans non plus se référer à la théorie de l'enrichissement sans cause. On se demande si l'imprécision liée au fondement de la solution est voulue par l'arrêt, ou si, au contraire, elle trouve sa raison dans l'*incertitude* des concepts juridiques qui régnaient encore un peu à cette époque-là quant à l'indemnisation de l'épouse pour son travail.

691. – Ceci dit, une étude exhaustive de la question de l'existence du rapport de travail entre époux nécessite que soient distinguées les situations où il existe un contrat de travail valable entre personnes mariées, et son incidence sur l'application de l'action en enrichissement sans cause dans un tel cas, et, les situations où le rapport liant les époux ne constituerait pas un contrat de travail proprement dit, et l'influence de ce fait sur une éventuelle application de la théorie de l'enrichissement sans cause.

2.1 – La subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause dans l'hypothèse d'un contrat de travail valable entre époux.

692. – Dans le cas où un contrat de travail valable lie deux personnes mariées, on pourrait envisager la question d'un point de vue général quant à l'application de l'action en enrichissement sans cause et, l'envisager d'un point de vue plus particulier.

693. – D'un point de vue général, et à supposer que les deux époux soient liés par un contrat de travail valable, il pourrait de prime abord, paraître surprenant de soulever la question de l'applicabilité de l'action en enrichissement sans cause à une telle situation, étant donné que le contrat de travail constitue un *titre* suffisant pour

aux besoins de la vie commune. Il lui reste donc des mensualités de 200 fr. qui lui seront dues depuis le début de son mariage et pendant toute la durée de la vie commune.

Et sur la question du contrat de travail, l'annotateur de l'arrêt a estimé qu'il était en l'espèce douteux que la femme ait voulu exercer son activité en tant que salariée, et qu'elle a *plus simplement* voulu aider son mari en tant que conjoint, v. : P. ESMEIN, note précit. sous CA Rouen, 16 juill. 1936 in S. 1937. 2. 170.

¹²⁵¹ L'annotateur de l'arrêt a préconisé en l'absence d'un contrat de travail valablement conclu entre les époux, de recourir à l'action en enrichissement sans cause, v. : P. ESMEIN, note précit. sous CA Rouen, 16 juill. 1936 in S. 1937. 2. 170.

que l'époux qui travaille au profit de l'autre prétende à être rémunéré pour le travail fourni.

L'application de l'action en enrichissement sans cause pourrait cependant se poser. Il en est notamment ainsi lorsque l'époux qui est employé par son conjoint ne perçoit pas son salaire ou la rémunération convenue, autrement dit, lorsque son conjoint et employeur se refuse à lui verser son salaire, ou néglige de le faire.

A priori, si l'on admettait l'application de l'action en enrichissement sans cause dans une telle situation, se trouverait ainsi franchement bafoué le principe de subsidiarité qui gouverne cette action. Un tel constat est par trop simpliste et ne permet pas de saisir l'acception que pourrait avoir la subsidiarité dans le cas particulier des relations de mariage.

Une telle impression ne devait pas durer, car l'applicabilité de l'action en enrichissement sans cause pourrait effectivement se poser.

694. – Depuis plus de trois décennies, le législateur est intervenu pour protéger les droits du conjoint qui procure son aide et sa collaboration à l'activité professionnelle de son conjoint, ce fut par la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative aux « conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale ». Comme son titre l'indique cette loi ne concerne qu'un groupe des personnes qui effectuent une prestation de travail au profit de leur conjoint, en ce sens qu'elle ne s'applique pas aux conjoints de professions libérales.

Pour ceux-ci, *il n'est pas de doute* que l'action en enrichissement sans cause continuera d'être accueillie en leur faveur.

Cette loi est venue protéger le conjoint qui travaille dans l'entreprise familiale d'artisans et de commerçants. Plus récemment encore, des législations spéciales sont intervenues dans le domaine de certaines activités, pour régler les rapports de travail qui lient une personne à son conjoint¹²⁵².

695. – On se demande au vu de ces diverses interventions législatives, si la place de l'action en enrichissement sans cause est toujours préservée.

Nous pensons que sa place est quand même toujours *préservée*. Il suffit pour s'en convaincre de penser aux conjoints de ceux qui exercent les professions libérales, qui ne jouissent *d'aucune protection légale* comparable à celle apportée par la loi précitée n° 82-596 du 10 juillet 1982. Il suffit pour s'en convaincre également,

de penser aux situations que cette, même, loi du 10 juillet 1982 n'a pas envisagées pour les conjoints d'artisans et de commerçants¹²⁵³.

Il en est différemment, et la subsidiarité de l'action pourrait se manifester avec plus *d'ampleur* dans l'hypothèse où *il n'existe pas* de contrat de travail entre les époux, mais une autre forme de collaboration professionnelle.

2.2 – La subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause dans l'hypothèse où il n'existe pas de contrat de travail entre les époux, mais une autre forme de collaboration professionnelle.

696. – Parler de contrat de travail suppose, bien entendu, la vérification de certains éléments de droit et de fait ; il s'agit d'une rémunération raisonnable en espèces, d'un lien de subordination, et d'une prestation de travail exercée de manière constante. Ces différents éléments doivent conjointement exister pour qu'il y ait véritablement contrat de travail entre époux¹²⁵⁴.

Et c'est précisément ici que réside l'intérêt qu'il y a à appliquer la théorie de l'enrichissement sans cause, lorsque l'un des époux a travaillé au profit de l'autre, l'a enrichi de la valeur de ce travail sans qu'ait lié entre eux un contrat de travail valable.

697. – La théorie de l'enrichissement sans cause aura à s'appliquer effectivement entre eux lorsque la collaboration d'un époux à la profession de l'autre aura procuré à ce dernier un *enrichissement*¹²⁵⁵. Ce cas de figure ouvrant droit à l'application de l'enrichissement sans cause *illustre parfaitement la subsidiarité qui gouverne cette action*, car, par hypothèse, l'existence d'un contrat de travail entre ceux-ci n'a *pu aucunement être constatée*, c'est cette théorie qui vient combler le *vide juridique*, et pallier *l'inexistence* d'une action valablement ouverte par la loi.

Ayant été examinés les facteurs propices à l'exercice de l'action en enrichissement sans cause dans le couple marié, il nous faut à présent étudier la possibilité de concours de cette action avec les actions découlant du lien matrimonial, sera examinée à titre d'exemple la prestation compensatoire.

¹²⁵² Sur cette question, v. : A. SINAY-CYTERMANN, *ibid.*, p. 161 et s. – E. WAGNER, *La rémunération de la collaboration professionnelle du conjoint*, D. 1985. 1.

¹²⁵³ On se demande en effet si le législateur a apporté par la loi précitée du 10 juillet 1982 la protection et les garanties nécessaires aux sujets de droit par elle concernés. Sur ce point, v. *infra* n^{os} 712 et s.

¹²⁵⁴ A. ROUAST, *Le droit du travail familial*, art. précit., n^o 13.

b. – La possibilité du concours de l'action en enrichissement sans cause avec d'autres actions découlant du lien matrimonial : enrichissement sans cause et prestation compensatoire.

698. – Les articles 270 C.C. et suivants permettent que soit octroyée, dans le cas de divorce, à l'un des époux une indemnité dite « prestation compensatoire », celle-ci est destinée à atténuer la disparité des conditions de vie que la rupture du lien matrimonial produit à l'égard de celui-ci.

Le texte principal en la matière, l'article 270, dispose :

« Sauf lorsqu'il est prononcé en raison de la rupture de la vie commune, le divorce met fin au devoir de secours prévu par l'article 212 du Code civil ; mais l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives ».

699. – Dans la présente perspective de subsidiarité, la question pourrait valablement se poser de savoir si l'octroi à l'un des époux d'une prestation compensatoire, laisse la voie ouverte à ce qu'il puisse valablement intenter, à la dissolution du lien conjugal, une action en enrichissement sans cause lorsque les conditions d'existence d'une créance d'enrichissement sans cause, telles qu'elles ont été expliquées plus haut¹²⁵⁶, sont vérifiées.

700. – La jurisprudence est quelque peu divisée sur cette question. Certaines décisions des juges du fond se sont montrées hostiles à l'accueil de cette action ; c'est ainsi que, par un jugement du 13 décembre 1984, le tribunal de grande instance de Châteauroux¹²⁵⁷, a décidé en se fondant sur le *caractère subsidiaire* de l'action en

¹²⁵⁵ V. qui défend cette opinion : P. ESMEIN, note précit. sous CA Rouen, 16 juill. 1936 in S. 1937. 2. 170.

¹²⁵⁶ Sur les conditions d'existence d'une telle action, v. *supra* nos 681 et 682.

¹²⁵⁷ Rapporté en note sous l'article de P.-A. SIGALAS et J. de POULPIQUET, *Demande en paiement de prestation compensatoire et action de in rem verso*, JCP 1985. 1. 3197. En l'espèce, deux époux avaient, après la célébration de leur mariage, modifié leur régime matrimonial en un régime de séparation de biens, et ont ainsi conclu un contrat de séparation de biens, en vertu de ce contrat, « chacun d'entre eux sera réputé avoir fourni au jour le jour sa part contributive en sorte qu'aucun compte ne sera fait entre eux à ce sujet et qu'ils n'auront pas de recours l'un contre l'autre pour les dépenses de cette nature ». Ces époux étant commençants, ont continué après le changement de leur régime matrimonial, à agir comme ils le faisaient précédemment, chacun d'eux contribuant par son travail et sa présence à l'exploitation du fonds de commerce, et profitant ensemble des bénéfices ainsi réalisés. Le divorce étant survenu entre les époux, l'ex-épouse intenta une action en réclamation d'une indemnité représentatives de salaires que le tribunal a requalifié en une demande de prestation compensatoire, irrecevable par conséquent car intentée plusieurs années après le jugement de divorce. L'ex-épouse fonda sa demande sur l'enrichissement sans cause, invoquant qu'un enrichissement sans cause est survenu à son ex-époux du fait des années de collaboration non rémunérées. elle fut déboutée de sa demande par le jugement rapporté qui énonce : « *Il est unanimement admis que l'action "de in rem verso" est une action subsidiaire qui ne peut être utilisée que lorsqu'aucune autre voie de droit n'est à la disposition du demandeur ; que le divorce des époux B... a été prononcé le 27 mars 1980 ; que Mme K... pouvait parfaitement solliciter alors une prestation*

enrichissement sans cause, que la demanderesse, ex-épouse séparée de biens, ne pouvait nullement user de cette action lorsque la loi lui ouvre la voie de la prestation compensatoire. Cette décision a été justement critiquée ; les annotateurs dudit jugement expliquent que, pour que l'action en enrichissement sans cause soit évincée, il faut qu'« une voie de droit spécifique remplace cette action »¹²⁵⁸. Or, estiment-ils, « tel n'est pas le caractère de l'action en paiement de prestation compensatoire »¹²⁵⁹, et ils expliquent que l'indemnité de prestation compensatoire a pour objet, *de sanctionner la disparité des conditions de vie respectives* des deux ex-époux provoquée par la rupture du lien conjugal, sans que ceci ne soit rattaché à l'hypothèse de l'enrichissement ou de l'appauvrissement corrélatif de l'un des deux¹²⁶⁰. En somme, les deux actions d'enrichissement sans cause et en paiement de prestation compensatoire ont des *objets différents* : celle-ci compense la disparité des conditions de vie résultant de la rupture de la vie commune, alors que celle-là compense l'absence non justifiée de rémunération¹²⁶¹.

701. – Nous pensons donc, eu égard à ce qui a été relevé plus haut, que la solution du jugement précité du 13 décembre 1984 devait être délaissée, et que par conséquent l'allocation d'une prestation compensatoire à l'ex-conjoint ne ferme pas devant lui l'action en enrichissement sans cause, si – bien entendu – *les conditions d'application de celle-ci sont remplies*¹²⁶².

compensatoire ; qu'elle ne l'a pas fait et qu'elle n'est pas recevable à la demander maintenant par le biais de l'enrichissement sans cause ; qu'elle sera donc déboutée ».

¹²⁵⁸ P.-A. SIGALAS et J. de POULPIQUET, art. précit., n° 4. – *Contra* : H. LÉCUYER, note sous CA Bordeaux, 26 mars 1996 in Dr. famille 1996, n° 11.

¹²⁵⁹ P.-A. SIGALAS et J. de POULPIQUET, art. précit., n° 4. Pour défendre l'opinion selon laquelle la demande en paiement de prestation compensatoire ne devait pas rendre irrecevable l'action en enrichissement sans cause, les auteurs procèdent à une comparaison avec les solutions applicables en ce concerne les différentes indemnités qui peuvent résulter de la rupture du lien matrimonial et leur concours avec l'action en enrichissement sans cause. Ainsi ils font remarquer que sous le régime de l'ancien article 301 C.C. qui permettait l'octroi d'une pension alimentaire à l'époux non fautif, l'action en enrichissement sans cause n'était sûrement pas fermée devant celui-ci s'il s'avérait qu'il s'était appauvri du fait du travail qu'il a consacré à son ex-conjoint sans être rémunéré. De même, ils font la comparaison avec l'article 282 C.C. (nouveau) qui s'applique au cas de divorce pour rupture de la vie commune, estimant aussi que la pension alimentaire dudit article 282 ne fait certainement pas disparaître l'action en enrichissement sans cause.

¹²⁶⁰ P.-A. SIGALAS et J. de POULPIQUET, *ibid.*, n° 4.

¹²⁶¹ F. HENOT, *L'action de in rem verso dans le cadre des relations familiales*, R.R.J. 1997. 905, spéc. n° 12. – P.-A. SIGALAS et J. de POULPIQUET, art. précit., n° 5.

¹²⁶² Nous entendons par conditions d'application de l'enrichissement sans cause en enrichissement survenu à l'un des époux, un appauvrissement éprouvé par l'autre époux, l'absence de cause à l'enrichissement, et un lien de corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement. Il va sans dire que la subsidiarité n'est pas au nombre des conditions de l'action en enrichissement sans cause, car elle relève du domaine de celle-ci et n'a pas la qualification de condition. Sur les conditions d'existence de l'enrichissement sans cause entre époux séparés de biens, v. *supra* n°s 677 et s.

702. – En effet, d'autres juridictions du fond avaient adopté une solution contraire à celle du jugement précité ; c'est alors que la cour d'appel d'Aix-en-Provence avait, par un arrêt du 6 septembre 1984¹²⁶³, accueilli l'action en enrichissement sans cause intentée par l'ex-épouse séparée de biens, qui avait collaboré pendant de nombreuses années à l'entreprise viticole appartenant à son ex-époux, alors que la demanderesse avait déjà, et avant l'introduction de son action en enrichissement sans cause, obtenu une prestation compensatoire par le même arrêt qui avait quelques années auparavant prononcé le divorce des époux¹²⁶⁴.

703. – Cette incertitude ne devait pas durer longtemps, car plusieurs années après les décisions en question, la cour d'appel de Paris a eu l'occasion de se prononcer sur la question du possible concours de l'action en enrichissement sans cause et de l'indemnité de prestation compensatoire, ce fut dans un arrêt du 18 avril 1991¹²⁶⁵. La cour de Paris a été saisie d'une action en enrichissement sans cause, qui fut intentée par l'épouse une année après qu'un arrêt avait *confirmé* le jugement qui lui ayant alloué une indemnité de prestation compensatoire. Cet arrêt de haute valeur doctrinale a le mérite de clarifier cette question de manière *exhaustive*, puisqu'il énonce que : « *en principe l'octroi, en vertu des articles 270 C.C. et suivants, d'une prestation compensatoire par le juge du divorce ne rend pas irrecevable l'action "de in rem verso" engagée par le bénéficiaire de cette prestation pour l'indemnisation de son appauvrissement résultant de sa participation bénévole à l'activité professionnelle de celui qui fut son conjoint séparé de corps* ». Et la cour de poursuivre ce même attendu, en expliquant la raison de cette solution et faisant la *distinction* entre ces deux actions, elle énonce que : « *puisque ces deux actions ont, chacune un objet et un domaine d'application spécifiques ; qu'en effet, la demande en paiement d'une prestation compensatoire compense la disparité dans les conditions de vie résultant de la rupture de la vie commune, l'action "de in rem verso" l'appauvrissement né du travail fourni sans rémunération ; que par ailleurs, l'indemnité d'enrichissement sans cause est due à l'appauvri indépendamment de ses ressources et de celles de l'enrichi alors que l'allocation d'une prestation*

¹²⁶³ CA Aix-en-Provence, 6 sept. 1984 précit. : Gaz. Pal. 1984. 2. 756, note J. Lachaud.

¹²⁶⁴ Il est significatif de noter que concernant l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt précité de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 6 septembre 1984, ni l'ex-époux défendeur, ni le Tribunal, ni la cour n'avaient soulevé le moyen tiré de la disparition de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, très probablement parce qu'il leur a paru difficilement soutenable.

¹²⁶⁵ CA Paris, 18 avr. 1991 : Juris-Data n° 021830 ; RTD civ. 1991. 718, obs. J. Hauser.

compensatoire suppose que les époux ne se quittent pas à égalité de besoins et de ressources ». Poursuivant toujours, l'arrêt apporte une *restriction* à cette solution de principe, et énonce que : « *toutefois, il en va différemment lorsqu'il résulte de la décision de divorce, devenue irrévocable, que le juge du divorce a tenu compte, comme il le lui a été demandé, à titre d'élément d'appréciation des besoins et des ressources respectives des parties, de l'appauvrissement – dépassant ce qu'impose le devoir de contribuer aux charges du mariage – du demandeur, par sa collaboration non rémunérée à l'activité professionnelle de son conjoint* »¹²⁶⁶.

Peu de temps après, cette solution fut confirmée par la Cour de cassation, dans un arrêt de sa première Chambre civile du 5 avril 1993, qui décide que, *l'octroi d'une prestation compensatoire ne rend pas en principe irrecevable l'action en enrichissement sans cause*¹²⁶⁷.

En somme, l'octroi d'une prestation compensatoire à l'époux non fautif ne fait pas obstacle à ce *qu'il obtienne aussi une indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause si les conditions en sont réunies*¹²⁶⁸.

704. – Il ira cependant *différemment*, et il faudra mettre à part le cas où la décision octroyant la prestation compensatoire avait tenu compte dans le calcul de cette indemnité de l'appauvrissement que l'époux a subi et qui a corrélativement enrichi son conjoint, et l'a ainsi *additionné* au montant alloué au titre de la prestation

¹²⁶⁶ En l'espèce, l'ex-épouse fut déboutée de son action en enrichissement sans cause car la cour d'appel de Paris s'est appuyée sur la considération que les premiers juges ont effectivement relevé qu'en sollicitant une prestation compensatoire, la demanderesse avait déjà fait valoir que pendant vingt six ans elle s'est consacrée au secrétariat de son mari sans *aucunement profiter des revenus du cabinet*, et que « *la cour d'appel dans son arrêt du 16 juin 1986 (arrêt qui a confirmé le jugement octroyant l'indemnité de prestation compensatoire et lui a ajouté une rente mensuelle indexée de 2500 francs pendant cinq ans), a pris en considération, dans la détermination des besoins et des ressources des époux, l'aide apportée par l'épouse au cabinet d'avocat pendant de longues années "sans recevoir de rémunération particulière à ce titre"* ». La cour en déduit que l'ex-épouse est : « *irrecevable à demander par l'action "de in rem verso" l'indemnisation d'un appauvrissement déjà réparé en l'espèce, et quelle que soit l'évaluation qui en a été faite, par l'octroi de la prestation compensatoire* ».

¹²⁶⁷ Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 1993 : Bull. civ. 1, n° 139, p. 93 ; Rép. Def. 1993, art. 35663, p. 1365, § 121, obs. J. Massip ; RTD civ. 1993. 568, obs. J. Hauser. L'espèce concernait la liquidation des intérêts matrimoniaux de deux époux séparés de biens. La particularité de l'affaire résidait dans le fait que l'épouse avait obtenu à l'occasion du divorce, à titre de prestation compensatoire, une somme de 500 000 F en capital et une rente mensuelle indexée de 2 500 F pendant cinq ans. La Cour de cassation avait bien relevé que l'octroi d'une prestation compensatoire ne rendait pas en principe irrecevable l'action en enrichissement sans cause intentée par le bénéficiaire de cette prestation, en l'occurrence l'ex-épouse, pour l'indemnisation de son appauvrissement résultant de sa participation bénévole à l'activité professionnelle de son ancien conjoint. Mais la cour d'appel a jugé, approuvée par la Cour de cassation, qu'il en va différemment lorsqu'il ressort du jugement du divorce qu'il a pris en compte cet appauvrissement en vue du calcul de la prestation compensatoire. Dans une telle situation, une action en enrichissement sans cause ne peut être aucunement recevable, car on considère qu'il y a chose jugée sur la question.

¹²⁶⁸ Soulignons ici encore l'importance qu'attache la jurisprudence au *dépassement* de l'appauvrissement de l'époux de son devoir de contribuer aux charges du mariage. Ceci constitue un *élément primordial* dans l'appréciation de l'existence de l'appauvrissement et de l'importance de celui-ci.

compensatoire¹²⁶⁹. Il faut également réserver le cas où l'activité exercée par l'épouse au sein de l'entreprise de son mari et pour laquelle *elle n'a retiré aucun profit*, et, la prise en charge de l'éducation des enfants, ont été pris en compte dans le calcul de l'indemnité de prestation compensatoire, et constituent les *éléments de preuve de l'existence d'une disparité dans les conditions de vie des époux*¹²⁷⁰.

705. – Au vu de ces solutions jurisprudentielles, il est possible d'avancer que la longue participation professionnelle *non rémunérée* de l'épouse à la profession de son mari, constitue un élément qui contribue à *creuser* davantage la disparité créée par le divorce entre les conditions de vie respectives des époux.

Et, on peut clairement voir que la jurisprudence sur la question du concours de l'action en enrichissement sans cause et de la prestation compensatoire, *présente assez de cohérence*.

706. – Quant à la doctrine, plus d'un auteur¹²⁷¹ considère que la prestation compensatoire et l'indemnisation pour enrichissement sans cause ont des *fondements profondément différents*, de telle sorte qu'une prestation compensatoire peut être due et allouée à l'époux divorcé sans qu'une indemnité en enrichissement sans cause ne lui soit allouée. Et inversement, nous pensons qu'une indemnité pour enrichissement sans cause peut lui être allouée sans, pour autant, qu'une prestation compensatoire ne lui soit due¹²⁷², ceci pour une raison ou une autre. Nous pensons ici *notamment* à la

¹²⁶⁹ Sur ce cas de figure, v. : Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 1993 précit. : Bull. civ. 1, n° 139, p. 93 ; Rép. Def. 1993, art. 35663, p. 1365, § 121, obs. J. Massip ; RTD civ. 1993. 568, obs. J. Hauser.

¹²⁷⁰ Cass. 2^{ème} civ., 19 nov. 1997 : Dr. famille 1998, comm. n° 9, note H. Lécuyer ; Juris-Data n° 004736. – V. aussi : CA Bordeaux, 26 mars 1996 : Dr. famille 1996, comm. n° 11, note H. Lécuyer ; Juris-Data n° 040713. La cour de Bordeaux relève qu'en l'espèce, la nette disparité entre les conditions de vie respectives des époux relevée par les premiers juges, et créée par la rupture du mariage, est « *accentuée par la longue période de participation professionnelle non rémunérée de l'épouse* ».

¹²⁷¹ V. par ex. : V. LARRIBAU-TERNEYRE, note sous Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2010 in Dr. famille n° 9, sept. 2010, comm. 127. – H. SINAY, *Le travail non rémunéré au sein du couple*, in Mélanges Danièle Huet-Weiller, Presses universitaires de Strasbourg et L.G.D.J. 1994, p. 437, spéc. p. 440. Tout en admettant ce principe, cet auteur reconnaît cependant qu'il trouvera rarement application dès lors que le juge a déjà englobé, dans le calcul de la prestation compensatoire le montant de l'appauvrissement dû au travail non rémunéré effectué par le conjoint. – Pour une opinion plus nuancée, v. : J. HAUSER, obs. in RTD civ. 1991. 718. Qui considère, que la notion de disparité – constituant la base de l'octroi de l'indemnité de prestation compensatoire – semble assez large pour inclure celle qui résultera d'une activité non rémunérée exercée par le conjoint c'est-à-dire inclure, *l'appauvrissement* de celui-ci. – V. aussi : M. MONTEILLET-GEFFROY, *op. cit.*, n°s 108 à 111. Qui considère que le quasi-contrat d'enrichissement sans cause a un domaine *beaucoup plus vaste que celui de la prestation compensatoire*.

¹²⁷² Les demandeurs doivent être particulièrement vigilants sur le fondement qu'ils donnent à leur demande en indemnité devant les tribunaux, car en l'état actuel de la jurisprudence, la Cour de cassation se refuse à allouer au conjoint qui intente son action sur le fondement de la prestation compensatoire, à laquelle il ne pouvait aucunement prétendre car le divorce a été prononcé à ses torts exclusifs, une indemnité exceptionnelle fondée sur l'article 280-1 al. 2 C.C., car selon elle, il y aurait *modification de l'objet du litige*. V. par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 24 mai 1984 : Bull. civ. 2, n° 93, p. 66 ; D. 1985, IR. 175, obs. A. Bénabent. Cette solution a été justement critiquée, car on a considéré que l'objet et la cause de la demande sont identiques, c'est seul le fondement qui sera modifié par la décision prise au principal par la juridiction qui statue sur la demande : v. A. BÉNABENT, obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 24 mai 1984 précit. in D. 1985,

situation de l'ex-époux pour lequel la rupture du lien matrimonial n'a pas eu pour lui l'effet de rupture du niveau de vie, mais qui méritait d'obtenir une compensation sur le fondement de l'enrichissement sans cause pour l'appauvrissement qu'il a éprouvé du fait de la collaboration qu'il a apporté à l'activité professionnelle de son ex-conjoint.

Un auteur a à cet égard, préconisé pour éviter le concours de la demande de prestation compensatoire avec l'action en enrichissement sans cause que, au cas où les premiers juges ont oublié de tenir compte de la participation professionnelle sans contrepartie, il appartiendra au juge d'appel de *réformer* la décision et de rétablir un *calcul correct*, et ceci, sans le secours d'une quelconque action en enrichissement sans cause¹²⁷³. Cette opinion est défendable, mais il faudra prendre garde à ce que les juges du fond englobent dans le calcul de la prestation compensatoire une indemnité réparant de manière *convenable et équitable* l'appauvrissement du conjoint.

707. – Il faut cependant garder présent à l'esprit que l'action en enrichissement sans cause, *ne pourrait être intentée* pour obtenir de manière *détournée* ce qu'on n'a pas obtenu ou pu obtenir par les actions et procédés normalement ouverts par la loi pour les époux dont le mariage vient à être dissous.

Ne peut spécialement être remise en cause, l'*autorité de la chose jugée* attachée à une convention définitive homologuée par le jugement ayant prononcé le divorce entre deux époux, et qui ne *prévoyait pas de prestation compensatoire au profit de l'ex-épouse*¹²⁷⁴. Celle-ci avait en l'espèce, *renoncé* à solliciter une prestation compensatoire dans la convention définitive homologuée par le jugement de divorce et à réclamer une récompense lors des opérations de liquidation de la communauté. La Cour de cassation énonce pour rejeter le pourvoi formé par celle-ci, que « *la requérante se trouvait irrecevable à remettre en cause ces accords revêtus de l'autorité de la chose jugée* ».

708. – Cette décision constitue par ailleurs une illustration exemplaire de la *troisième acception* de la subsidiarité, selon laquelle il est prohibé d'utiliser l'action

IR. 175. Cet auteur estime que cette jurisprudence méconnaît les dispositions de l'article 12 CPC qui fait obligation au juge de *requalifier* juridiquement les demandes dont il est saisi.

¹²⁷³ J. HAUSER, obs. précit. in RTD civ. 1991. 718.

¹²⁷⁴ Cass. 1^{ère} civ., 10 fév. 1998 (2^{ème} arrêt) : Dr. famille 1998, comm. n° 53, note H. L. ; Juris-Data n° 000736.

subsidaire pour *éviter l'application des dispositions impératives de la loi*¹²⁷⁵. Le concept de « dispositions impératives de la loi » doit être ici entendu dans *son sens le plus large*¹²⁷⁶.

709. – Dans cette même perspective, il est également intéressant de signaler un arrêt – précédemment cité – de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 23 juin 2010, dans lequel l'action en enrichissement sans cause a été refusée à une ex-épouse qui avait *oublié* lors de l'instance en divorce, de demander à son ex-époux une prestation compensatoire¹²⁷⁷. Cet arrêt mettait en cause l'application de l'article 271 C.C. Ce texte dispose en son paragraphe premier, qui seul nous intéresse ici :

¹²⁷⁵ Sur la troisième acception de la subsidiarité, v. *supra* nos 53 et s.

¹²⁷⁶ Un auteur, éminent spécialiste de la matière, s'est posé la question de savoir si la solution serait la même au cas où la convention entre les époux était de caractère judiciaire, v. : H. LÉCUYER, note sous l'arrêt rapporté in Dr. famille 1998, comm. n° 53. Et il y apporte la réponse en estimant à juste titre, que rien ne justifie dans un tel cas une solution différente au litige.

Nous pouvons avancer une autre explication à cette même solution. C'est en partant de la troisième acception de la subsidiarité, susmentionnée, que la solution peut être expliquée, et en donnant un sens large au concept de « dispositions impératives de la loi ». L'autorité de la chose jugée et la force obligatoire attachée aux conventions légalement formées, constituent toutes les deux des manifestations de l'effet des *dispositions impératives de la Loi*.

¹²⁷⁷ Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2010 précit. : Bull. civ. 1, n° 142 ; Dr. famille n° 9, sept. 2010, comm. 127, obs. V. Larribau-Terneyre ; JCP G n° 42, 18 oct. 2010, 1027, note V. Bonnet et H. Bosse-Platière ; Lexbase le Quotidien, 8 juill. 2010, N° Lexbase : N6219BPZ ; *ibid.* heb. éd. privée n° 402, 8 juill. 2010, N° Lexbase : N6219BPZ ; *ibid.* n° 406, 2 sept. 2010, N° Lexbase : N7023BPS, obs. D. Bakouche. En l'espèce, le divorce de deux époux a été prononcé par arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence en date du 1^{er} octobre 2002. Cet arrêt a fait l'objet de deux pourvois en cassation rejetés par décision du 21 septembre 2005. Et, avant que ce soit rendue cette décision, l'ex-épouse avait fait assigner le 20 avril 2005, son ex-époux en paiement d'une somme à titre de prestation compensatoire et d'une somme du même montant sur le fondement de l'enrichissement sans cause. La demanderesse avait malheureusement commis l'erreur consistant à ne pas avoir demandé de prestation compensatoire en première instance ni en appel, et elle a voulu rattraper cette erreur et *contourner* l'irrecevabilité de la demande de prestation compensatoire en se rabattant sur l'action en enrichissement sans cause. L'arrêt de la Cour de cassation du 21 septembre 2005 qui avait rejeté les pourvois formés contre la décision de la cour d'appel d'Aix-en-Provence ayant prononcé le divorce, ne s'est pour autant pas prononcé sur la demande de prestation compensatoire.

L'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 20 mai 2008, a déclaré l'épouse irrecevable en sa demande de prestation compensatoire. Le pourvoi formé par la demanderesse faisait cependant valoir que la demande de prestation compensatoire ayant été formée avant que la Cour de cassation ne rende sa décision, et le pourvoi étant suspensif en matière de divorce, elle l'avait été avant que la décision de divorce n'acquière force de chose jugée, ce qui la rendait recevable. L'argument ne pouvait prospérer, car la juridiction qui a prononcé le divorce s'est trouvée dessaisie par l'effet du prononcé de celui-ci. En réponse à ce moyen, la Cour de cassation adoptant la décision des juges d'appel énonce en effet : « *qu'il résulte de l'article 271 C.C. que le juge doit se prononcer par une même décision sur le divorce et sur la disparité que celui-ci peut créer dans les conditions de vie respectives des époux* ». La Cour poursuivant, énonce : « *qu'ayant justement retenu qu'à la suite de l'arrêt du 21 septembre 2005 de la Cour de cassation ayant rejeté les pourvois formés contre la décision de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 1^{er} octobre 2002 prononçant le divorce, celle-ci était passée en force de chose jugée, la cour d'appel en a exactement déduit que la demande de prestation compensatoire introduite le 20 avril 2005 après que la cour d'appel eut été dessaisie par l'effet du prononcé du divorce était irrecevable* ».

Il en aurait été autrement et la demande de prestation compensatoire aurait été recevable, si la Cour de cassation avait cassé la décision ; dans ce cas, une demande de prestation compensatoire, nouvelle, aurait pu être formée devant la Cour de renvoi, v. : V. LARRIBAU-TERNEYRE, note sous l'arrêt rapporté in Dr. famille n° 9, sept. 2010, comm. 127 et les réf. citées.

Soulignons par ailleurs que sur le premier moyen du pourvoi se rapportant à l'application de l'article 271 C.C. précité, la décision de la Cour de cassation est dans la droite ligne d'une jurisprudence établie, dont elle reprend *textuellement* l'attendu, v. : Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 2010 : Dr. famille 2010, comm. 112, obs. V. Larribau-Terneyre. – V. déjà sur cette jurisprudence : CA Paris, 14 nov. 1980 : D. 1982, jur. 361, note crit. J. Beauchard. La cour de Paris énonce, dans un attendu de grande clarté que : « *le tribunal a estimé à juste titre qu'il ne pouvait être statué sur la demande de prestation compensatoire que dans la procédure de divorce* », elle poursuit en expliquant que : « *cette règle, qui n'est pas énoncée expressément par la loi*

« La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible ».

710. – Nous pensons que c'est la *démarche suivie par la demanderesse qui l'a condamnée*, et a conduit la Cour de cassation à lui refuser sa demande fondée sur l'enrichissement sans cause, savoir celle de vouloir obtenir par le biais de l'action en enrichissement sans cause ce qu'elle aurait dû obtenir par une demande de prestation compensatoire, qui quant à elle, a été jugée *irrecevable*. En d'autres termes, dans l'espèce ayant donné lieu audit arrêt du 23 juin 2010, l'action en enrichissement sans cause *tendait aux mêmes fins que la demande de prestation compensatoire*, et la Cour de cassation l'a très clairement relevé¹²⁷⁸, ce qui, *inévitablement*, rendait l'action en enrichissement sans cause *irrecevable*.

711. – En définitive, il est permis d'affirmer au vu de la jurisprudence analysée, que l'action en enrichissement sans cause et l'indemnité de prestation compensatoire peuvent concourir si *elles ne tendent pas aux mêmes fins* et, à condition que l'appauvrissement de l'époux pouvant *notamment* être dû au travail bénévole exercé par lui au profit de son conjoint, *n'ait pas été pris en considération dans le calcul de l'indemnité de prestation compensatoire*.

Après avoir examiné la question du concours de l'action en enrichissement sans cause avec l'indemnité de prestation compensatoire, il nous faut à présent examiner la possibilité d'application de cette action lorsque le législateur est venu régler la relation de travail entre époux.

mais qui répond à la volonté du législateur de mettre un terme dès la fin de l'instance en divorce aux difficultés personnelles qui opposent les époux, résulte implicitement de l'art. 271 C.C. (...) »

C'est le second moyen du pourvoi qui nous intéresse le plus et qui concerne la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause intentée à titre subsidiaire, la Cour y répond ainsi : « *qu'ayant constaté que la demande présentée subsidiairement par Mme B. (la demanderesse) sur le fondement de l'enrichissement sans cause tendait aux mêmes fins que sa demande de prestation compensatoire, laquelle avait été jugée irrecevable, la cour d'appel en a justement déduit que cette demande ne pouvait prospérer dès lors que l'intéressée disposait d'une autre action qui avait été écartée* ».

Soulignons que le plus significatif dans cet attendu, c'est le fait que la Cour ait relevé que la demande fondée sur l'enrichissement sans cause, *tendait aux mêmes fins que sa demande de prestation compensatoire*. Il peut en être déduit, et par un argument *a contrario* que si la demande présentée sur le fondement de l'enrichissement sans cause ne tendait pas aux mêmes fins que la demande de prestation compensatoire, *elle aurait certainement été jugée recevable*.

Cet arrêt illustre par ailleurs de manière exemplaire, une des – nombreuses – acceptions de la subsidiarité. Sur l'acceptation de la subsidiarité illustrée par cet arrêt, en l'occurrence la *troisième*, v. *supra* 53 et s.

¹²⁷⁸ V. l'attendu de l'arrêt reproduit ci-dessus, note 1277.

c. – L'intervention du législateur pour régler la relation de travail entre époux et son incidence sur l'application de l'action en l'enrichissement sans cause.

712. – Le législateur a pris conscience de l'importance du travail gratuit qu'effectue un conjoint au profit de l'autre dans le monde des artisans et des commerçants. C'est pour cette raison que fut promulguée la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982. Par cette loi, le législateur est venu octroyer des avantages financiers au conjoint de l'artisan et du commerçant. Il est venu en effet apporter sur le plan de la sécurité sociale, quelques *adoucissements à la participation bénévole* d'un conjoint à l'exploitation familiale d'artisans et de commerçants. Le conjoint, le plus souvent l'épouse de l'artisan ou du commerçant, est ainsi admis à cotiser de son propre chef à l'assurance volontaire vieillesse, ce qui lui assurera une retraite propre. Cette cotisation sera vraisemblablement, payée par les fonds assurés par son conjoint exploitant, puisque, par hypothèse, l'épouse travaillant bénévolement ne possède rien¹²⁷⁹.

713. – Un auteur a souligné que quelque soit l'intérêt des mesures instituées par la loi précitée du 10 juillet 1982, aucune *ne compense* l'appauvrissement du conjoint travaillant à titre gratuit¹²⁸⁰. Et les comparant à la créance de salaire différée applicable aux entreprises familiales agricoles, il a estimé que celle-ci est *beaucoup plus avantageuse*¹²⁸¹.

¹²⁷⁹ H. SINAY, art. précit, p. 441.

Précisons également que la cotisation ainsi effectuée, pourra être prise en compte sur le plan fiscal. Selon l'article 154 bis CGI, le conjoint exploitant pourra faire admettre cette somme en déduction de son bénéfice imposable. L'alinéa premier de cet article dispose que :

« Pour la détermination des bénéfices industriels et commerciaux et des bénéfices des professions non commerciales, les cotisations obligatoires de sécurité sociale ainsi que les cotisations volontaires de l'époux du commerçant ou de l'artisan qui collabore effectivement à l'activité de son conjoint sans être rémunéré et sans exercer aucune autre activité professionnelle sont admises en déduction du bénéfice imposable ».

¹²⁸⁰ H. SINAY, art. précit, p. 441. – Rappr. : F. CONNEAU, art. précit, spéc. p. 129.

Précisons également que la cotisation ainsi effectuée, pourra être prise en compte sur le plan fiscal. Selon l'article 154 bis CGI, le conjoint exploitant pourra faire admettre cette somme en déduction de son bénéfice imposable. L'alinéa premier de cet article dispose que :

« Pour la détermination des bénéfices industriels et commerciaux et des bénéfices des professions non commerciales, les cotisations obligatoires de sécurité sociale ainsi que les cotisations volontaires de l'époux du commerçant ou de l'artisan qui collabore effectivement à l'activité de son conjoint sans être rémunéré et sans exercer aucune autre activité professionnelle sont admises en déduction du bénéfice imposable ».

¹²⁸¹ H. SINAY, art. précit, p. 441.

A cet égard, il est important de souligner que la Cour de cassation a heureusement eu l'occasion de préciser, que : « *l'article 63 du décret-loi du 29 juillet 1939 (relatif à la famille et à la natalité française) réservait le bénéfice d'une créance de salaire différé aux descendants de l'exploitant agricole auquel ne peut être assimilé l'artisan rural* », v. : Cass. 1^{ère} civ., 20 déc. 1993 : Bull. civ. 1, n° 383, p. 226 ; JCP 1994. 2. 22307, note F. Roussel ; *ibid.* 1. 3791, n° 7, obs. R. Le Guidec ; RTD civ. 1994. 915, obs. J. Patarin ; *ibid.* 1995. 373, obs. J. Patarin ; D. 1994, IR. 24 ; D. 1995, somm. 46, obs. M. Grimaldi.

Sur l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause dans le cadre de la collaboration familiale agricole, v. *infra* n°s 736 et s.

714. – Au vu d'une telle opinion, nous pensons que l'action en enrichissement sans cause conserve toujours un champ d'application *non négligeable* dans le domaine des entreprises familiales à caractère artisanal et commercial, lorsque l'un des conjoints travaille bénévolement au profit de l'autre.

Cette assertion est d'autant plus vraie si l'on se réfère au domaine familial agricole où a été instituée la créance de salaire différée et où l'action en enrichissement sans cause est *toujours accueillie*, conservant un important champ d'application¹²⁸², il doit en être de même, et à *plus forte raison*, du domaine des entreprises familiales d'artisans et de commerçants où le travail des conjoints d'artisans et de commerçants est régi par la loi précitée du 10 juillet 1982.

Notre étude de l'application de l'action en enrichissement sans cause dans le couple ne se limitant pas aux seuls couples mariés, elle s'étend également aux couples illégitimes, autrement appelés les « mariages de fait ». L'application de l'action en enrichissement sans cause entre concubins sera donc envisagée dans ce qui suit.

B. – Dans le cadre d'un concubinage.

715. – Près d'un siècle après avoir été admis par la jurisprudence en tant que *situation de fait* pouvant produire certains effets de droit, le législateur est intervenu une *seule fois* pour le concubinage. Cette intervention se fit à travers l'article 515-8 C.C. modifié par la loi n° 2007-308, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Elle le fut pour donner une *définition* du concubinage. L'article 515-8 en question, dispose : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes (...), qui vivent en couple ».

716. – A l'exception de ce texte, le législateur n'est plus jamais intervenu pour régler quoi que ce soit dans la situation des concubins ; il n'y a donc *pas de régime légal du concubinage qui viendrait déroger peu ou prou au droit commun des obligations*¹²⁸³. Les concubins ne peuvent compter *que sur le droit commun* pour régler leurs rapports. C'est ce qui fait *a priori* du concubinage un terrain propice à l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause.

¹²⁸² Sur la jurisprudence relative à l'enrichissement sans cause dans le cadre de la collaboration familiale en milieu rural, v. *infra* n°s 738 et s.

¹²⁸³ H. LÉCUYER, art. précit. p. 71.

Il est intéressant de remarquer, au premier abord, que ceux-ci se heurtent paradoxalement à moins d'obstacles ou – plus exactement parlant – à un obstacle *moins dirimant* que les personnes liées par un mariage. Par hypothèse, aucun des concubins ne contracte d'obligation particulière envers son partenaire, il *n'existe aucunement à leur charge* d'obligation de contribuer aux charges du mariage, puisque par hypothèse, mariage il n'y a pas. *A priori* donc, l'action en enrichissement sans cause devait plus prospérer entre concubins qu'entre époux, car elle se heurte à peu d'obstacles¹²⁸⁴. La subsidiarité de cette action jouant pleinement ici. L'action en enrichissement sans cause se trouvant dans un univers libre de droits et d'obligations réciproques, la subsidiarité devait s'épanouir pleinement car elle n'est concurrencée par aucune autre institution.

Mais un tel raisonnement constituerait une prime à l'immoralité et mènerait à encourager les relations illégitimes¹²⁸⁵. Les tribunaux ne se laisseront sûrement pas convaincre par une telle logique¹²⁸⁶.

717. – L'action en enrichissement sans cause peut trouver à s'appliquer entre concubins, lorsque l'un d'eux a fourni à son compagnon une certaine aide ou une assistance gratuite visant à assurer une collaboration à l'activité professionnelle de celui-ci, dispensant ce dernier de recourir au service d'un tiers, rémunéré en tant que salarié. Celui-ci se serait enrichi des montants qu'il aurait dû verser à un collaborateur rémunéré s'il avait eu recours aux services d'un tiers. Ou lorsque le travail fourni par son compagnon au foyer commun excède de part son *importance*, la collaboration normale d'un concubin au profit de la vie conjugale.

Cet élément a – bien entendu – une *incidence directe* sur la possibilité pour l'un des deux compagnons qui a collaboré à l'activité professionnelle de l'autre ou l'a enrichi en lui apportant quelque aide ou appui ou a procuré une plus-value à un fonds de commerce lui appartenant, qu'il intente l'action en enrichissement sans cause contre son compagnon en réclamation d'une indemnité. C'est alors que, *paradoxalement*, les concubins se heurtent à moins d'obstacles dans l'exercice de

¹²⁸⁴ H. SINAY, art. précit, pp. 444 et 445.

¹²⁸⁵ Rappr. : H. SINAY, *ibid.*, pp. 444 et 445.

¹²⁸⁶ Il est en effet possible de trouver des décisions *qui expriment des réserves* quant à l'application de l'action en enrichissement sans cause entre concubins. Citons à cet égard un arrêt particulièrement intéressant de la cour d'appel de Paris du 15 juin 1939 (D.H. 1939. 409), dans lequel elle énonce que : « *Considérant que sans doute l'action "de in rem verso" est d'une application difficile lorsqu'elle intervient, comme dans l'espèce, entre concubins, mais que cette circonstance ne peut pour autant la rendre impossible* ». Sur cet arrêt, v. *infra* n° 724.

cette action que les personnes mariées¹²⁸⁷, car il n'existe pas entre ceux-là d'obligation de secours, et le recours à la notion d'excès devient plus aisé.

718. – Rappelons en effet, qu'à la différence des époux à l'égard desquels l'article 214 C.C. édicte l'obligation de contribuer aux charges du mariage selon les proportions de leurs facultés respectives¹²⁸⁸, *il n'existe pas une telle obligation à la charge des concubins.*

Cependant, une telle analyse et vue est quelque peu superficielle, et l'accueil de l'action en enrichissement sans cause au profit des concubins *n'est pas libre de toute exigence*, et n'est pas aussi simple qu'on pourrait de prime abord le croire.

719. – La jurisprudence pose en effet *deux restrictions* à l'exercice par les concubins de l'action en enrichissement sans cause.

720. – La première restriction consiste à faire supporter au concubin les dépenses de la vie commune qu'il a exposées.

C'est ainsi que, dans un arrêt du 17 octobre 2000¹²⁸⁹, décision que l'on peut qualifier de principe, que la première Chambre civile de la Cour de cassation vient rappeler la solution applicable depuis toujours en la matière¹²⁹⁰, et énonce : *« qu'aucune disposition légale ne réglant la contribution des concubins aux charges de la vie commune, chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées »*¹²⁹¹.

L'arrêt de principe du 17 octobre 2000 a été réaffirmé avec grande netteté, par un arrêt de la – même – première Chambre civile de la Cour de cassation du 28

¹²⁸⁷ A. SINAY-CYTERMANN, art. précit., p. 160.

¹²⁸⁸ Sur cette obligation entre époux, v. *supra* n° 673.

¹²⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 17 oct. 2000 : Bull. civ. 1, n° 244, p. 160 ; D. 2001, jur. 497, note R. Cabrillac ; JCP 2001. 2. 10568, note Th. Garé.

¹²⁹⁰ La solution plus haut rappelée résulte d'une jurisprudence établie, v. déjà : CA Paris, 14 janv. 1987 : D. 1987, IR. 36. – Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 1991 : Bull. civ. 1, n° 92, p. 60. C'est *textuellement* l'attendu de cet arrêt que reproduit l'arrêt précité du 17 octobre 2000, à la seule différence que ce dernier a été rendu sous le visa des articles 214 et 220 C.C., alors que dans l'arrêt du 19 mars 1991 *aucune référence à un texte de loi n'est faite*. – V. aussi : Cass. 1^{ère} civ., 11 janv. 1984 : Bull. civ. 1, n° 12. Qui affirme que l'article 220 C.C. *n'est pas applicable à un couple non marié*.

Sur le texte de l'article 220 C.C., v. *infra* note 1291.

¹²⁹¹ Cet arrêt de cassation est rendu sous le visa des articles 214 et 220 C.C.

L'alinéa premier de l'article 220 C.C. qui seul nous intéresse dans la présente perspective, dispose que : « Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement ».

Pour censurer l'arrêt d'appel, la Cour de cassation énonce que : « *Attendu que pour condamner M. X à rembourser à Mlle Y la moitié des dépenses effectuées par celle-ci pendant leur cohabitation, au titre du paiement des loyers, des charges et des achats de mobilier, l'arrêt attaqué retient l'existence d'une communauté de fait entre les parties ;*

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé, par fausse application, les textes susvisés ».

Et sur le texte de l'article 214 C.C. précité, v. *supra* n° 673.

novembre 2006¹²⁹². Et, dans la droite ligne de cette jurisprudence, furent rendus encore d'autres arrêts par les juridictions du fond¹²⁹³.

La Cour de cassation a, de cette manière, bien marqué la *différence fondamentale* qui sépare sur ce point entre les concubinages et les régimes matrimoniaux, les règles s'appliquant à ceux-ci *ne s'appliquent aucunement aux relations pécuniaires entre concubins*.

Plus récemment, la – même – première Chambre civile de la Cour de cassation est venue encore réaffirmer la même solution précitée, dans un arrêt du 24 septembre 2008¹²⁹⁴, selon laquelle *chacun des concubins doit supporter les dépenses qu'il a engagées*.

720. – Il en ira cependant *différemment*, et l'action en enrichissement sans cause pourrait être valablement accueillie en faveur du concubin appauvri lorsque la dépense revêt une *importance exceptionnelle* et, que celui-ci rapporte la preuve que la remise de la somme litigieuse à sa compagne *n'avait pas eu un caractère libéral*¹²⁹⁵.

¹²⁹² Cass. 1^{ère} civ., 28 nov. 2006 : Bull. civ. 1, n° 517, p. 458 ; Gaz. Pal., 3 avr. 2007, n° 93, p. 14, note J. Massip ; Lexbase heb. n° 240, n° Lexbase N3032A98, note D. Bakouche ; Rép. Def. 28 fév. 2007, n° 4, p. 297, obs. J. Massip ; RTD civ. 2007. 94, obs. J. Hauser. En l'espèce, l'arrêt d'appel a été censuré pour avoir condamné le concubin à rembourser à sa concubine la moitié des dépenses de la vie courante effectuées pendant leur cohabitation.

¹²⁹³ V. par ex. : CA Agen, 10 avr. 2002, n° de RG : 00/00795.

¹²⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 24 sept. 2008 : Bull. civ. 1, n° 211 ; Dr. et Pat. fév. 2009, n° 178, pp. 42 à 44, note V. Edel ; RTD civ. 2008. 660, obs. J. Hauser. La Cour rappelle clairement cette solution, elle énonce que : « *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* ». – V. aussi : V. EDEL, note sous l'arrêt rapporté in Dr. et Pat. fév. 2009, n° 178, p. 42.

Cette solution découle d'une jurisprudence constante, v. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 1991 : Rép. Def. 1991. 942, obs. J. Massip. – Cass. 1^{ère} civ., 17 oct. 2000 : D. 2001, jur. 497, note R. Cabrillac ; JCP 2001. 2. 10568, note Th. Garé ; Rép. Def. 2001. 93, obs. J. Massip.

¹²⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 4 mars 1997 : Dr. famille 1997, comm. n° 67, note H. Lécuyer ; Juris-Data n° 000983. En l'espèce, un concubin a procédé en 1989, au rachat d'un contrat d'assurance-vie pour remettre à sa concubine une somme de 1 170 000 fr. destinée à l'extinction d'une dette à laquelle elle était obligée en qualité de caution. Lors de la rupture des relations entre concubins qui n'ont d'ailleurs duré *que trois mois*, l'ex-concubin a demandé à son ancienne compagne, sur le fondement de l'enrichissement sans cause, le paiement de la somme qu'il lui avait remise. Sa demande fut accueillie par la cour d'appel ; elle a estimé qu'il avait rapporté la preuve que la remise des fonds ne s'était pas accompagnée d'une intention libérale de sa part. Cette preuve était corroborée, comme l'a relevé la Cour de cassation, par la *brièveté de la relation*. Le pourvoi formé contre cet arrêt fut donc rejeté.

Le commentateur de l'arrêt s'est demandé si la solution ne heurte pas le principe subsidiarité gouvernant cette action ; il a remarqué qu'un travail de qualification de l'opération de remise de fonds question nous mènerait inmanquablement *vers la qualification de prêt*, v. : H. LÉCUYER, note sous l'arrêt rapporté in Dr. famille 1997, comm. n° 67. Cet auteur a estimé que la Cour de cassation aurait pu, conformément à l'article 620 CPC, soulever d'office le motif de pur droit tiré de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause.

L'article 620 CPC se présente ainsi :

« La Cour de cassation peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné ; elle le peut également en faisant abstraction d'un motif de droit erroné mais surabondant.

Elle peut, sauf disposition contraire, casser la décision attaquée en relevant d'office un moyen de pur droit ».

Nous ne pensons pas qu'une telle alternative soit possible car elle contredit la jurisprudence suivie en la matière, selon laquelle la subsidiarité de l'enrichissement sans cause constitue une *condition* de l'action en enrichissement sans cause au cours. Elle contredit également les deux conséquences qui s'attachent à cette

Il en ira *également* différemment, et l'action en enrichissement sans cause pourrait être valablement accueillie en faveur de la concubine qui s'est appauvrie par les dépenses qu'elle a personnellement supportées, et qui ont permis à son concubin d'acquérir un bien dont il s'est trouvé *exclusivement propriétaire à la fin du concubinage*, tout en sachant que le concubin *n'a pas contribué aux autres charges du ménage*¹²⁹⁶.

721. – Et, la seconde restriction consiste à faire supporter au concubin les dépenses, lorsqu'en faisant ces dépenses, celui-ci *a agi dans son propre intérêt*. Cette solution a été posée très clairement, par un arrêt de la première Chambre civile du 7 juillet 1987¹²⁹⁷. L'arrêt explicite dans son attendu l'idée liée à *l'intérêt dans l'action* ; cette idée suppose qu'en faisant ces dépenses, le concubin a voulu « *améliorer ses conditions d'existence et son cadre de vie au sein du ménage* ». D'autre part, l'arrêt affirme que le concubin, « *devait assumer la part de risque inhérente à la précarité de l'état de concubinage* ». Cet énoncé résume de manière exemplaire, la philosophie de la Cour de cassation en matière de concubinage et sa volonté, *affirmée*, de ne pas

solution, la première, c'est que la subsidiarité constitue véritablement une défense au fond, et la seconde, c'est que la subsidiarité ne peut être relevée d'office par le juge. Sur cette question, v. *supra* nos 620 et s. De plus et surtout, la défenderesse n'a pas soulevé l'existence d'un quelconque contrat la liant à son compagnon, ceci aurait permis aux juges du fond de procéder à une *requalification* du contrat litigieux. La défenderesse a simplement opposé que la remise de ces fonds constituait une libéralité. Le défendeur est quant à lui, parvenu à prouver l'absence d'intention libérale de sa part.

V. déjà dans le même sens : CA Paris, 14 janv. 1987 précit. : D. 1987, IR. 36. – V. aussi pour une réaffirmation plus récente de cette orientation de jurisprudence : CA Bastia, 25 janv. 2012, n° de RG : 09/01011.

¹²⁹⁶ CA Riom, 5 mai 1988 précit. : JCP 1989. 4. 52 ; RTD civ. 1989. 541, n° 12, obs. J. Mestre. En l'espèce, la concubine avait financé à hauteur des deux tiers un véhicule automobile que son concubin avait acquis. Il est intéressant de souligner que la cour de Riom relève, qu'il *n'existait pas* entre les concubins une société de fait et ceci, faute d'*affectio societatis*. Ceci sous-entend *implicitement*, que si l'*affectio societatis* avait lié les deux compagnons, la cour de Riom aurait appliqué les règles de la société de fait. Alors faute de l'existence de cet élément *essentiel à la validité d'une société*, l'action en enrichissement sans cause trouverait alors à s'appliquer. Sur ce point, l'arrêt mérite entière approbation et il a, en effet, été pleinement approuvé par un éminent spécialiste de la matière, v. : J. MESTRE, obs. précit. pour CA Riom, 5 mai 1988 in RTD civ. 1989. 541, n° 12. Cet arrêt adopte par ailleurs une solution tout à fait contraire d'un arrêt de la première Chambre civile du 8 décembre 1987 (Bull. civ. 1, n° 335, p. 241 ; RTD civ. 1988. 745, obs. J. Mestre ; JCP 1988. 4. 66.) – précédemment cité – qui a, à juste titre, été très critiqué.

La précision faite plus haut sur l'absence de contribution du concubin aux autres charges du ménage, est d'une *importance majeure* : si celui-ci avait effectivement contribué aux autres charges du ménage, ceci aurait pu *compenser* les dépenses que la concubine a faites pour l'acquisition du véhicule litigieux et l'action en enrichissement sans cause ne pourrait plus être accueillie car il *n'y aurait pas appauvrissement de la part de celle-ci*.

V. aussi dans le même sens, une affaire qui concernait la construction par le concubin d'une maison d'habitation sur un terrain appartenant à la concubine : CA Limoges, 13 déc. 2007 précit., n° de RG : 06/01059.

¹²⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 7 juill. 1987 : D. 1987, IR. 189 ; RTD civ. 1988. 132, obs. J. Mestre. Bien qu'il ne soit pas publié au Bulletin, cet arrêt mérite particulièrement notre attention. Il a en effet posé de manière claire, concise et abstraite, les règles applicables aux réclamations des concubins liées aux dépenses qu'ils ont faites dans le ménage. Les règles qu'il a posées ont donc vocation à être appliquées à d'autres espèces où

accorder une prime à l'immoralité, et de ne surtout pas accorder aux concubins la protection qu'elle réserve aux couples mariés.

722. – Mises à part ces deux restrictions, l'action en enrichissement sans cause possède un domaine d'application assez important entre concubins. C'est dans ce type de relations que la subsidiarité de cette action pourrait valablement *s'épanouir*, car il y a ici, par hypothèse, *un vide juridique important* que l'action en enrichissement sans cause viendrait effectivement *combler*.

Soulignons au préalable, qu'avant l'admission de l'action en enrichissement sans cause entre concubins, la jurisprudence ancienne indemnisait la concubine qui a *efficacement* participé à l'activité de son concubin sur *le fondement de la responsabilité civile de droit commun*¹²⁹⁸, notamment si les éléments d'une société n'étaient pas prouvés¹²⁹⁹.

723. – Par la suite, la jurisprudence a évolué vers l'admission de l'action en enrichissement sans cause comme fondement de l'indemnisation. La première décision à avoir – à notre connaissance – admis la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause entre concubins date de près d'un siècle. Il s'agit d'un arrêt de la cour de Dijon du 7 février 1928¹³⁰⁰, dans lequel la cour a fait application des

il existerait des éléments de faits *analogues* à ceux qui ont donné lieu à cet arrêt, et qui soulèveraient les mêmes problèmes de droit liés à la réclamation.

¹²⁹⁸ Cass. req., 18 mai 1870 : D.P. 1871. 1. 52. En l'espèce, un homme de passage à Malte a persuadé une demoiselle vivant là-bas de le suivre en Egypte et de s'y établir avec lui. Après avoir vécu onze ans avec lui et lui avoir fourni son travail sans rétribution, elle apprit que celui-ci était marié. Elle l'abandonna alors et lui réclama 10000 F. de dommages-intérêts. Le tribunal consulaire de France à Alexandrie d'Egypte condamna l'ancien concubin à payer à la demanderesse 4000 F. Sur appel du défendeur, la cour d'Aix confirma le jugement, en se fondant sur l'inexécution de la promesse de mariage faite par lui à son ex-concubine et le préjudice éprouvé par celle-ci du fait de cette inexécution. Un pourvoi en cassation fut formé par le concubin ; le moyen du pourvoi se fondait sur la violation des articles 1382 et 1832 C.C. Le demandeur en cassation reprochait à l'arrêt de s'être fondé sur l'existence d'une société entre les parties, alors que cette société n'était pas constatée par écrit. La Chambre des requêtes rejeta le pourvoi, elle approuva les juges du fond dans leur appréciation souveraine du dommage causé par les « agissements dolosifs » du demandeur en cassation à l'égard de la défenderesse.

¹²⁹⁹ Cass. req., 18 mai 1870 précit. : D.P. 1871. 1. 52. Le moyen du pourvoi s'étant en effet basé, sur une prétendue violation des règles de preuve relatives à la validité des sociétés ; en l'occurrence l'absence d'écrit, la Chambre des requêtes répondit à ce moyen, elle énonça que : « *Attendu que l'arrêt attaqué, pour allouer à la demoiselle Mazuchelli des dommages-intérêts, ne s'est pas fondé sur la dissolution par la faute du demandeur d'une société ayant existé entre lui et la défenderesse, société dont l'existence était méconnue et n'était pas constatée par écrit* ».

¹³⁰⁰ CA Dijon, 7 fév. 1928 : D.P. 1928. 2. 169, note P. Voirin. L'arrêt énonce : « *La dame Vial est fondée à réclamer à Leblanc une indemnité non pas contractuelle, mais quasi-contractuelle, par l'exercice de l'action de in rem verso ; qu'en fournissant pendant sept ans, sans rémunération effective ni promise, ses soins et son industrie à Leblanc, elle a, d'une part, accru le patrimoine de celui-ci en le dispensant de recourir à une main-d'œuvre et à une aide rétribuées qui, à défaut de ces services, lui eussent été nécessaires, et, d'autre part, appauvri son propre patrimoine en se privant, tout au moins en partie, des avantages qu'elle aurait pu tirer de son activité si elle l'eût employée d'une autre façon ; que l'enrichissement, à son préjudice, du patrimoine de Leblanc apparaît d'ailleurs comme dépourvu de cause juridique, puisqu'il ne repose ni sur une intention libérale, ni sur un contrat à titre onéreux qui en soit la justification juridique* ».

principes mentionnés plus haut. Bien que solidement fondée et étant en conformité avec les principes appliqués aujourd'hui à l'action en enrichissement sans cause dans les relations entre concubins, cette décision ne reçut pas l'approbation de l'annotateur¹³⁰¹.

724. – Et parmi les premières décisions à avoir admis l'action en enrichissement sans cause entre concubins, signalons un arrêt très remarqué de la cour d'appel de Paris du 15 juin 1939¹³⁰², précédemment cité. Pour admettre cette action en faveur de l'ex-concubine, l'arrêt commence par affirmer : « *qu'elle doit seulement pour être admise, d'abord ne pas prendre son fondement dans le concubinage lui-même, puisque le concubinage ne peut créer de droit juridiquement protégé* »¹³⁰³, et poursuit pour poser le principe applicable en matière d'enrichissement sans cause en énonçant : « *qu'elle doit d'autre part, satisfaire aux exigences particulières que comporte le recours en matière d'enrichissement sans cause* »¹³⁰⁴.

725. – La Cour de cassation a eu par la suite l'occasion plus d'une fois, de réitérer la solution jurisprudentielle précitée, selon laquelle l'enrichissement sans cause constituerait le fondement de l'indemnisation de la concubine lorsque celle-ci a exercé *bénévolement*, pendant de longues années, une activité qui a profité à son concubin en *l'enrichissant*¹³⁰⁵.

726. – Dans le contentieux opposant les ex-concubins, il est intéressant de souligner que la jurisprudence a eu l'occasion de véritablement mettre en valeur la *subsidiarité* de l'action en enrichissement sans cause. Il en est notamment ainsi lorsqu'elle énonce que, cette action « *est la seule qui puisse permettre à une concubine d'obtenir de son concubin, après rupture de leurs relations, le payement d'une somme d'argent pour avoir contribué par son activité à la prospérité du fonds*

¹³⁰¹ P. VOIRIN, note crit. sous l'arrêt rapporté in D.P. 1928. 2. 169.

¹³⁰² CA Paris, 15 juin 1939 précit. : D.H. 1939. 409.

¹³⁰³ Cet attendu reflète sans doute les mœurs qui régnaient il y a presque un siècle. Le concubinage était vu comme une situation *fondamentalement immorale*. Les mœurs ont certainement évolué aujourd'hui, même si le concubinage est toujours considéré comme une union de fait illégitime.

¹³⁰⁴ Dans la suite de son attendu, l'arrêt énonce que : « *le prétendu créancier doit, en conséquence, justifier à l'encontre de son débiteur de l'existence d'un enrichissement à lui procuré par le fait d'un appauvrissement corrélatif de son propre patrimoine* ». Ce qui constitue une application exacte des principes de l'enrichissement sans cause.

¹³⁰⁵ Cass. civ., 30 nov. 1954 : Bull. civ. 1, n° 340, p. 286. – Cass. com., 27 juin 1961 précit. : Bull. civ. 4, n° 297. En l'espèce, la concubine a invoqué, à *titre principal*, l'existence d'une société de fait entre elle et son ex-concubin. Et, elle a invoqué, à *titre subsidiaire*, qu'elle soit indemnisée pour l'enrichissement procuré par elle à celui-ci. La demande fondée sur une prétendue société de fait fut rejetée. Seule sa demande fondée sur l'enrichissement sans cause fut accueillie par la Cour de cassation. – Cass. 1^{ère} civ., 19 mai 1969 précit. : Bull. civ. 1, n° 187, p. 150.

de commerce exploité par le défendeur »¹³⁰⁶. Il est en également ainsi lorsqu'elle énonce, dans un attendu de portée générale, « *qu'en l'absence de textes spécifiques régissant le régime du concubinage, un concubin qui prétend s'être appauvri en enrichissant corrélativement l'autre, peut agir sur le fondement de l'action "de in rem verso"* »¹³⁰⁷. Soulignons dans cet attendu l'importance que revêt l'expression « *absence de textes spécifiques* » et qui démontre, que l'action en enrichissement sans cause constitue une *émanation du droit commun*¹³⁰⁸.

Il en est toujours ainsi lorsqu'elle énonce : « *qu'aucune voie de recours autre que celle qui est mise en mouvement, ne serait susceptible de réparer l'appauvrissement* »¹³⁰⁹.

727. – Il faut cependant garder présent à l'esprit que l'action de l'ex-compagnon sera déclarée *mal fondée*, si – bien entendu – *aucun appauvrissement* n'a été éprouvé par celui-ci. Et il s'agira le plus souvent d'une *demanderesse*. Il en est notamment ainsi lorsque les juges du fond relèvent que la concubine, « *a été entretenue comme aurait pu l'être une épouse légitime* »¹³¹⁰. Il s'agit ici d'une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond¹³¹¹, et il est très possible que ceux-ci voient, *au contraire*, que les avantages dont a profité la concubine, *ne suffisent pas à couvrir son appauvrissement*. Dans un tel cas, l'action en enrichissement sans cause pourrait toujours être valablement accueillie en sa faveur.

¹³⁰⁶ TGI Seine, 8 juin 1960 : D. 1960, somm. 125. Poursuivant, le tribunal relève que la concubine ne pouvait en l'espèce invoquer ni l'existence qu'une société de fait « dont les seules relations de concubinage ne peuvent faire preuve », ni la qualité de gérant d'affaires « puisque l'activité dont elle se prévaut s'est exercée essentiellement dans son propre intérêt ».

Se manifeste ainsi de manière très claire la manière avec laquelle l'action en enrichissement sans cause apparaît comme étant un *ultime recours*, comme étant une action à caractère véritablement *résiduel*.

Rappelons ici que la jurisprudence pose des conditions très rigoureuses à l'admission de l'existence d'une société créée de fait entre concubins. Sur ces conditions, v. *supra* n^{os} 76, 487, 488, 512 et 513.

Et c'est pour cette raison que les concubins, se « rabattent » le plus souvent sur l'action en enrichissement sans cause, action subsidiaire *typique*.

¹³⁰⁷ CA Limoges, 13 déc. 2007 précit., n^o de RG : 06/01059.

¹³⁰⁸ A. PROTHAIS, *Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux*, JCP 1990, 1, 3440, spéc. n^o 9.

¹³⁰⁹ CA Paris, 15 juin 1939 précit. : D.H. 1939. 409.

¹³¹⁰ TGI Seine, 8 juin 1960 précit. : D. 1960, somm. 125. Le jugement ajoute à cette affirmation une précision qui appelle des réserves, il énonce que l'activité de l'épouse, n'est cependant que *rarement rémunérée* alors même qu'elle s'exerce sur un fonds appartenant en propre au mari. – V. déjà : CA Paris, 22 mai 1932 : JCP 1933, p. 1117, cité par B. DEMAÏN, *La liquidation des biens des concubins*, L.G.D.J., 1968, p. 126, note 39. La cour de Paris a en l'espèce fait sienne l'appréciation des juges du premier degré qui ont estimé que les services, d'ordre commercial, que l'ex-concubine a pu rendre à son concubin peuvent avoir été compensés « par le bien-être et le confort dont la prospérité grandissante de son entreprise a permis à celui-ci de l'entourer ». Ils ont ainsi estimé que les avantages procurés à l'ex-concubine correspondent à la rétribution de son travail.

¹³¹¹ B. DEMAÏN, *op. cit.*, p. 126 *in fine*.

728. – L'admission de cette action dans les relations entre concubins est réaffirmée dans des décisions plus récentes ; elle demeure aujourd'hui *toujours de droit positif*¹³¹². On peut alors avancer l'idée selon laquelle cette action fait partie intégrante d'un « statut » du concubinage.

Après avoir étudié la question de l'application de l'action en enrichissement sans cause aux relations des concubins, application qui illustre *de manière exemplaire* la subsidiarité qui la caractérise, nous passons dans ce qui suit à l'étude du possible accueil de cette action aux personnes liées par un PACS.

C. – Dans le cadre du PACS.

729. – Le pacte civil de solidarité (autrement appelé PACS) a été institué par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999. Cette loi a été codifiée. C'est ainsi qu'un Livre douzième est venu compléter le Livre premier du Code civil.

Les articles qui règlent la vie commune et les relations pécuniaires entre les partenaires unis par un PACS, sont les articles 515-4 et 515-5 C.C.

L'article 515-4 qui fut modifié par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, dispose que :

« Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives.

Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives. Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux partenaires, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante ».

730. – Il est intéressant de remarquer que la deuxième tranche du premier alinéa de cet article, nous rappelle les dispositions de l'alinéa premier de l'article 214 C.C. applicable aux époux¹³¹³. Quant au deuxième alinéa de cet article, il est *largement inspiré* des dispositions de l'article 220 C.C., plus précisément des

¹³¹² Cass. 1^{ère} civ., 15 oct. 1996 : Bull. civ., 1, n° 357, p. 250 ; Rép. Def. 1997, art. 36620, p. 923, note O. Milhac ; RTD civ. 1997. 636, obs. J. Hauser. – CA Pau, 31 janv. 2011, n° de RG : 09/00371. – CA Bastia, 25 mai 2011, n° de RG : 09/00508. – CA Bastia, 25 janv. 2012 précit., n° de RG : 09/01011. – CA Bastia, 30 janv. 2013 précit., n° de RG : 06/01230.

¹³¹³ Sur le texte de l'article 214 en question, v. *supra* n° 673.

deuxième et troisième alinéas de cet article, texte régissant également les relations pécuniaires des époux¹³¹⁴.

C'est comme si le législateur a voulu, dans une certaine mesure, *calquer* la vie commune et les relations pécuniaires des partenaires liés par un PACS sur celle des époux.

731. – Quant à l'article 515-5, qui fut modifié par la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, il dispose que :

« Sauf dispositions contraires de la convention visée au troisième alinéa de l'article 515-3, chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels (...).

Chacun des partenaires peut prouver par tous les moyens, tant à l'égard de son partenaire que des tiers, qu'il a la propriété exclusive d'un bien. Les biens sur lesquels aucun des partenaires ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié. (...) ».

732. – La question qui se pose naturellement à nous, c'est celle de savoir si l'action en enrichissement sans cause conserve un quelconque domaine d'application et pourrait valablement être exercée, pour une raison ou une autre, par l'un des partenaires dans le PACS contre l'autre.

Cette interrogation est d'autant plus *légitime*, qu'on a estimé que le régime de l'indivision institué par l'article 515-5 précité, « *ne suffira certainement pas à démêler de façon équitable les intérêts de la vie commune* »¹³¹⁵.

Et, un éminent spécialiste de la matière a estimé, que le droit commun aura une vocation naturelle à s'appliquer pour *combler le vide du dispositif légal instauré*¹³¹⁶. Un tel vide *existe* en effet, il suffit pour le constater de penser au sort des transferts de sommes d'argent entre les partenaires ou, à l'assistance professionnelle exercée gratuitement par l'un d'eux au profit de l'autre.

Et pour étudier les possibilités d'application du droit commun, cet auteur a distingué entre deux hypothèses pour les partenaires liés par un PACS : d'une part, il y a les « prévoyants » et, de l'autre, les « imprévoyants ». Les premiers sont ceux qui

¹³¹⁴ Les deuxième et troisième alinéas de l'article 220 en question, disposent que :
« La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant. Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante ».

¹³¹⁵ M. MONTEILLET-GEFFROY, *op. cit.*, n° 87 et les réf. citées.

¹³¹⁶ H. LÉCUYER, art. précit. p, 71.

ont songé à organiser *a priori* leur vie commune, et qui vont trouver dans le droit commun les techniques pour le faire. Et les seconds sont ceux qui n'ont aucunement envisagé de s'organiser et d'entourer leur cocon d'un « encadrement juridique ». Seuls ceux-ci nous intéressent dans la présente perceptive de subsidiarité et d'application de l'action en enrichissement sans cause.

Les hypothèses qui peuvent ouvrir la voie à l'action en enrichissement sans cause à l'un des partenaires, sont *analogues* à celles qui peuvent ouvrir cette voie aux concubins non liés par un PACS¹³¹⁷.

733. – Les solutions adoptées par la jurisprudence pour l'action en enrichissement sans cause dans les relations des concubins *peuvent être valablement transposées ici*.

Cependant, la jurisprudence n'offre malheureusement – à notre connaissance – aucune décision illustrative d'un cas d'admission de cette action au profit d'un des partenaires dans un PACS¹³¹⁸.

Il est acquis que cette action ne pourra aucunement être accueillie si son exercice viserait à *neutraliser la présomption d'indivision* édictée à l'article 515-5 C.C. précité¹³¹⁹. La subsidiarité gouvernant cette action *y fera certainement obstacle*¹³²⁰.

Il faut cependant garder présent à l'esprit que l'action en enrichissement sans cause pourrait valablement intervenir entre les partenaires liés par un PACS et ceci, *dans les mêmes conditions que pour les concubins*.

¹³¹⁷ H. LÉCUYER, *ibid.*, p. 73. Cet auteur relève, à juste titre, l'existence de deux hypothèses dans lesquelles les partenaires dans un PACS, peuvent recourir au droit commun. Seule la première nous intéresse, c'est celle du concubin « qui a dépensé pour l'autre, qui s'est dépensé pour l'autre et qui souhaite être indemnisé soit pour ses dépenses, soit pour l'activité qu'il a déployée au profit de l'autre ».

¹³¹⁸ Précisons ici que le Conseil constitutionnel a, dans une décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 sur la loi relative au pacte civil de solidarité, prévu la possibilité de recourir à l'article 1382 C.C. C'est dans le considérant numéro 33 de cette décision que cette solution est affirmée, qui énonce que : « *l'instauration d'une solidarité des partenaires à l'égard des tiers pour les dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun ne saurait faire obstacle, en cas d'excès commis par l'un des partenaires, à l'application des règles de droit commun relatives à la responsabilité civile* ».

Sur cette question, un auteur a – très pertinemment – considéré qu'il serait plus judicieux de recourir à la théorie de l'enrichissement sans cause, v. : M. MONTEILLET-GÉFFROY, *op. cit.*, n° 87.

¹³¹⁹ H. LÉCUYER, *ibid.*, p. 74. Lorsque cet auteur a émis son opinion sur ce point, l'article 515-5 en question, était encore dans sa *version antérieure*. Son opinion *demeure toujours valable aujourd'hui*. Nous reproduisons quand même le second alinéa de cet article 515-5 qui nous intéresse particulièrement ici. Il se présentait ainsi :

« Les autres biens dont les partenaires deviennent propriétaires à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte sont présumés indivis par moitié si l'acte d'acquisition ou de souscription n'en dispose autrement ».

¹³²⁰ Comp. : H. LÉCUYER, *ibid.*, p. 74. Cet auteur explique le rejet de l'action en enrichissement sans cause par la *cause*. Selon lui, la cause de l'enrichissement réside dans la loi, et la présomption d'acquêt est *voulue par la loi*. Cette explication est défendable, mais nous préférons, et de manière plus simple, expliquer le rejet de l'action en enrichissement sans cause par le *caractère subsidiaire* de celle-ci.

L'application de l'action en enrichissement sans cause dans le cadre du couple ayant été étudiée, nous passons à présent à l'étude de la manifestation de la subsidiarité de cette action dans le cadre de la famille entendue, cette fois, *au sens plus étroit*, celle qui comprend les relations entre ascendants, descendants et collatéraux.

Sous-par. 2 : L'enrichissement sans cause dans les relations entre ascendants, descendants et collatéraux.

734. – Dans la perspective définie ici, il est donc question de droit de la famille dans son *sens étroit*. La subsidiarité pourrait valablement se manifester à travers l'application de cette action dans les relations qui lient ascendants, descendants et collatéraux.

A première vue, une telle application paraîtrait *douteuse*, si l'on prend en considération les liens d'affection qui lient entre les membres d'une même famille. Or, cette impression est loin de refléter la réalité. Ceci devient encore plus vrai plus le temps passe et les mœurs évoluent, causant un *relâchement* des liens familiaux.

735. – L'étude de la jurisprudence nous montre que l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause peut se présenter dans deux domaines ; le premier se rattache à un milieu assez particulier, c'est celui de la collaboration familiale agricole, et, le second ne présentant pas cette spécificité, se rattache de manière plus générale, au secours et à l'assistance exercés par un membre de la famille au profit de l'autre.

Nous envisagerons respectivement dans deux sous-parties, l'application de cette théorie dans le cadre de la collaboration familiale agricole (A), puis, son application entre les membres d'une famille (B).

A. – L'application de la théorie de l'enrichissement sans cause dans le cadre de la collaboration familiale agricole.

736. – Comme nous l'avons dit plus haut, le législateur a institué la créance de salaire différé, pour satisfaire certaines exigences nées des pratiques de la collaboration familiale dans les milieux ruraux.

Le contrat de travail à salaire différé autrefois institué par le décret-loi du 29 juillet 1939, est aujourd'hui régi par l'article L. 321-13 du Code rural et de la pêche

maritime qui fut créée par la loi du 22 juillet 1993. Cet article a été récemment modifié par la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013¹³²¹.

737. – Soulignons au préalable, que le demandeur en indemnité qui pourrait être *valablement fondée sur l'enrichissement sans cause*, devait préciser la dénomination ou le fondement juridique des demandes formées par lui dans le procès¹³²², et ceci, sous peine de se voir *débouté de toute indemnisation*. Selon cette solution, le demandeur est tenu de préciser *l'un ou l'autre* de la dénomination *ou* du fondement juridique de ses demandes.

Cette solution constitue une application fidèle des règles régissant *l'objet du litige*¹³²³. Il s'agit plus précisément de l'article 5 CPC qui dispose :

« Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ».

Il est vrai que les décisions et arrêts qui statuent sur la question de l'admission de l'action en enrichissement sans cause au profit de l'enfant qui a travaillé dans l'exploitation agricole familiale, sont relativement *rare*s. Mais bien qu'elles le fussent, ces décisions sont en revanche d'un *grand apport doctrinal*. Et c'est ce que nous verrons dans ce qui suit.

738. – Très tôt les tribunaux ont eu à statuer sur des demandes d'indemnités fondées sur l'enrichissement sans cause intentées par des descendants d'exploitants agricoles, lorsque ceux-ci ne *remplissaient pas les conditions posées par le décret-loi du 29 juillet 1939 en question*.

¹³²¹ Dans sa rédaction résultant de la loi précitée du 29 décembre 2013, l'article L. 321-13 C. rur. en question, dispose en son alinéa premier *qui seul nous intéresse ici*, que :

« Les descendants d'un exploitant agricole qui, âgés de plus de dix-huit ans, participent directement et effectivement à l'exploitation, sans être associés aux bénéfices ni aux pertes et qui ne reçoivent pas de salaire en argent en contrepartie de leur collaboration, sont réputés légalement bénéficiaires d'un contrat de travail à salaire différé sans que la prise en compte de ce salaire pour la détermination des parts successorales puisse donner lieu au paiement d'une soulte à la charge des cohéritiers ».

¹³²² Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 2013, n° de pourvoi : 12-12.296. En l'espèce deux époux s'étant mariés le 6 septembre 1958, ont divorcé par jugement du 23 février 1979. Après le décès de son beau-père survenu le 4 janvier 2007, l'ex-époux a assigné le 23 septembre 2008 sa belle-mère et la fille de celle-ci en leur qualité d'héritières de son beau-père. Le demandeur se prévalait d'une créance de salaire différé pour avoir travaillé sans contrepartie du 1^{er} septembre 1958 jusqu'au 6 juillet 1978 sur l'exploitation de son beau-père. Il demandait que les héritières soient condamnées au paiement d'une somme de 117 034, 66 euros. Les premiers juges et la cour d'appel l'ont débouté de sa demande en indemnité. Il forma alors un pourvoi en cassation, reprochant à la cour d'appel d'avoir rejeté sa demande. Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation relève dans son attendu que la cour d'appel a, par une appréciation souveraine des pièces produites, estimé que le demandeur *ne rapportait pas la preuve que son ex-épouse avait participé directement et effectivement à l'exploitation*. Puis, elle énonce que : « *Attendu, ensuite, que le juge n'est pas tenu, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique des demandes formées par les parties ; qu'ayant constaté qu'elle était saisie d'une demande au titre d'une créance de salaire différé, fondée sur les dispositions de l'article L. 321-15 C. rur., la cour d'appel n'était pas tenue de rechercher si cette action pouvait être fondée sur l'enrichissement sans cause* ». La solution qui est d'une parfaite orthodoxie juridique, ne peut être qu'approuvée.

C'est ainsi qu'au lendemain dudit décret-loi, la cour d'appel de Besançon a par un arrêt – précité – du 17 mai 1944¹³²⁴, alloué sur le fondement de l'enrichissement sans cause, une indemnité à un fils qui avait pendant vingt années travaillé *sans rémunération* dans l'exploitation agricole appartenant à ses parents. La cour avait relevé que celui-ci était *exclu* par ledit décret – plus précisément son article 68 – du droit de prétendre à une créance de salaire différé, car il avait *abandonné* l'exploitation agricole de ses parents *antérieurement à l'ouverture de leur succession*. Une indemnité lui fut *pourtant* allouée, et pour le faire, la cour a en premier expliqué et exposé les objectifs poursuivis par l'ancien Code de la famille¹³²⁵, puis elle en a déduit que, « *les (nouvelles) dispositions législatives n'ont pu de toute évidence placer celui qui s'est dévoué à l'exploitation familiale dans une situation plus défavorable qu'il ne l'était avant l'apparition de ce décret* ». Ayant posé le principe de solution, elle décide par la suite, que : « *la déchéance de l'article 68, si elle prive le fils de son droit de créance, ne peut s'opposer en l'absence de toutes dispositions formelles, à ce que celui-ci se prévale du droit commun, en l'espèce de l'action "de in rem verso", pour faire rémunérer ses services* ». La solution adoptée constitue une *application exemplaire de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause*, puisque celle-ci a été déclarée recevable et fondée car *aucune autre action* n'était praticable pour le demandeur, en l'occurrence, les dispositions du décret du 29 juillet 1939. Selon la conception de la cour, cette action constitue une *émanation* du droit commun. C'est une manière très pertinente d'analyser la fonction de cette action, et qui d'ailleurs est tout à fait *défendable*. Plus, se révèle à nous une autre vérité scientifique de non moindre importance : il s'agit de la *subsidiarité du droit commun*¹³²⁶. De cet attendu de haute valeur doctrinale, découle deux constatations : la première, c'est que l'action en enrichissement sans cause constitue une *manifestation du droit commun* pris dans son sens *large*, et la seconde, c'est que le droit commun est *lui-même subsidiaire*.

¹³²³ Soulignons que l'arrêt rapporté ne fait référence à aucun texte de loi. Ceci n'ôte rien à l'exactitude de la solution et à son bien-fondé.

¹³²⁴ CA Besançon, 17 mai 1944 précit. : D.C. 1944. 166, note R. Savatier.

¹³²⁵ Sur l'attendu de la cour exposant et expliquant les objectifs dudit décret, v. *supra* note 1186 sous n° 655. – v. aussi qui explique de manière encore plus claire les motifs dudit décret : CA Orléans, 5 janv. 1949 précit. : S. 1949. 2. 64, note anon ; Gaz. Pal. 1949. 1. 147, note anon., *supra* note 1186 sous n° 655.

¹³²⁶ Sur la subsidiarité du droit commun et sa vocation à combler les lacunes des droits spéciaux, v. *infra* n°s 1198 et s.

En l'espèce, la cour a purement et simplement *esquivé* l'application des dispositions dudit décret qui refusaient que soit reconnue une créance de salaire différé au demandeur, pour que l'enfant de l'exploitant agricole qui a consacré des années exerçant un travail *non rémunéré* ne soit pas *injustement privé de toute indemnisation*.

739. – Peu d'années plus tard, la cour d'appel d'Orléans devait dans un arrêt du 5 janvier 1949¹³²⁷ – précédemment cité – octroyer à une jeune femme dont le père avait décidé de cesser l'exploitation de son domaine agricole, une indemnité sur le *fondement de l'enrichissement sans cause*, après que celle-ci a travaillé sur ce domaine pendant huit années consécutives « *sans recevoir le moindre salaire en contrepartie de son travail* ». L'intérêt principal de l'arrêt réside en ce qu'il a relevé que, pour obtenir la juste rémunération de son travail, la demanderesse « *n'avait à sa disposition que l'action en enrichissement sans cause* », faisant ainsi clairement ressortir le *caractère subsidiaire* de cette action¹³²⁸.

Soulignons dès à présent, que les données de fait de cet arrêt diffèrent *fondamentalement* de ceux qui ont donné lieu à l'arrêt précité de la cour d'appel de Besançon du 17 mai 1944, puisque dans celui-ci, le demandeur avait tout simplement *abandonné* l'exploitation agricole de ses parents antérieurement à l'ouverture de leur succession.

740. – Il peut être cependant observé qu'il existe des arrêts qui ont été rendus en sens *contraire*. C'est ainsi que la cour d'appel d'Amiens a, par un arrêt du 19 mai 1958¹³²⁹ – précédemment cité – refusé à un fils ayant travaillé pendant plus de douze années dans l'exploitation agricole familiale, une demande en indemnité fondée sur l'enrichissement sans cause dès lors qu'il avait *quitté de plein gré* celle-ci pour exploiter une ferme pour son propre compte. Les faits ayant donné lieu à cet arrêt sont *comparables* à ceux de l'arrêt précité de la cour d'appel de Besançon du 17 mai 1944, et pourtant, on voit ici que la solution est *tout à fait contraire*, ainsi qu'est la motivation de l'arrêt. La cour énonce que : « *s'il doit être admis que le père de famille ne saurait priver volontairement son descendant des avantages à lui accordés par les textes susvisés (...), les descendants n'ont pas pour autant la liberté de*

¹³²⁷ CA Orléans, 5 janv. 1949 précit. : S. 1949. 2. 64, note anon ; Gaz. Pal. 1949. 1. 147, note anon.

¹³²⁸ Après avoir relevé l'inexistence de toute autre action au profit de la demanderesse pour obtenir une juste indemnisation, l'arrêt donne en effet dans un attendu de *haute valeur doctrinale*, une définition de la subsidiarité de cette action, en mettant au surplus en valeur *la distinction des obstacles de fait et des obstacles de droit*. Sur cet attendu, voir *supra* n° 33 et note 61, et note 72 sous n° 37.

choisir entre le bénéfice du contrat de salaire différé et l'action "de in rem verso" ; que l'exercice de cette dernière doit nécessairement leur être refusé lorsque, comme dans l'espèce, ils ont pour s'établir quitté l'exploitation paternelle de leur plein gré ». Et la cour de préciser : « qu'en effet, l'action "de in rem verso" a un caractère subsidiaire et n'est accordée qu'à défaut de toute action ».

L'arrêt fait une application *exemplaire* de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause. Il illustre *plus précisément* l'application de la *quatrième acception* de la subsidiarité en vertu de laquelle, il est prohibé d'utiliser l'action subsidiaire lorsque le demandeur aurait pu disposer d'une autre action, mais que celle-ci lui est *refusée par la loi*¹³³⁰.

741. – Il peut être rapproché de l'arrêt de la cour d'Amiens du 19 mai 1958, un jugement du tribunal de grande instance de Dieppe du 31 mars 1977¹³³¹ – précédemment cité – où l'action en enrichissement sans cause a été refusée à une fille d'exploitants agricoles, reconnaissant elle-même qu'elle était *exclue* du bénéfice du salaire différé, car, selon le jugement, l'action en enrichissement sans cause « *est une voie subsidiaire permettant à qui ne dispose d'aucune autre action de faire valoir son droit, mais non de suppléer une action que le législateur refuse* »¹³³².

¹³²⁹ CA Amiens, 19 mai 1958 précit. : Gaz. Pal. 1958. 2. 76, note anon.

¹³³⁰ Il s'agit bel et bien ici d'une application de la quatrième acception de la subsidiarité, car le fils qui a abandonné la ferme de ses parents pour aller s'installer seul ne peut plus prétendre à un salaire différé, bien qu'il y ait passé de longues années dans l'exercice d'un travail non rémunéré, car *il ne remplissait plus les conditions lui permettant d'obtenir ce droit*. L'article 68 de l'ancien décret-loi du 29 juillet 1939 privait en effet des droits conférés par ledit décret-loi tout ayant-droit qui, sauf le cas de service militaire légal, de maladie ou d'infirmité physique le mettant dans l'impossibilité de participer au travail agricole, ne travaillait pas habituellement sur un fonds rural à la date du décès de l'exploitant. Le demandeur essayait de contourner l'impossibilité de pouvoir prétendre à un salaire différé par le recours à l'action en enrichissement sans cause, et c'est lui a été *justement refusée*.

Soulignons que le jugement du tribunal civil de Beauvais qui avait octroyé au fils une indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause, fut infirmé par la cour d'Amiens. En effet, après avoir énoncé l'attendu plus haut reproduit, la cour décide que : « *dès lors, sans qu'il y ait lieu de rechercher si les conditions de l'enrichissement sans cause sont réalisés, les intimés doivent être déboutés de leur demande* ».

Sur la quatrième acception de la subsidiarité, v. *supra* n^{os} 742 et s.

¹³³¹ TGI Dieppe, 31 mars 1977 précit. : JCP 1977. 2. 18702, note J.A.; D. 1978, IR. 161, obs. Guy Chesné ; RTD civ. 1978. 172, obs. R. Savatier.

¹³³² Notons que cet attendu a été reproduit dans les développements relatifs la quatrième acception de la subsidiarité (v. *supra* n^o 74), car le jugement précité du 31 mars 1977 y a été également cité. Mais nous avons quand même cru nécessaire de le reproduire encore ici, car il étaye de manière convenable nos développements.

Après avoir énoncé cet attendu, le tribunal poursuit en énonçant que : « *Attendu qu'elle ne peut suppléer l'action ainsi refusée par l'action "de in rem verso" ; que ce motif de droit rend superflus les arguments de fait et empêche le tribunal de rechercher si la demanderesse a par son travail procuré à ses père et mère un enrichissement dont elle n'a pas reçu la juste contrepartie (...)* ». Il déboute alors la demanderesse.

Ici également et à l'instar de l'arrêt du 19 mai 1958, ce jugement fait une application *exemplaire* de la *quatrième acception* de la subsidiarité telle qu'explicitée plus haut¹³³³.

742. – D'après cette analyse, nous pouvons dire que c'est l'arrêt précité de la cour d'appel de Besançon du 17 mai 1944, rendu d'ailleurs à une époque où l'ancien Code de la famille était encore *jeune*, qui lui est, en réalité, rendu dans le *sens contraire des arrêts plus haut analysés*. On se demande alors si cette jurisprudence ainsi analysée, est assez cohérente pour qu'on puisse en déduire une ligne claire de solution. Il nous faut principalement éclairer la question fondamentale de savoir si un descendant ne remplissant pas les conditions lui permettant de prétendre à un salaire différé, *peut obtenir une indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause*.

743. – Une réponse à cette interrogation peut être trouvée dans un arrêt – relativement – plus récent. Il s'agit de l'arrêt – précité – du 14 mars 1995, dans lequel la première Chambre civile de la Cour de cassation a accueilli l'action en enrichissement sans cause intentée par l'épouse du descendant d'un exploitant agricole, qui, pourtant, *ne réunissait pas les conditions de l'octroi de la créance de salaire différé*¹³³⁴.

C'est l'accueil par la Cour de cassation de la seconde branche du moyen du pourvoi, qui revêt dans la présente perspective de l'application donnée à la subsidiarité dans l'enrichissement sans cause une importance particulière. C'est ainsi qu'après avoir rejeté la première branche du pourvoi¹³³⁵, la Cour apporte une *restriction* à la règle qu'elle a rappelé dans son attendu¹³³⁶, en énonçant que : « *si le conjoint du descendant d'un exploitant agricole n'est pas titulaire d'un droit propre pour prétendre à une créance de salaire différé, l'article 65 du décret modifié du 29 juillet 1939 n'a pu avoir pour objet de l'exclure du bénéfice de toute indemnisation* ».

C'est cette dernière tranche de l'attendu qui mérite particulièrement notre attention ; la Cour se livre à une interprétation de la volonté supposée du législateur pour en arriver à la solution selon laquelle, le conjoint du descendant d'un exploitant

¹³³³ Le jugement du tribunal de grande instance de Dieppe du 31 mars 1977, a en effet été cité dans les développements relatifs la quatrième acception de la subsidiarité. V. *supra* n° 74.

¹³³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 1995 précit. : Bull. civ. 1, n° 130, p. 92 ; D. 1995, IR. 87 ; *ibid.* 1996, jur. 137, note Barabé-Bouchard ; JCP 1995. 2. 22516, note F. Roussel ; Rép. Def. 1996, art. 36287, p. 468, note J.-L. Fillette ; RTD civ. 1996. 160, obs. J. Mestre ; *ibid.* 215, obs. J. Patarin.

¹³³⁵ Pour rejeter la première branche du moyen du pourvoi, la Cour énonce : « *attendu qu'il résulte de l'article 65 de ce décret (du 29 juillet 1939) que le descendant marié d'un agriculteur doit participer à l'exploitation familiale, pour que son conjoint puisse prétendre également au bénéfice d'un salaire différé* ».

agricole *ne saurait être privé de toute indemnisation*. On peut voir transparaître dans cet attendu des motifs de pure équité, constituant le *fondement* de la position adoptée par la Cour. Et celle-ci d'en déduire que l'action en enrichissement sans cause « lui demeure ouverte », *faute pour lui de disposer d'une autre action*. De prime abord, on peut voir dans cette affirmation une application *exemplaire* de la subsidiarité de cette action. Mais à y regarder de plus près, on observe qu'il y a véritablement ici une *entorse* apportée à la subsidiarité *perçue dans son acception classique*, puisque la Cour de cassation a permis que l'*obstacle de droit* auquel se heurtait la demanderesse puisse être *contourné* par l'accueil au profit de cette dernière de l'action en enrichissement sans cause, et en censurant – rappelons-le – la cour d'appel qui l'avait déboutée *pour ce même motif*¹³³⁷.

744. – Cette jurisprudence démontre que la collaboration familiale agricole est l'un des domaines où la Cour de cassation fait prévaloir une *acception assouplie de la subsidiarité*, en se fondant sur des motifs d'*équité*, et ceci dans le but *avéré* de ne pas laisser sans indemnité celui ou celle qui a passé des années à exercer un travail sans être rémunéré.

745. – Il est intéressant de remarquer par ailleurs, qu'on peut valablement et nettement faire le *rapprochement* entre les motifs de l'arrêt précité de la cour de Besançon du 17 mai 1944 et ceux de l'arrêt du 14 mars 1995. Dans l'un et l'autre des arrêts, il est respectivement énoncé que les dispositions du décret 29 juillet 1939 n'ont pu placer celui qui s'est dévoué à l'exploitation familiale dans une situation *plus défavorable qu'il ne l'était avant l'apparition de ce décret* et, qu'ils n'ont pu avoir pour objet de *l'exclure du bénéfice de toute indemnisation*. Ce rapprochement est d'autant plus significatif que les deux décisions ont été rendues *à un demi-siècle d'intervalle*. Ceci nous indique que la volonté de ne pas laisser sans indemnité l'enfant de l'exploitant agricole qui a passé de longues années dans le travail non rémunéré, est *entrée dans les esprits* et elle guide les juges dans les solutions qu'ils adoptent dans cette matière.

746. – Il demeure important de préciser, après cette analyse des arrêts qui tournent autour de l'application de l'ancien décret-loi du 29 juillet 1939 et de la créance de salaire différé, aujourd'hui régie par l'article L. 321-13 du Code rural et

¹³³⁶ Sur la règle qui a été rappelée par la Cour, v. *supra* note 1335.

de la pêche maritime, que l'action en enrichissement sans cause peut valablement trouver à l'appliquer en dehors du cadre régi par l'article L. 321-13 précité. Il peut en être *notamment* ainsi, lorsque le travail effectué dans le cadre d'une exploitation agricole n'est pas exercé au profit de l'ascendant de celui qui effectue ce travail. C'est dans une situation semblable, que la Cour de cassation a accordé à celui qui a travaillé pendant vingt ans, et *sans recevoir aucune rémunération*, dans la ferme qui appartenait à son beau-frère et sa sœur, une *indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause*, après avoir relevé que par son travail, il a causé *un enrichissement à son beau-frère dont celui-ci doit la contrepartie*¹³³⁸. Cet arrêt est intéressant également à un autre titre, c'est celui d'avoir affirmé que la nature des rapports liant le demandeur aux défendeurs étant fondée sur des *liens familiaux*, *s'insèrent mal dans un cadre juridique précis*. C'est cette affirmation qui rejoint notre idée exprimée plus haut : le fait que les rapports dans l'espèce rapportée *ne peuvent recevoir une qualification juridique précise*. Ces rapports peuvent quand même offrir un *domaine propice* à l'accueil de l'action en enrichissement sans cause.

Ayant étudié l'application de l'action en enrichissement sans cause dans le cadre de la collaboration familiale agricole, nous passons dans ce qui suit à l'étude de son application pour le cas de secours et d'assistance exercés par un membre de la famille au profit de l'autre.

¹³³⁷ Pour une analyse de cet arrêt, v. *supra* note 183 sous n° 98.

¹³³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 1975 précit. : Bull. civ. 1, n° 158, p. 135. En l'espèce, le demandeur avait assigné son beau-frère et sa sœur en liquidation de la société de fait qu'il prétendait avoir existé entre eux. Le tribunal, après avoir procédé à une enquête et à une expertise, a rejeté sa demande tendant à voir reconnaître l'existence d'une prétendue société de fait. Cependant, il a décidé que celui-ci avait procuré à ceux-ci des *avantages* pour lesquels il n'avait pas perçu de rémunération. Il les a alors condamnés à lui payer à ce titre, une somme de 25.000 fr. Ce jugement a été confirmé par la cour d'appel. Les époux se pourvurent en cassation. Ils reprochaient à la cour d'appel d'avoir confirmé cette décision, alors que les premiers juges auraient substitué à la cause de la demande une cause nouvelle non invoquée devant eux. Sur ce point, la Cour de cassation répond que : « *Gaubert, dans ses conclusions d'appel, a soutenu qu'il avait le droit "de voir indemniser son travail de vingt et un ans, que ce soit au titre de l'association de fait ou à un autre", et a demandé la confirmation du jugement entrepris* ».

La Cour de cassation rejette le pourvoi, après avoir relevé que : « *la cour d'appel n'a pas excédé les limites du litige dont elle était elle-même saisie* ».

Cet arrêt soulève au surplus la question du rôle que joue le juge dans la *qualification* à donner à la demande dans le procès. Et la Cour de cassation énonce sur ce point, un attendu de grande clarté. Sur cet attendu et sur la question du rôle joué par le juge dans la *qualification* à donner à la demande dans le procès, v. *supra* note 1152 sous n° 626.

B. – L’application de la théorie de l’enrichissement sans cause pour le secours et l’assistance exercés par un membre de la famille au profit de l’autre.

747. – La jurisprudence a depuis très longtemps, reconnu le « droit à une juste rémunération » à un membre de la famille, en l’occurrence un fils, qui pendant de longues années, a travaillé de manière assidue dans l’entreprise appartenant à son père et a contribué au succès financier de celle-ci¹³³⁹. Il est significatif de remarquer qu’il n’a été ici nullement fait appel à la théorie de l’enrichissement sans cause pour allouer au fils qui a subi un appauvrissement du fait de cette longue collaboration *insuffisamment* rémunérée, *une juste indemnité*¹³⁴⁰. Cette absence de toute référence à la théorie de l’enrichissement sans cause, peut s’expliquer par le fait que cette jurisprudence est de *deux décennies antérieure* à l’arrêt de principe du 15 juin 1892 ayant reconnu l’autonomie de l’action en enrichissement sans cause. A cette époque-là, cette théorie n’était en effet pas encore très claire dans les esprits.

748. – Par la suite, il y a eu une évolution et les tribunaux ont commencé à reconnaître sur le *fondement de l’enrichissement sans cause*, une créance en indemnité au profit du parent qui a apporté secours et assistance en faveur d’un membre de sa famille.

C’est ainsi que le tribunal civil de Bar-le-Duc a par un jugement du 5 juin 1943 reconnu, sur le fondement de l’enrichissement sans cause, une créance en indemnisation contre son frère, du fils qui a spontanément subvenu aux besoins de son père, l’a logé sous son toit, nourri et entretenu ce dernier pendant dix ans¹³⁴¹.

749. – Cependant, quelque vingt années après, les juges du fond adoptent une position plus rigoureuse, lorsque, dans une espèce où les faits étaient – pourtant –

¹³³⁹ CA Dijon, 26 mars 1874 : D. P. 1876. 2. 203.

¹³⁴⁰ La notion d’association en participation a été en réalité évoquée, pour par la suite être écartée. Après avoir écarté l’application de la notion d’association en participation, la cour de Dijon relève que : « *Pain* (le fils), *même réduit au rôle d’ouvrier et d’employé, a dû compter sur une indemnité proportionnée à l’importance de son concours et des résultats auxquels il a contribué* ». Poursuivant, la cour fait une précision très importante qui indique qu’il *n’existe pas de juste cause à l’enrichissement du père*, c’est ainsi qu’elle énonce que : « *si, de 1854 à 1870, François Pain* (le père), *ne lui payant aucun salaire, a fourni à tous ses besoins et à ceux de sa famille, il n’a fait en cela que le traiter comme les autres enfants qui habitaient avec lui et ne prenaient aucune part à ses travaux* ». La cour de Dijon procède à une appréciation des faits de l’espèce relativement à la rémunération payée par le père à son fils, et estime que le salaire qui lui était payé *ne constituait pas une rétribution suffisante*. Elle réforme alors le jugement dont il est fait appel, pour que soit *valablement complétée* la rémunération due au fils pour le travail qu’il fournissait au profit de son père.

¹³⁴¹ Trib. civ. Bar-Le-Duc, 5 juin 1943 : D.C. 1944. 18, note crit. G. Ripert. Le tribunal admet le principe d’un recours du débiteur de la pension alimentaire contre ses autres codébiteurs. Par la suite, il devait définir le *fondement* de ce recours. Ce qui est intéressant de souligner, c’est que le tribunal a éliminé différents fondements possibles de l’indemnisation pour ne retenir que celui qui se fonde sur l’enrichissement sans cause ; il possède à cause de ceci une *grande valeur doctrinale*. Il énonce ainsi que : « *ce recours n’est basé ni sur la subrogation légale, puisqu’il a payé la dette dont il était seul tenu, ni sur*

analogues à ceux qui ont donné lieu au jugement précité du 5 juin 1943, ils ont *rejeté* l'action en enrichissement sans cause intentée par une fille contre la succession de sa mère, qui pendant trois années a prodigué soins à celle-ci et pourvu à ses besoins¹³⁴². Le motif du rejet fut *l'absence de causalité directe* entre enrichissement et appauvrissement¹³⁴³.

Cette solution fait écho à une opinion désapprobatrice émise par un éminent auteur dans sa note sous le jugement précité du tribunal civil de Bar-le-Duc du 5 juin 1943¹³⁴⁴. Cet auteur avait estimé que le fils a exécuté une obligation qui lui était personnelle, l'exécution de cette obligation ne fait nullement disparaître celle dont son frère était tenu. Et que si celui-ci s'est enrichi, c'est tout simplement parce que son père *ne lui a rien demandé*¹³⁴⁵.

750. – On doit admettre que ce jugement blesse inévitablement notre *sentiment d'équité*¹³⁴⁶. Se justifiant *difficilement* sur le plan de l'équité, on se demande si, au contraire, il se trouve valablement fondé sur le plan du *pur droit*¹³⁴⁷.

la gestion d'affaire puisqu'il n'a jamais entendu solder la dette d'autrui, mais bien sur l'enrichissement sans cause ».

¹³⁴² TGI Avesnes, 23 janv. 1962 : D. 1963, jur. 253, note crit. J. Prévault ; Rép. Def. 1963, art. 28419 et 28420, note crit. R. Savatier.

¹³⁴³ Le tribunal commence par poser le principe applicable en la matière, et énonce que : « *Attendu que la condition essentielle au recours à l'enrichissement sans cause est qu'il y ait un lien de causalité directe entre l'appauvrissement du demandeur et l'enrichissement du défendeur* ». Il poursuit, énonçant que : « *dans cette hypothèse la dame M. D. aurait encore exécuté une obligation qui lui était personnelle ; que l'exécution de cette obligation n'aurait certes pas fait disparaître celle dont ses cohéritiers étaient tenus, mais que, ceux-ci s'étant alors enrichis uniquement parce que leur mère ne leur avait rien demandé, il ne s'agirait plus que d'une causalité indirecte qui ne pourrait être retenue* ».

¹³⁴⁴ G. RIPERT, note crit. sous Trib. civ. Bar-Le-Duc, 5 juin 1943 in D.C. 1944. 19.

¹³⁴⁵ G. RIPERT, *ibid.* L'auteur conclut qu'il s'agit ici d'une « causalité indirecte » qu'il est difficile de retenir. Il est frappant de voir que le jugement précité du tribunal de grande d'instance d'Avesnes du 23 janvier 1962, reprend *textuellement* dans son attendu plus haut reproduit (v. *supra* note 1343), l'opinion émise par l'éminent auteur dans sa note précitée sous le jugement du 5 juin 1943. On mesure au vu de ceci, combien était grande l'influence de la doctrine préconisée par certains auteurs sur la jurisprudence.

¹³⁴⁶ V. en ce sens : J. PRÉVAULT, note crit. sous TGI Avesnes, 23 janv. 1962 in D. 1963, jur. 254, 1^{ère} col.

¹³⁴⁷ A l'époque où ce jugement a été rendu, une jurisprudence assez constante refusait tout recours du débiteur d'aliments contre ses coobligés pour les frais encourus par lui pour l'entretien et le secours du *de cujus*, v. : J. PRÉVAULT, note précit. sous TGI Avesnes, 23 janv. 1962 in D. 1963, jur. 254, 2^{ème} col. et s. et les réf. citées. L'hypothèse posée par le jugement du tribunal d'Avesnes du 23 janvier 1963 est certes différente puisque comme le relève celui-ci, la demanderesse « *ne rapporte pas et n'offre pas de rapporter la preuve d'existence de frais qu'elle aurait dû exposer pour le compte de sa mère* ». Elle réclamait une somme de 1500 fr. en rémunération des soins prodigués à celle-ci avant son décès. Elle sollicitait l'octroi d'une *juste rémunération* prélevée sur la succession avant que les cohéritiers qui se sont complètement désintéressés des charges, ne prétendent prendre part à celle-ci. Sur ce point, le tribunal décide : « *qu'il lui appartenait d'agir ou de faire agir la crédière de son vivant contre les autres cohéritiers, si elle estimait que sa tâche devenait trop lourde* ». Poursuivant son attendu, le tribunal rejette la prétention fondée sur la gestion d'affaires et énonce : « *qu'elle ne peut prétendre aujourd'hui avoir géré l'affaire d'autrui alors qu'elle ne faisait qu'acquitter sa propre dette* ». Notons l'importance qui s'attache à l'emploi de l'adjectif « propre ». Dans le raisonnement suivi par le tribunal, la clé du problème réside dans le fait qu'il s'agissait de l'exécution d'une obligation qui est *personnelle à la demanderesse*. Et que par conséquent, elle ne pouvait réclamer une contribution ou un remboursement à quiconque. La demande fondée sur l'enrichissement sans cause fut également rejetée, comme nous l'avons signalé plus haut. Mais la Cour de cassation devait, heureusement, abandonner par la suite sa jurisprudence susmentionnée, et ceci

A dire vrai, ce n'est pas sur le plan de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause que le jugement précité du 23 janvier 1962 ne se justifie point, mais bien – et contrairement à ce qu'on a avancé – sur celui du *lien de causalité*. Une minutieuse analyse du cas litigieux, pourrait en effet bien nous faire voir que ce lien est bel et bien *direct*¹³⁴⁸. Mais ce qui rend l'action en enrichissement sans cause mal fondée, c'est la réalité qu'il existât effectivement une *cause* à l'enrichissement¹³⁴⁹.

751. – Ceci démontre que subsidiarité et cause ne *se confondent pas*, et que la subsidiarité *ne fait pas double emploi avec la cause*¹³⁵⁰.

Le jugement du tribunal d'Avesnes du 23 janvier 1962 a été analysé pour que nous puissions démontrer comment la jurisprudence a par la suite évolué sur cette question.

En effet, une *évolution* s'est faite dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle le fut sans doute sous l'influence d'une doctrine autorisée¹³⁵¹.

Cette évolution a été annoncée par un arrêt – précité – de la première Chambre civile du 15 mars 1972, dans lequel une cour d'appel a été approuvée d'avoir fait

sans doute sous l'influence des critiques de la doctrine. Ce revirement fut opéré par un arrêt de principe du 29 mai 1974 (Cass. 1^{ère} civ., 29 mai 1974 : Bull. civ. 1, n° 166, p. 141 ; D. 1975, jur. 482, note F. Magnin), dans lequel elle décide, sous le visa de l'article 205 C.C., que : « *la personne, tenue, en vertu de ce texte, à une obligation alimentaire, dispose d'un recours contre ses coobligés pour les sommes qu'elle a payées excédant sa part contributive compte tenu des facultés respectives des débiteurs* ».

L'arrêt précité du 29 mai 1974 a créé un courant de jurisprudence ; il fut *fidèlement* suivi dans des décisions ultérieures, v. par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 28 avr. 1980 : Bull. civ. 2, n° 90.

Notons que l'article 205 C.C. fut modifié par la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 entrée en vigueur le 1^{er} août 1972. Ce texte est l'un des rares articles du Code civil à avoir si bien résisté à l'épreuve du temps, puisqu'il est issu de la loi du 17 mars 1803 qui est l'un des principaux textes français en matière de mariage.

Dans sa version originale, cet article se présentait ainsi :

« Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin ».

Dans sa version actuelle, cet article se présente ainsi :

« Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin ».

¹³⁴⁸ C'est l'actif de la succession qui s'est effectivement enrichi du fait que du vivant de la mère, c'est sa fille, demanderesse à l'action en enrichissement sans cause, qui a effectué pour elle des dépenses. – V. qui défend cette opinion : PRÉVAULT, note précit. sous TGI Avesnes, 23 janv. 1962 in D. 1963, jur. 255, 2^{ème} col.

¹³⁴⁹ La cause à l'enrichissement résidait dans *l'exécution d'une obligation légale*, en l'occurrence l'obligation alimentaire pesant sur un fils vis-à-vis de son père, v. en ce sens : J. PRÉVAULT, note précit. sous TGI Avesnes, 23 janv. 1962 in D. 1963, jur. 255, 2^{ème} col.

¹³⁵⁰ Sur les rapports existant entre la subsidiarité gouvernant l'action en enrichissement sans cause et la cause dans l'enrichissement sans cause, v. *infra* n°s 806 et s.

¹³⁵¹ Il s'agit de l'opinion de R. SAVATIER exprimée dans sa note – critique – sous le jugement du tribunal de grande instance d'Avesnes au Rép. Def. 1963, art. 28419 et 28420. Cet auteur appelait le juge à « donner, en droit, une place suffisante à l'équité » et relevant que « l'équité même et les convenances qui gouvernent les rapports de famille doivent empêcher, en dehors d'une volonté prouvée de service gratuit, l'un des enfants d'être gravement victime des sacrifices faits sans participation des autres en ajoutant, pour lui, à leur valeur morale un excessif dommage patrimonial ». Il suggérait une formule qui, sans le dire expressément, *évoquait l'enrichissement sans cause*.

application des règles de l'enrichissement sans cause en faveur d'un couple qui s'est appauvri en prodiguant hébergement et soins à sa belle-mère¹³⁵².

752. – Puis, le revirement s'est opéré par un arrêt de principe rendu par la même première Chambre civile en date du 12 juillet 1994, dans lequel elle énonce pour censurer la cour d'appel, que : « *le devoir moral d'un enfant envers ses parents n'exclut pas que l'enfant puisse obtenir indemnité pour l'aide et l'assistance apportées dans la mesure où, ayant excédé les exigences de la piété filiale, les prestations librement fournies avaient réalisé à la fois un appauvrissement pour l'enfant et un enrichissement corrélatif des parents* »¹³⁵³.

L'arrêt de principe du 12 juillet 1994 qui fut largement approuvé¹³⁵⁴, a créé une jurisprudence constante ; il a été suivi avec grande clarté par des décisions plus récentes¹³⁵⁵.

¹³⁵² Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 1972 précit. : Bull. civ. 1, n° 88, p. 77. En l'espèce, une mère avait deux filles. L'une d'elles décéda. Celle-ci avait fait donation de tous les biens constituant sa succession à son époux. Sa seconde fille et le mari de celle-ci qui avaient hébergé et entretenu leur belle-mère, décédée par la suite, ont demandé la condamnation de l'époux, bénéficiaire de ladite donation au remboursement des dépenses qu'ils ont engagées pour l'hébergement et l'entretien de leur feuve belle-mère commune. La cour d'appel a fait droit à la demande sur le fondement de l'enrichissement sans cause. C'est après avoir constaté, dans le cadre du compte qu'il lui était demandé de faire, l'existence de l'appauvrissement d'un patrimoine, celui des époux ayant prodigué soin et entretien la feuve belle-mère, et l'enrichissement corrélatif d'un autre patrimoine, celui de l'époux dont l'épouse est prédécédée, fille de celle qui a bénéficié de leurs soins, que la cour d'appel a – valablement – fait application des règles de l'enrichissement sans cause.

Soulignons par ailleurs, que le pourvoi en cassation reprochait à la cour d'appel d'avoir fait application des règles de l'enrichissement sans cause, et qu'en le faisant elle a méconnu les limites du débat et violé les droits de la défense. Le demandeur alléguait que le moyen de droit tiré de l'enrichissement sans cause n'a jamais été invoqué dans les conclusions des demandeurs qui s'étaient bornés à prétendre qu'ils étaient subrogés dans la créance alimentaire que la mère avait de son vivant à l'égard de ses deux filles.

La Cour de cassation n'a – évidemment – pas retenu ce moyen. Elle rejeta le pourvoi en énonçant un attendu d'une construction et d'une logique *irréprochables*. Pour cet attendu, v. *supra* note 1152 sous n° 626.

¹³⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 1994 : Bull. civ. 1, n° 250, p. 181 ; Rép. Def. 1994, art. 35950, p. 1511, note X. Savatier ; D. 1995, jur. 623, note M. Tchendjou ; Rép. Def. 1995, art. 36100, p. 753, § 69, obs. Ph. Delebecque ; JCP 1995. 2. 22425, note A. Sériaux ; RTD civ. 1995. 373, obs. J. Mestre ; *ibid.* 407, obs. J. Patarin. En l'espèce, un fils a pendant plusieurs années, pris en charge ses parents, âgés et invalides, leur apportant une aide et une assistance dévouées jusqu'à leur mort. Pour cela il a renoncé à une amélioration de sa situation professionnelle. Des difficultés ont surgi entre lui et sa sœur, seuls héritiers, pour le règlement des successions. La sœur a assigné son frère en partage. Celui-ci a demandé que soit prélevée à son profit une somme sur les successions pour l'indemniser du temps et des soins qu'il avait consacrés à ses parents. Le tribunal a rejeté cette demande au seul motif qu'elle était « aussi injustifiée qu'indécente ». Devant la cour d'appel, il a fait valoir que, pour leur éviter d'être placés dans une maison de retraite, il a apporté une assistance constante à ses parents, auxquels il a sacrifié son avenir professionnel, et que son comportement a excédé les exigences de la piété filiale et a évité des dépenses. Il a fondé sa demande sur l'absence de cause de l'enrichissement ainsi procuré à la succession. Pour confirmer le rejet de la demande, la cour d'appel a retenu que l'action en enrichissement sans cause est exclue parce que les sacrifices consentis par un enfant, dont elle a admis la réalité en l'espèce, correspondent à l'exécution volontaire d'un devoir moral personnel qui en constitue la cause, et cela sans qu'il y ait lieu de distinguer si ces sacrifices excèdent « la mesure commune de la piété filiale ». La cour d'appel refuse donc le principe même de l'enrichissement sans cause puisqu'elle considère expressément que toute aide volontairement apportée à ses parents par un enfant trouve sa cause dans le devoir moral de cet enfant. L'unique moyen du pourvoi la critiquait en ce qu'elle n'avait pas retenu que la partie de l'aide excédant la commune mesure du devoir moral pouvait ouvrir droit à indemnité pour enrichissement sans cause. La première Chambre civile censura cet arrêt en énonçant l'attendu plus haut reproduit.

¹³⁵⁴ V. par ex. : X. SAVATIER, note sous l'arrêt rapporté in Rép. Def. 1994, art. 35950, pp. 1512 et s. – J. MESTRE, obs. pour l'arrêt rapporté in RTD civ. 1995. 373 – M. TCHENDJOU, note sous l'arrêt rapporté in D. 1995, jur. 625, 2^{ème} col.

Cette jurisprudence s'explique par la volonté de la Cour de cassation de faire prévaloir l'*équité* dans les relations entre cohéritiers, lorsque l'un d'eux a procuré assistance, secours et soin à l'un de ses parents et auteurs ou aux deux, *en excédant les exigences de la piété filiale*¹³⁵⁶.

L'analyse ainsi faite nous démontre que l'action en enrichissement sans cause occupe une place non négligeable dans les relations des membres d'une famille, dans le cas de secours et l'assistance exercés par un membre au profit de l'autre.

753. – Il pourrait, de prime abord, paraître surprenant, au terme des développements consacrés aux manifestations de la subsidiarité dans le domaine particulier de l'action en enrichissement sans cause, de voir que ceux-ci sont plus *importants* et plus longs que ceux consacrés aux manifestations de la subsidiarité dans le domaine général de cette action.

Il est en effet, communément admis que le domaine général d'application d'une théorie revêt une plus grande importance par rapport à son domaine particulier d'application. Or ce n'est pas de cette manière que nous envisageons la distinction entre domaine particulier et domaine général de l'enrichissement sans cause. Ce n'est pas par rapport à son importance quantitative ou à son volume que la distinction entre domaine particulier et domaine général de l'enrichissement sans cause, a été par nous adoptée. Mais c'est, au contraire, par rapport à la *spécificité* qui caractérise les matières traitées dans le domaine particulier d'application de l'enrichissement sans cause, que cette distinction a été adoptée. Celui-ci se rapportant aux relations de

¹³⁵⁵ CA Angers, 20 fév. 2008, n° de RG : 07/00465. L'arrêt relève que : « *Il est constant que M. Lucien X... a pris intégralement en charge son père à son domicile du 27 janvier 1995 au 13 mars 1996, alors que celui-ci, né le 19 novembre 1912, était devenu hémiparétique suite à une attaque cérébrale le 1^{er} novembre 1994* ». Poursuivant, il tire les conséquences de cette constatation : « *Ce faisant, il a prodigué à son père des soins excédant la simple piété filiale. Son patrimoine s'est par conséquent appauvri à raison de ces prestations, tandis que celui de son père s'est enrichi.* »

C'est de manière pertinente dans ces conditions que le tribunal a jugé qu'il pouvait prétendre, sur le fondement de l'article 1371 C.C., à une indemnité compensatrice (...) ».

CA Limoges, 24 avr. 2008, n° de RG : 06/01660. L'arrêt énonce : « *Attendu qu'il en résulte que l'assistance d'Isabelle X... pour ses parents (...), a manifestement excédé l'exécution morale de son devoir filial, ainsi que la valeur de l'indemnité d'occupation gratuite dans le délai de prescription de cinq années de l'annexe du château dont elle pourrait être redevable (...)* ». Poursuivant, il énonce que l'appelante : « *a permis d'enrichir la succession qui a ainsi pu faire l'économie d'une professionnelle au service de ses parents malades pendant de longues années (...)* ». L'arrêt en déduit : « *Qu'Isabelle X... est donc fondée à ce titre à avoir un recours à l'encontre de ses frères et à obtenir un dédommagement pour lequel la cour dispose des éléments d'appréciation pour la fixer à la somme de (...)* ».

¹³⁵⁶ Soulignons ici l'importance du rôle que jouent les juges du fond dans l'appréciation qu'ils vont faire de la mesure dans laquelle l'activité fournie par l'enfant pour l'assistance de ses parents *dépasse les exigences de la piété filiale*. C'est une appréciation assez délicate d'éléments de faits et qui peut être

travail et aux relations de famille, la subsidiarité qui s'y manifeste revêt une certaine particularité qui en conditionne et en façonne la concrétisation. On revient ici à notre idée exprimée précédemment, selon laquelle le domaine général de l'enrichissement sans cause se définirait *de manière négative* ; il serait ainsi constitué par les matières qui n'entreraient pas dans le domaine du droit du travail et du droit de la famille.

Les applications données à la subsidiarité dans l'enrichissement sans cause ayant été examinées, il nous faut à présent examiner les tempéraments que connaît actuellement la fonction classique de cette notion dans l'enrichissement sans cause.

Section 4 : Les tempéraments admis actuellement de la fonction classique de subsidiarité dans l'enrichissement sans cause.

754. – Il existe des situations où l'action en enrichissement sans cause tout en conservant son caractère subsidiaire, pourrait également remplir une fonction *complémentaire*. Il en est ainsi lorsque cette action s'applique en addition à une action en responsabilité délictuelle dans le but d'obtenir un résultat auquel l'action délictuelle n'y parvient pas, comme la restitution des profits réalisés par l'enrichi¹³⁵⁷.

Concernant cette idée de complémentarité, nous pensons que l'action en enrichissement sans cause demeure *subsidiaire* en ce qui concerne l'indemnisation de la perte subie, elle ne perd pas son caractère subsidiaire sur ce point. Mais elle acquiert au surplus *une fonction complémentaire* pour ce qui se rapporte au dédommagement des profits réalisés par l'enrichi au détriment de l'appauvri.

755. – La conception nouvelle de la subsidiarité ne serait pas l'*absence d'action* légale pour le demandeur, mais serait plutôt l'absence d'un *résultat satisfaisant* produit par cette action¹³⁵⁸. Il y a donc un *glissement* de la considération de l'existence de l'action en tant que telle, vers celle de résultat que l'action pourrait procurer au demandeur. On a par ici souligné que la notion de subsidiarité tend vers celle de *complémentarité*¹³⁵⁹, et que l'assouplissement de la notion de subsidiarité se

emprunte de *subjectivité*. Rappr. : X. SAVATIER, note précit. sous l'arrêt rapporté in Rép. Def. 1994, art. 35950, p. 1516 *in fine*.

¹³⁵⁷ Fl. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, L.G.D.J., bibl. dr. priv. tome 201, 1988, n° 658, pp. 306 *in fine* à 307. – Ch. FILIOS, thèse précit., n° 592, p. 492.

¹³⁵⁸ H. DELPLANQUE, *Enrichissement sans cause et rapports de famille*, Gaz. Pal. 1997. 1. doct. 309, spéc. p. 316. – P. MORVAN, *op. cit.*, n° 580, p. 540 et les réf. citées.

¹³⁵⁹ H. DELPLANQUE, *ibid.*, p. 316. – Rappr. : J. NGUEBOU TOUKAM, art. précit., spéc. p. 925.

manifeste en droit de la famille, sur deux plans : dans sa confrontation avec la prestation compensatoire et, dans sa confrontation avec l'institution du salaire différé¹³⁶⁰.

756. – On observe récemment une évolution du principe de subsidiarité, un *assouplissement* de la notion et son rapprochement de celle de complémentarité. Certains auteurs ont opposé la conception traditionnelle de la subsidiarité à la conception contemporaine de la subsidiarité ; c'est celle qui rejoint la notion de complémentarité¹³⁶¹.

On a ainsi avancé l'idée selon laquelle l'action en enrichissement sans cause pourrait être employée à titre *complémentaire*¹³⁶². On a alors distingué entre « subsidiarité relative » et « subsidiarité absolue »¹³⁶³.

757. – En plus du fait que l'enrichissement sans cause constitue une application exemplaire de la subsidiarité, cette théorie renferme deux questions fondamentales qui pourraient entretenir des liens étroits avec la subsidiarité et dont l'étude est intéressante à entreprendre de ce point de vue.

Deux questions fondamentales sont ainsi soulevées par cette section quatrième : la première se rapporte au comportement de l'appauvri, en l'occurrence sa faute, et l'incidence de celle-ci sur la subsidiarité de l'action et partant, sa recevabilité (sous-section 1^{ère}), la seconde se rapporte au lien entre la cause dans l'enrichissement sans cause et la subsidiarité de l'action (sous-section 2).

Sous-section 1^{ère} : La problématique de la faute de l'appauvri, son incidence sur un éventuel rejet de l'action en enrichissement sans cause.

758. – Nous avons consacré une partie de cette étude à l'examen de l'acception de la subsidiarité dans le cas où l'appauvri demandeur, qui invoque la théorie de l'enrichissement sans cause, a perdu par sa faute l'usage d'une voie de droit ou d'une action en justice qui lui était ouverte.

¹³⁶⁰ H. DELPLANQUE, art. précit., p. 314. – V. aussi : Ch. FILIOS, thèse précit., n° 543. Cet auteur estime qu'il ne semble pas que le législateur ait eu l'intention d'interdire tout recours à l'action en enrichissement sans cause.

¹³⁶¹ Et, pour les applications de la subsidiarité concrétisant véritablement l'idée de complémentarité, v. *infra* n° 1198 et s.

¹³⁶² Ch. FILIOS, thèse précit., n°s 539 et 540. L'auteur estime qu'il en est notamment ainsi lorsque, « le montant de la réparation offerte par la responsabilité contractuelle ne restitue pas à l'appauvri l'ensemble des gains constitués à son détriment », et qu'il en est également ainsi dans le cadre d'une prétention délictuelle, « pour remplir la fonction dont la responsabilité délictuelle n'est pas capable : c'est-à-dire la restitution des profits ».

¹³⁶³ Sur cette distinction préconisée par la doctrine, v. *supra* n° 96.

Mais nous pensons cependant qu'il faut étudier aussi, et de manière séparée, la question de l'incidence de la faute de l'appauvri sur l'usage et la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause au profit de celui-ci, dans le cas différent où cette faute n'est pas constituée par le fait de perdre la voie de droit normalement ouverte. Etudier séparément ces deux questions se justifie, car si la faute de l'appauvri est à l'origine de son préjudice, ce préjudice peut être causé *autrement que par la perte d'une voie de droit*. En d'autres termes, la faute de l'appauvri pourrait se présenter sous différents aspects et ne pas être constituée exclusivement par la perte d'une voie de droit.

759. – A l'appui de cette considération, nous allons procéder à l'étude de la faute de l'appauvri dans le cas *distinct* de la perte de la voie de droit normalement ouverte.

A propos de cette question, il convient d'envisager successivement, l'état du droit positif (par. 1^{er}), d'en faire une appréciation critique (par. 2), puis d'examiner le cas particulier du droit du travail cette question (par. 3), et enfin, d'apprécier le lien de la faute de l'appauvri avec la subsidiarité (par. 4).

Par. 1^{er} : L'état du droit positif sur la question : une jurisprudence des plus hésitantes.

760. – La jurisprudence sur la faute de l'appauvri est l'une des plus hésitantes et des plus divisées.

Après avoir commencé à refuser le bénéfice de l'action en enrichissement sans cause à l'appauvri, il semble qu'elle se soit – après maints volte-face et revirements – fixée aujourd'hui sur une solution contraire, qui consiste à décider que la faute de l'appauvri est *indifférente* quant au bénéfice de l'action en enrichissement sans cause. L'étude de la jurisprudence révèle *a priori* qu'on peut distinguer entre deux séries de décisions, celle dans lesquelles la faute de l'appauvri est indifférente à la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause, et celles dans lesquelles la faute de l'appauvri fait obstacle à la recevabilité de cette action. Présenter les choses de la sorte est quelque peu simpliste, la jurisprudence est complexe et parfois contradictoire. C'est pour cette raison que nous allons procéder à un travail d'analyse en suivant l'ordre chronologique des décisions.

761. – Après avoir pendant longtemps été plus ou moins tolérante face à la faute de l'appauvri, la jurisprudence a, depuis le début du 20^{ème} siècle, adopté une

solution de rejet vis-à-vis de l'action intentée par l'appauvri fautif. Il y a eu un durcissement de la position de la jurisprudence.

Dans un premier temps, la jurisprudence ancienne et les commentateurs niaient à l'appauvri fautif le bénéfice de l'action en enrichissement sans cause¹³⁶⁴.

Depuis assez longtemps, la jurisprudence est riche en exemples d'actes ou faits reprochés à des appauvris, qui aboutissent à fermer devant eux la voie de l'action en enrichissement sans cause.

762. – Il a été notamment décidé que le garagiste qui garde chez lui le véhicule d'un client, et qui entreprend de sa propre initiative des travaux sur ledit véhicule qui n'ont été ni demandés ni autorisés par le propriétaire, ne peut prétendre à l'obtention d'une indemnité d'enrichissement sans cause pour les travaux effectués¹³⁶⁵. On peut légitimement se demander ici si cette solution n'est pas également une application exemplaire du *caractère subsidiaire* de l'action en enrichissement sans cause. En effet, le garagiste disposant d'une action découlant du contrat contre son cocontractant – le propriétaire du véhicule –, ne pouvait aucunement user de l'action en enrichissement sans cause pour fausser ou contrevenir aux effets du contrat.

763. – En plus de la faute du garagiste – entrepreneur –, qui *intempestivement* procède à des travaux non prévus dans le contrat, il existe un courant jurisprudentiel bien établi qui refuse l'action en enrichissement sans cause à l'occupant qui se maintient dans les lieux *sans droit, ni titre*. Celui-ci ne peut, selon la Cour de

¹³⁶⁴ Cass. req., 22 fév. 1939 : D.P. 1940. 1. 7, note G. Ripert. En l'espèce, une société commerciale avait fourni du matériel destiné à la réparation d'un bateau-lavoir exploité par un particulier qui était, en réalité, locataire du fonds où se trouvait le bateau-lavoir. La société fournisseur du matériel n'a pu obtenir le paiement du prix du matériel de son client, le locataire du fonds. Elle assigna alors le propriétaire en paiement du coût du matériel qui lui était dû. Les juges du fond ont débouté la société de sa demande en paiement. Elle se pourvut en cassation, reprochant à la cour d'appel de lui avoir dénié une action directe contre le propriétaire du fonds. La Cour, dans l'arrêt rapporté, rejette le pourvoi se fondant notamment sur la considération que l'action directe octroyée par la loi au créancier du fonds de commerce est prévue pour le cas où l'exploitant du fonds était en même temps débiteur et propriétaire, et que surtout la société aurait dû se renseigner sur la qualité de son cocontractant. Elle énonce que : « *Le juge du fond, qui n'avait pas à faire état d'un défaut de publication du bail du fonds de commerce dont les qualités ne révèlent pas que la Société Lartaut et Pol se soit à aucun moment prévalu, constate qu'il était loisible à cette société, par consultation du registre de commerce, de connaître la véritable situation de Fourraut, et déclare qu'elle a commis une grave négligence en ne se renseignant pas, surtout à l'occasion d'un marché si important, sur la qualité de son contractant ; qu'il suit de là que l'appauvrissement de la Société Lartaut et Pol est la conséquence de l'insolvabilité de celui avec qui elle a traité et dérive de sa propre imprudence* ». – Trib. civ. Lyon, 26 mars 1943 : Gaz. Pal. 1943. 2. 27.

¹³⁶⁵ Cass. com., 8 juin 1968 : Bull. civ. 4, n° 180, p. 161 ; JCP 1969. 2. 15274, note R. Prieur. La Cour énonce que : « *Les juges d'appel retiennent à bon droit que le garagiste ne pouvait se prévaloir d'un enrichissement sans cause, en faisant abstraction de la convention qui le liait à Gougeul, pour exiger de ce dernier le paiement de travaux non prévus, dont il a pris intempestivement pris l'initiative ; que le moyen n'est donc pas plus fondé* ».

cassation, réclamer au propriétaire du fond par lui occupé, aucune indemnité pour la plus-value apportée au fond résultant de ses travaux¹³⁶⁶.

764. – L'un des commentateurs¹³⁶⁷ de ce courant jurisprudentiel, considère qu'il faut recourir à la notion de *bonne foi* pour trancher correctement les demandes fondées sur l'enrichissement sans cause lorsque l'appauvri est fautif. Il explique que la bonne foi est sous-jacente à la théorie de l'enrichissement sans cause, comme d'ailleurs à beaucoup d'autres institutions juridiques, qu'il faut donc se référer à cette notion pour déterminer le sort de l'appauvrissement subi par l'appauvri. Il propose alors de distinguer selon que l'appauvri fautif est de bonne foi ou de mauvaise foi ; sa bonne foi lui permettra d'obtenir un dédommagement pour son appauvrissement. L'auteur admettant que la bonne foi étant toujours présumée, il reconnaît quand même que dans certaines situations extrêmes, il sera embarrassant de décider si l'appauvri était de mauvaise foi ou non.

765. – On peut aussi bien se demander si cette solution ne trouve pas mieux son fondement dans la *cause* que dans la faute de l'appauvri, en ce sens qu'il existait une *cause à l'appauvrissement* du demandeur, elle résidait dans son *obstination à se maintenir dans les lieux* ou dans son *ingérence* dans les affaires d'autrui¹³⁶⁸.

766. – En ce qui concerne l'ingérence dans les affaires d'autrui, un auteur a posé comme critère de la mauvaise foi de l'appauvri, son ingérence injustifiée dans

¹³⁶⁶ Cass. civ., 28 mars 1939 : D.C. 1942. 119, note F.G. ; D.H. 1939. 289 ; Gaz. Pal. 1939. 1. 879, note anon ; S. 1939. 1. 265, note L. Audiat. La Cour énonce que : « *L'arrêt se fonde à la fois sur les dispositions de l'art. 555 C. civ., et sur les principes de l'enrichissement sans cause, pour motiver sa décision ; que l'art. 555 ne saurait recevoir son application en l'espèce (...) ; que d'autre part, le fermier connaissait le caractère temporaire de son occupation, n'a effectué les travaux d'améliorations que dans son intérêt, à ses risques et périls et en recueilli les profits au cours de sa jouissance* ». – V. dans le même sens mais qui fait référence à l'absence de bonne foi : Cass. soc., 18 mars 1954 : JCP 1954. 2. 8168, note P. Ourliac et M. de Juglart. – V. aussi pour une motivation plus abstraite et générale : Cass. soc., 15 nov. 1957 : JCP 1958. 2. 10666, note A. Joly. La Cour énonce que : « *Ne constitue pas un enrichissement sans cause l'avantage patrimonial recueilli par le bailleur à la suite de travaux de culture et d'ensemencement effectués par le preneur qui, devenu occupant sans droit ni titre à la suite d'une ordonnance de référé prononçant son expulsion, a agi à ses risques et périls* » ; « *qu'en statuant ainsi, alors que Picholou (l'occupant), qui n'ignorait pas le caractère précaire de son occupation, ne pouvait obtenir aucun dédommagement pour des travaux qu'il avait effectués à ses risques et périls et que les conditions de l'enrichissement sans cause du bailleur ne se trouvaient pas réunies, l'appauvrissement du preneur ayant eu pour cause son obstination à se maintenir dans les lieux, le Tribunal a faussement appliqué, donc violé les textes susvisés* ». Pour une application plus récente de cette jurisprudence, v. : Cass. 3^{ème} civ., 26 fév. 1992 : Bull. civ. 3, n° 64. Par ailleurs, la jurisprudence a eu l'occasion de décider, à propos du fermier qui bénéficie d'un délai de grâce et se maintient dans les lieux après l'expiration de ce délai et jusqu'à la décision lui enjoignant de quitter les lieux, que celui-ci n'a pas droit aux récoltes venues à maturité après la date lui enjoignant de quitter les lieux, mais avait droit seulement à une indemnité pour les ensemencements, v. : Cass. soc., 2 nov. 1956 : JCP 1956. 2. 9612, note J. L.

¹³⁶⁷ A. JOLY, note sous Cass. soc., 15 nov. 1957 in JCP 1958. 2. 10666.

¹³⁶⁸ Nous pouvons en effet, considérer qu'une fois le fermier ou l'exploitant agricole est expulsé par une décision de justice, son maintien dans les lieux fait de lui un occupant sans titre et ainsi toute activité qu'il entreprend sur le fonds occupé constitue de sa part une *ingérence dans les affaires d'autrui*.

les affaires d'autrui¹³⁶⁹. Selon lui, la théorie de l'enrichissement sans cause est régie par cette *règle de non-ingérence*. Nous pensons que c'est cette considération qui explique que celui qui subit un appauvrissement en s'ingérant injustement dans les affaires d'autrui, *se voit refuser cette action*. Il a agi à ses risques et périls et doit pâtir seul des retombées de ses actes. Ce même auteur explique que le refus de l'action en enrichissement sans cause au preneur qui se maintient illégalement dans les lieux se fonde sur l'idée d'*ingérence injustifiée* dans les affaires d'autrui. Autrement dit – et selon toujours ce même auteur – l'appauvrissement qui ouvrirait à l'appauvri le droit à indemnité ne devait aucunement être la conséquence d'une *ingérence injustifiée* dans les affaires d'autrui¹³⁷⁰.

767. – Cette pensée rejoint quelque peu celle d'un autre auteur¹³⁷¹ qui a posé comme critère de recevabilité de l'action en enrichissement sans cause intentée par l'appauvri fautif, celui de *bonne foi*. Déjà depuis plus d'un siècle, les commentateurs¹³⁷² d'arrêts se rapportant à l'enrichissement sans cause, ont posé que, s'il est de règle que l'individu ne doit pas s'enrichir injustement au dépens d'autrui, autrui ne devait nullement s'immiscer dans les affaires d'autres individus, en leur imposant des opérations *utiles dans l'absolu*, mais dont le résultat finit par leur *préjudicier*.

768. – Généralisant la jurisprudence relative au fermier se maintenant sans titre dans les lieux et qui s'appauvrit en agissant à ses risques et périls, la Cour de cassation en est venue à *refuser* l'action en enrichissement sans cause à tout demandeur qui s'est appauvri en agissant à *ses risques et périls*¹³⁷³, ou dans son *propre intérêt*¹³⁷⁴.

Rappr. : M. DOUCHY, *op. cit.*, n° 61, p. 138 et n° 64, p. 144. Cet auteur estime que dans de telles hypothèses, le déplacement de valeurs *n'est pas injustifié*. Sa cause réside dans le *risque* accepté par l'agent de la perte subséquente.

¹³⁶⁹ H. THUILLIER, note sous Cass. 1^{ère} civ., 18 juin 1970 in JCP 1972. 2. 17165.

¹³⁷⁰ H. THUILLIER, note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 1974 in JCP 1976. 2. 18331.

¹³⁷¹ A. JOLY, note précit. sous Cass. soc., 15 nov. 1957 in JCP 1958. 2. 10666.

¹³⁷² V. par ex. : E. NAQUET, note sous Cass. req., 23 nov. 1908 in S. 1910. 1. 427.

¹³⁷³ Cette solution résulte d'une jurisprudence ancienne, v. : Cass. civ., 28 mars 1939 précit. : D.C. 1942. 119, note F.G. ; D.H. 1939. 289 ; Gaz. Pal. 1939. 1. 879, note anon ; S. 1939. 1. 265, note L. Audiat. – V. aussi pour un arrêt de principe : Cass. 3^{ème} civ., 2 déc. 1975 : Bull. civ. 3, n° 351, p. 267. La Cour décide : « L'action "de in rem verso", admise dans le cas où le patrimoine d'une personne se trouve, sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne, ne peut trouver son application lorsque celle-ci a agi dans son intérêt et à ses risques et périls ». – V. aussi avec textuellement le même attendu de principe : Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 1976 : Bull. civ. 1, n° 300, p. 241. – V. dans le même sens mais en des termes moins généraux : Cass. 3^{ème} civ., 8 fév. 1972 : Bull. civ. 3, n° 88, p. 65 ; JCP 1972. 4. 70. – Cass. 3^{ème} civ., 16 mai 2007, n° de pourvoi : 06-17.909. – Rappr. : Cass. civ., 11 nov. 1902 : S. 1903. 1. 453.

¹³⁷⁴ V. pour un arrêt de principe : Cass. 3^{ème} civ., 31 janv. 1969 : Bull. civ. 3, n° 98, p. 77. – V. aussi : Cass. 3^{ème} civ., 7 juin 1974 : Bull. civ. 3, n° 240, p. 182. – Cass. com., 25 janv. 1978 : Bull. civ. 4, n° 35,

769. – Dans cette optique, il est important de distinguer entre la faute de l'appauvri et l'intérêt personnel qu'aurait celui-ci dans l'appauvrissement ; *ces éléments sont tout à faits autonomes*¹³⁷⁵. Et si la Cour de cassation va par la suite – comme nous le verrons – modifier sa jurisprudence sur la faute de l'appauvri, celle qui est relative à l'intérêt personnel de l'appauvri *va demeurer inchangée*¹³⁷⁶.

770. – Malgré une jurisprudence qui dans son ensemble refusait à l'appauvri fautif le bénéfice de l'action en enrichissement sans cause, on pouvait déceler des décisions rendues *en sens contraire*. C'est ainsi que la Chambre commerciale a opéré un revirement de jurisprudence et n'a pas refusé, dans une décision de 1967, à une banque qui a égaré un chèque, le bénéfice de cette action¹³⁷⁷. Il est intéressant de remarquer que dans cet arrêt, il n'est aucunement fait mention ni même allusion à la *faute* ou au *comportement fautif* de la banque, mais il y est simplement dit qu'il y a eu « perte d'un chèque ». On comprend que la Chambre commerciale ne considérait pas *a priori* qu'un tel agissement, en l'occurrence la perte d'un chèque, constituât une faute bien qu'il fût assurément constitutif d'une *négligence fautive*. L'annotateur de l'arrêt approuvait la solution donnée par la Cour¹³⁷⁸, car estimait-il, aucune cause ne légitimait le transfert de valeur du patrimoine de la banque vers celui du tireur, ainsi qu'aucune règle d'équité ne permettait que le tireur profitât de la *faute de la banque* pour s'enrichir. Nous pensons pourtant que cette solution *ne s'imposait pas avec une telle évidence*, car si l'on s'en tient à la *qualité de professionnel* du banquier, la faute ne devait – pensons-nous – pas demeurer sans influence sur la solution à donner au

p. 27. – Cass. 1^{ère} civ., 24 sept. 2008 : Bull. civ. 1, n° 212 ; Dr. et Pat. fév. 2009, n° 178, pp. 42 à 44, note V. Edel ; RTD civ. 2008. 660, obs. J. Hauser .

¹³⁷⁵ En ce sens : M.-P. PEIS, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 fév. 2003 in D. 2004, jur. 1766, spéc. p. 1768. Cet auteur parle de « conditions » de la théorie de l'enrichissement sans cause, alors qu'il ne s'agit pas ici de conditions.

¹³⁷⁶ La jurisprudence suivie en matière de concubinage, constitue une des meilleures illustrations sur l'intérêt – personnel – de l'appauvri dans l'enrichissement sans cause. Sur cette jurisprudence, v. *supra* n° 721.

¹³⁷⁷ Cass. com., 21 nov. 1967 : JCP 1969. 2. 15778, obs. C.G. La Cour énonce : « Selon les énonciations de l'arrêt attaqué, le paiement du chèque à Ben Mergui (le bénéficiaire) par la banque N..., que la cour d'appel ordonne, a pour effet de libérer Amsellem (le tireur) de sa dette envers Ben Mergui ; qu'il en résulte que, dans ses rapports entre la Banque N... et Amsellem, ce dernier s'enrichirait sans cause au détriment de la Banque s'il ne lui rembourserait pas le montant du chèque ; que par ces motifs (...), la décision de l'arrêt est justifiée ». En l'espèce, une banque égaré un chèque qui lui avait été remis pour encaissement. Sa responsabilité contractuelle de mandataire a été de ce chef retenue à bon droit par l'arrêt attaqué. La banque après avoir indemnisé le bénéficiaire du chèque égaré, se retournait, en effet contre le tireur. Car ce dernier se trouvait libéré du fait du règlement effectué par la banque fautive. Le tireur déniait tout recours en garantie de cette dernière contre lui, motif pris de ce qu'aucun lien juridique n'existe entre le tireur d'un chèque et le mandataire du bénéficiaire. La Cour rejette cette allégation et condamne le tireur à payer à la banque le montant du chèque sur le fondement de l'action en enrichissement sans cause.

litige. Dans cette perspective, un auteur analysant la jurisprudence, constate qu'elle rejette l'action de l'appauvri lorsque celui-ci a commis des fautes *nettement caractérisées*¹³⁷⁹ ; et qu'elle n'accorde de considération qu'à la *personne* de l'auteur de la faute, en ce sens que l'appréciation de la faute se fait plus sévèrement d'autant plus qu'elle est commise par un *professionnel*¹³⁸⁰.

771. – Après qu'eût régné un courant jurisprudentiel qui refusait, à l'exception de quelques rares décisions, à l'appauvri fautif le bénéfice de l'action en enrichissement sans cause, la Cour de cassation a, *pour la première fois*, avancé que *l'absence de faute* de l'appauvri est une *condition de recevabilité* de cette action¹³⁸¹. Ceci résulte d'un arrêt de cassation de la première Chambre civile du 22 octobre 1974¹³⁸². Cette décision a suscité, à *juste titre*, la critique. Un auteur l'a critiqué au motif principal que la Cour de cassation n'avait jusque-là aucunement rangé l'absence de faute de l'appauvri parmi les conditions de recevabilité de cette action¹³⁸³. S'appuyant sur des exemples jurisprudentiels, il souligne que dans les espèces où le refus de l'action a été décidé par la jurisprudence, il existait une *relation étroite* entre la faute de l'appauvri et l'enrichissement corrélatif survenu à l'enrichi. C'est, selon le même auteur, l'existence de cette relation étroite entre la faute commise par l'appauvri et l'enrichissement advenu au défendeur qui fonde et justifie le rejet de l'action et elle faisait défaut dans l'arrêt du 22 octobre 1974. Il estime que la faute de l'appauvri ne peut être comprise parmi les conditions de

¹³⁷⁸ C.G. note sous Cass. com., 21 nov. 1967 in JCP 1969. 2. 15778. L'annotateur approuve par ailleurs, la solution de l'arrêt car il considère – ce qui est au surplus vrai –, que la Cour de cassation a fait une juste application du principe de subsidiarité qui gouverne l'action en enrichissement sans cause.

¹³⁷⁹ M. LECENÉ-MARÉNAUD, art. précit., n^{os} 19 et 20.

¹³⁸⁰ M. LECENÉ-MARÉNAUD, *ibid.*, n^{os} 19 et 20.

¹³⁸¹ A. HONORAT, obs. sous Cass. com., 5 fév. 1980 in D. 1980, IR. 404.

¹³⁸² Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 1974 : Bull. civ. 1, n^o 272, p. 233 ; D. 1975, somm. 34 ; JCP 1976. 2. 18331, obs. crit. H. Thuillier ; RTD civ. 1975. 705, obs. Y. Loussouarn. Les faits se présentaient ainsi : un notaire avait convenu avec son confrère de lui céder son office au prix de 180 000 F. Ce dernier lui remit immédiatement cette somme et reçut de lui, en contrepartie, une reconnaissance de dette d'un égal montant. Qu'un important passif existait à la charge de l'office notarial, le cédant et sa famille étant ruinés, ils n'ont pu régler le montant des dettes de sorte que la cession projetée n'a pu être réalisée. Un jugement du 2 février 1968 a condamné le cédant à rembourser au cessionnaire la somme payée comme prix anticipé, et à lui verser des dommages-intérêts. Ce jugement n'a pu être exécuté. Le cessionnaire décéda, sa veuve a alors fait assigner la Caisse régionale de garantie des notaires devant la cour d'appel de Toulouse tant en vertu des articles 11 et 12 du décret du 20 mai 1955 que sur le fondement de l'action en enrichissement sans cause. La cour de Toulouse a déclaré recevable l'action en enrichissement sans cause et a condamné la Caisse régionale à verser aux ayants droit du cessionnaire 149 999.90 F. La cour s'est fondée sur l'absence de cause car selon elle, la cession étant devenue impossible à réaliser, la somme versée l'a été sans cause. Un pourvoi en cassation ayant été introduit, la première Chambre civile casse l'arrêt en énonçant : « *La cour d'appel, tout en caractérisant la faute de X... qui est à l'origine de son appauvrissement, a cependant déclaré les ayants droit de celui-ci bien fondés à exercer contre la Caisse régionale l'action "de in rem verso" qu'elle a ainsi violé les texte et principe susvisés* ».

¹³⁸³ H. THUILLIER, note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 1974 in JCP 1976. 2. 18331.

recevabilité de l'action¹³⁸⁴, car aucune raison ne le justifie et la faute pourrait justifier le rejet de l'action lorsque celle-ci retentit sur la situation de l'enrichi¹³⁸⁵. Nous retrouvons dans ce raisonnement l'idée première avancée par ce même auteur et qui est celle du *lien de causalité* entre la faute commise et l'enrichissement survenu.

772. – Dans son commentaire de ce même arrêt du 22 octobre 1974, et du point de vue plus général concernant la faute de l'appauvri, cet auteur estime qu'inclure la celle-ci, ou – plus exactement parlant – l'absence de faute de l'appauvri parmi les conditions de l'enrichissement sans cause, consiste à *moraliser* le recours à cette institution¹³⁸⁶. En ce sens que, l'appauvrissement devait être *injuste* et il cesserait de l'être s'il a été *causé* par la faute du demandeur en enrichissement sans cause. L'auteur estime que cette condition supplémentaire conduit à infléchir sans nécessité les principes de l'action en enrichissement sans cause.

773. – Certains estimèrent, au contraire, que l'idée que la cause de l'appauvrissement puisse être constituée par une faute de l'appauvri qui le légitime, se *justifie* à la fois moralement et juridiquement¹³⁸⁷.

774. – Adoptant de même un point de vue se rattachant à l'aspect moral de la faute de l'appauvri, d'autres ont pu estimer que la faute de l'appauvri peut avoir une *double fonction* dans l'action en enrichissement sans cause : la première, c'est celle de permettre le rejet de cette action, la deuxième, c'est qu'elle d'aboutir à une *subjectivisation* des conditions de recevabilité de cette action¹³⁸⁸. Il s'agit donc d'une *fonction punitive* en premier lieu, et, d'une *fonction moralisatrice* en second lieu. Cette dernière fonction implique un *jugement de valeur* sur le caractère critique ou non du comportement de l'appauvri¹³⁸⁹.

775. – D'autres ont au contraire, estimé que la condition d'absence de faute posée par la jurisprudence comme condition à la recevabilité de l'action *n'apparaît pas inhérente à la théorie de l'enrichissement sans cause*¹³⁹⁰, ou est *critiquable*¹³⁹¹,

¹³⁸⁴ V. dans le même sens : J.-C. SAINT-PAU, note sous Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 1998 in D. 1998, jur. 427. – V. aussi : M. RIBEYROL-SUBRENAT, note sous Cass. com., 19 mai 1998 in D. 1999, jur. 407. Cet auteur estime que si l'absence de faute n'est pas exigée comme condition d'exercice de l'action en enrichissement sans cause, rien n'empêche qu'il puisse parfois en être ainsi.

¹³⁸⁵ L'arrêt précité a quand même trouvé en doctrine des échos positifs, un éminent auteur en a approuvé la solution ; il a considéré qu'elle incite la doctrine à présenter l'absence de faute comme une *véritable condition* de l'action en enrichissement sans cause : LOUSSOUARN, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 1974 in RTD civ. 1975. 705.

¹³⁸⁶ H. THUILLIER, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 1974 in JCP 1976. 2. 18331.

¹³⁸⁷ M. LECENE-MARÉNAUD, *Le rôle de la faute dans les quasi-contrats*, RTD civ. 1994. 515, spéc. n° 21.

¹³⁸⁸ M. LECENE-MARÉNAUD, art. précit., p. 515, n° 7.

¹³⁸⁹ M. LECENE-MARÉNAUD, *ibid.*, n° 9.

¹³⁹⁰ D. J. PAREDES LEITE de CAMPOS, thèse précit., p. 247, qui distingue entre enrichissement sans cause et responsabilité.

et, que le principe de la restitution intégrale du dommage ou de la prestation fournie ne devait pas être remis en cause par des *considérations subjectives* comme l'exigence d'une absence de faute¹³⁹².

776. – Cependant, et malgré l'impact de l'arrêt précité du 22 octobre 1974, décision qui a eu un grand retentissement, on pouvait observer que la Chambre commerciale *perdurait* dans sa position, qui consistait à *ne pas priver celui qui enrichi autrui en commettant une imprudence ou une négligence du bénéfice de l'action en enrichissement sans cause*. C'est ainsi qu'elle a réaffirmé cette position, dans un arrêt très remarqué du 23 janvier 1978, où une banque avait payé des chèques, bien que sa cliente l'ait informée que les pouvoirs du signataire desdits chèques avaient été révoqués par elle¹³⁹³.

777. – La même affaire qui a donné lieu à l'arrêt précité de la première Chambre civile du 22 octobre 1974, fit ultérieurement, l'objet d'autres procès dans lesquels cette – même – formation de la Cour de cassation suivit la même solution que celle adoptée dans son arrêt de 1974¹³⁹⁴. Celle-ci inaugura, au surplus, un courant jurisprudentiel qui fut suivi par d'autres formations de la Haute juridiction. C'est alors que, après avoir longtemps résisté à la jurisprudence initiée par l'arrêt précité du 22 octobre 1974 et, presque dix ans après sa décision du 23 janvier 1978 confirmant son arrêt de revirement du 21 novembre 1967¹³⁹⁵, la Chambre commerciale *se rallia* à la jurisprudence de la première Chambre civile et refusa dans un arrêt du 16 juillet

¹³⁹¹ A.-M. ROMANI, *La faute de l'appauvri dans l'enrichissement sans cause et dans la répétition de l'indu*, D. 1983, chron. 127, spéc. p. 128.

¹³⁹² C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *op. cit.*, n° 748.

¹³⁹³ Cass. com., 23 janv. 1978 : Bull. civ. 4, n° 28, p. 22 ; D. 1978, IR. 273, obs. M. Cabrillac ; JCP 1980. 2. 19635, obs. H. Thuillier ; Rép. Def. 1979, art. 31928, p. 377, n° 8, obs. J.-L. Aubert. En l'espèce, la cour d'appel avait rejeté l'action en enrichissement sans cause intentée par la banque qui faisait valoir qu'en payant les chèques, elle avait éteint des dettes de sa cliente et était fondée à exercer contre celle-ci cette action. Le motif de ce rejet fut, que c'est l'omission par la banque d'exécuter les instructions de sa cliente qui est la cause de son appauvrissement. L'arrêt fut inévitablement censuré. La décision est rendue au visa de l'article 1371 C.C. et des principes régissant l'enrichissement sans cause.

¹³⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 1979 : Bull. civ. 1, n° 110, p. 89 ; D. 1979, IR. 408, obs. G. Chesné. Dans cette décision, qui se rapportait à l'affaire du notaire qui s'est appauvri pour avoir versé de manière anticipée le prix de cession d'un office notarial à son confrère, contrevenant aux règles de la profession de notaire, la première Chambre civile appliqua la même solution que celle du 22 octobre 1974. Cependant, on pouvait lire dans l'attendu principal une allusion au *lien de corrélation* entre la faute et l'enrichissement survenu et l'appauvrissement éprouvé – plus précisément l'absence de ce lien de corrélation –, question qui a suscité, comme déjà dit, les critiques de la doctrine. La Cour énonce : « *C'est à bon droit que la cour d'appel, qui a constaté que Carayon (le futur cessionnaire), agissant dans son propre intérêt et à ses risques et périls, avait versé, en infraction aux règles de la profession notariale, une somme de 180 000 F, soit à titre d'acompte sur le prix de cession, soit à titre de prêt non constaté par acte authentique, avait commis une faute qui, même si elle n'a pas eu un retentissement direct sur l'enrichissement de la Caisse de garantie, était à l'origine de son propre appauvrissement et privait dès lors ses héritiers du bénéfice de l'action de in rem verso* ».

¹³⁹⁵ Sur cette décision, v. *supra* note 1377 sous n° 770.

1985, le bénéficiaire de l'action en enrichissement sans cause à une banque qui avait, suite à une erreur de service, payé un chèque sans provision¹³⁹⁶. La motivation de l'arrêt est analogue à celle adoptée par la première Chambre civile dans son arrêt du 22 octobre 1974¹³⁹⁷, ce qui montre sans doute, l'influence exercée par le courant jurisprudentiel inauguré par cette décision.

778. – Cette influence ainsi exercée par la première Chambre civile sur la Chambre commerciale, s'est manifestée également dans d'autres décisions *étrangères au domaine bancaire*. C'est alors, dans un arrêt du 5 février 1980¹³⁹⁸, qu'elle a cassé l'arrêt d'appel ayant accueilli l'action en enrichissement sans cause intentée contre la masse des créanciers, par une société, sous-traitante, qui a exécuté des travaux de rénovation d'un local commercial au profit d'une société mise en règlement judiciaire, au motif que son appauvrissement était *la conséquence de sa faute* car elle avait traité avec celle-ci en *méconnaissance du jugement ayant prononcé le règlement judiciaire* de cette dernière et, dont elle *ne pouvait ignorer l'existence*.

779. – Le revirement de jurisprudence de la Chambre commerciale opéré dans son arrêt précité du 16 juillet 1985, fut réaffirmé dans d'autres arrêts¹³⁹⁹.

Et le courant de jurisprudence initié par l'arrêt précité de la première Chambre civile du 22 octobre 1974, ayant posé l'absence de faute de l'appauvri en *condition de recevabilité* de l'action enrichissement sans cause fut, *malheureusement*, réitéré dans d'autres décisions¹⁴⁰⁰.

780. – Mais, après avoir pendant longtemps refusé à l'appauvri fautif le bénéficiaire de l'action en enrichissement sans cause, voici que la Cour de cassation opère un – premier – revirement. Sa première Chambre civile décide, dans un arrêt

¹³⁹⁶ Cass. com., 16 juill. 1985 : Bull. civ. 4, n° 215, p. 178 ; D. 1986, jur. 393, note J.-L. A ; RTD civ. 1986. 109, obs. J. Mestre.

¹³⁹⁷ La Cour énonce que : « *La cour d'appel, tout en caractérisant la faute de la caisse régionale de Crédit agricole qui est à l'origine de son appauvrissement, a cependant déclaré celle-ci bien fondée à exercer contre M. Roujon (le tireur) l'action "de in rem verso" ; qu'elle a ainsi violé le texte et les principes susvisés* ».

¹³⁹⁸ Cass. com., 5 fév. 1980 : Bull. civ. 4, n° 56, p. 45 ; D. 1980, IR. 404, obs. A. Honorat.

¹³⁹⁹ V. par ex. : Cass. com., 24 fév. 1987 : Bull. civ. 4, n° 50, p. 36 ; JCP 1987. 4. 150 ; D. 1989, somm. 196.

¹⁴⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 1989 : Bull. civ. 1, n° 21. – Cass. soc., 3 juill. 1990 : Bull. civ. 5, n° 337, p. 201 ; D. 1990, IR. 186. Ceci est un arrêt de *principe*, dans lequel la Cour énonce que : « *selon l'article 1371 C.C. et les principes de l'enrichissement sans cause, la faute de l'appauvri le prive du bénéfice de l'action de in rem verso* ». Remarquons par ailleurs, que cet arrêt de principe concerne cette fois, la Chambre sociale de la Cour de cassation. – Cass. com., 4 juin 1991 : D. 1993, somm. 58 (1^{ère} espèce). Cet arrêt qui concerne le contentieux bancaire, nous rappelle l'arrêt précité de la – même – Chambre commerciale du 23 janvier 1978 (v. *supra* note 1393 sous n° 776), qui a consacré une solution *tout à fait contraire*. – Cass. com., 18 mai 1999 : Bull. civ. 4, n° 104, p. 84 ; JCP (E) 1999, pan. 1127, obs. P. Morvan ; D. 1999, IR. 157.

du 11 mars 1997¹⁴⁰¹, que celui qui s'appauvrit par suite d'une *négligence n'est pas privé du bénéfice de l'action en enrichissement sans cause*. Il est intéressant de remarquer que l'appauvri en question était un établissement bancaire, à l'instar des espèces qui ont été soumises à la Chambre commerciale de la Cour de cassation et ont donné lieu aux arrêts précités du 21 novembre 1967 et 23 janvier 1978.

781. – Peu de temps après, la première Chambre civile maintint sa nouvelle jurisprudence dans une décision du 3 juin 1997¹⁴⁰². Si l'arrêt en question, qui statue sur un cas d'imprudence de la part de l'appauvri, est d'un grand apport au regard de l'acception de la subsidiarité de l'action¹⁴⁰³, il n'en est cependant pas de même en ce qui concerne sa position vis-à-vis de la faute de l'appauvri. L'annotateur de l'arrêt souligne que la position d'indifférence adoptée par l'arrêt sur ce point, mériterait d'être nuancée¹⁴⁰⁴. Cet arrêt a cependant été critiqué par d'autres auteurs¹⁴⁰⁵.

Déjà, plusieurs années avant la décision du 3 juin 1997, un auteur avait considéré que la faute de l'appauvri *ne peut pas faire obstacle à l'action en enrichissement sans cause*¹⁴⁰⁶. Au surplus, elle est, selon lui, en parfaite *compatibilité* avec le principe de subsidiarité de cette action.

Et sur ce point, d'autres ont soutenu une opinion tout à fait contraire ; estimant que c'est *le caractère subsidiaire de cette action qui devait en interdire l'exercice*¹⁴⁰⁷.

782. – On aurait pensé que la jurisprudence de la Cour de cassation se serait fixée dans le sens de la recevabilité au profit de l'appauvri fautif de l'action en enrichissement sans cause. Ceci devait être surtout vrai en ce qui concerne *en particulier*, sa première Chambre civile, pour laquelle, avec deux décisions qui se

¹⁴⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 1997 : D. 1997, jur. 407, note M. Billiau ; RTD civ. 1999. 105, obs. J. Mestre. Les circonstances de l'espèce se présentaient ainsi : le directeur de la Banque SOFIB avait remis à une SCI un chèque d'un montant de 2 500 000 F employé à l'acquisition de droits immobiliers. Aucun acte de prêt n'ayant été dressé ni aucune reconnaissance de dette établie, la banque agissait en restitution des fonds. L'action de la banque avait été accueillie sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Dans l'arrêt qui se présente comme un arrêt de principe, la Cour énonce : « *Le fait d'avoir commis une imprudence ou une négligence ne prive pas celui qui en s'appauvrissant a enrichi autrui de son recours fondé sur l'action en enrichissement sans cause* ».

¹⁴⁰² Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 1997 précit. : Bull. civ. 1, n° 182, p. 122 ; D. aff. 1997. 829 ; JCP 1998. 2. 10102, G. Viney ; RTD civ. 1997. 657, obs. J. Mestre ; *ibid.* 1999. 105, obs. J. Mestre. L'arrêt reprend textuellement l'attendu de l'arrêt de la première Chambre du 11 mars 1997 cité *supra* note 1401. Il est donc inutile de le reproduire et nous renvoyons à l'arrêt précité du 11 mars 1997. Sur les faits ayant donné lieu à cet arrêt, v. *supra* note 188 sous n° 100.

¹⁴⁰³ Plus précisément il s'agit de l'acception *nouvelle* de la subsidiarité, sur ce point v. *supra*, n°s 94 et s.

¹⁴⁰⁴ G. VINEY, note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 1997 précit. in JCP 1998. 2. 10102, p. 1159.

¹⁴⁰⁵ V. par ex. : Ch. FILIOS, thèse précit., n° 544. Cet auteur a estimé que cette espèce doit être restituée aux règles du mandat qui régissent les relations entre un vendeur et un commissaire-priseur, en l'occurrence les articles 1999 et 2000 C.C.

¹⁴⁰⁶ H. PERINET-MARQUET, art. précit., spéc. n°s 22 à 28.

¹⁴⁰⁷ V. par ex. : G. BONET, *La condition d'absence d'intérêt personnel et de faute chez l'appauvri pour le succès de l'action "de in rem verso"*, in Mélanges Pierre Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 59, spéc. p. 67.

suivent rendues dans le même sens, on aurait pensé qu'elle se serait fixée définitivement pour une solution *détachant* la faute de l'appauvri de la recevabilité à son profit de l'action en enrichissement sans cause.

Or il n'en est rien, et des variations de jurisprudence, se sont, peu de temps après, faites observer pour la première Chambre civile aussi bien que pour la Chambre commerciale de la Haute juridiction.

783. – Cette dernière a, par un arrêt de cassation très remarqué du 19 mai 1998, refusé au demandeur *coupable de dol* le bénéfice de l'action en enrichissement sans cause¹⁴⁰⁸. Or, il faut ici s'efforcer de le voir ; la contradiction n'est qu'*apparente* et il ne s'agit pas véritablement d'un revirement puisque le demandeur *s'était rendu coupable de dol*. De prime abord, on aurait pensé que cette solution devait s'imposer avec évidence, car il s'agissait d'un *acte dolosif* imputable au demandeur, et le dol est en général sévèrement sanctionné dans le droit des obligations et des contrats. Une extension des solutions applicables en matière d'obligations et de contrats au demandeur auteur du dol en matière d'enrichissement sans cause, *ne devait donc pas surprendre*. Il faut donc admettre l'intérêt qui s'attache à l'arrêt, dans la mesure où la question de l'incidence de la faute de l'appauvri demeure problématique pour les tribunaux, et la jurisprudence y apporte des réponses floues et difficilement conciliables¹⁴⁰⁹.

784. – La jurisprudence dérogoratoire à la ligne tracée par l'arrêt précité du 3 juin 1997 et résultant de l'arrêt du 19 mai 1998, est à *rapprocher* d'un arrêt rendu par

¹⁴⁰⁸ Cass. com., 19 mai 1998 : D. aff. 1998. 1252, note S. P. ; D. 1999. jur. 406, note M. Ribeyrol-Subrenat ; RTD civ. 1999. 105, obs. J. Mestre. En l'espèce, une société (la UGC) acquiert, par acte sous seing privé du 18 février 1992, un fonds de commerce de matériels des cinémas "Forum Orient Express" pour un prix de 3 000 000 fr., et reçoit du cédant un exemplaire du bail commercial. Or, peu de temps après, la société cessionnaire apprend que ce bail a été rompu par l'effet d'une clause résolutoire et qu'un jugement du 28 janvier 1992 a même ordonné l'expulsion du locataire. Celle-ci (la société UGC) intenta une action en annulation pour réticence dolosive, la société cessionnaire ne lui avait pas révélé l'exécution de la clause résolutoire contenue dans le contrat ni le jugement prononcé à l'encontre du locataire. La nullité de la cession du fonds pour réticence dolosive ayant vicié le consentement du cessionnaire fut prononcée en première instance. La cour d'appel de Paris infirma partiellement le jugement du tribunal, en ce sens qu'elle retint la réticence dolosive mais refusa la restitution intégrale du prix initial au motif que celle-ci ferait profiter la société cessionnaire d'un enrichissement partiellement sans cause dans la mesure où elle avait exploité de fait la salle de cinéma depuis le mois de février 1992, date de la conclusion de la vente du fonds, jusqu'à son expulsion effective par exécution de la décision de justice du 28 janvier 1992. La Chambre commerciale casse l'arrêt d'appel sur ce point, elle énonce sous le visa de l'article 1371 C.C. que : « Pour décider que la société UGC (la cessionnaire) ne pouvait prétendre à la restitution intégrale des sommes qu'elle avait versées lors de la cession du fonds de commerce, l'arrêt énonce que cette restitution la ferait profiter d'un enrichissement partiellement sans cause dans la mesure où elle exploite de fait la salle de cinéma depuis le mois de février 1992 et qu'elle bénéficie de fait d'une option évidente à devenir locataire de la société civile du Forum ; qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la société Agora (la cédante) s'était rendue coupable de dol, et sans en déduire que cette faute la privait de l'action de in rem verso, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

¹⁴⁰⁹ M. RIBEYROL-SUBRENAT, note sous Cass. com., 19 mai 1998 précit. in D. 1999. jur. 407.

la cour d'appel de Rennes en date du 26 février 1998¹⁴¹⁰, où une banque a exécuté un virement au profit d'un tiers sur simple appel téléphonique, *sans s'assurer* de l'identité du donneur d'ordre et sans vérifier s'il a reçu mandat du titulaire du compte décédé dix mois auparavant, ce qui constitue une *faute professionnelle inexcusable*. Celle-ci fut – bien entendu – la raison pour laquelle on *refusât* à la banque le bénéfice de l'action en enrichissement sans cause.

Rappelons à cet égard qu'en droit des obligations et des contrats, la faute inexcusable est *assimilable au dol*, il est donc logique que la solution réservée à l'appauvri coupable de dol soit *la même* que celle qui s'applique à l'appauvri *qui a commis une faute inexcusable*.

785. – Concernant l'élément intentionnel de la faute de l'appauvri et sa relation avec un éventuel rejet de l'action intentée par celui-ci ; un auteur a proposé comme critère pour fonder le rejet ou l'accueil de l'action en enrichissement sans cause à l'appauvri fautif de distinguer entre les fautes *conscientes* et les fautes *inconscientes*¹⁴¹¹. Selon cet auteur, seules ces dernières permettent à l'appauvri d'intenter l'action en enrichissement sans cause et d'être indemnisé de son appauvrissement.

786. – Nous ne pensons pas que cette distinction puisse suffire à fonder le critère de rejet ou d'accueil de l'action en enrichissement sans cause au demandeur fautif, il ne faut pas se contenter de l'élément intentionnel de la faute pour justifier le rejet de l'action, mais bien, aller au-delà et s'en tenir au comportement dolosif du demandeur appauvri.

En effet, nous pensons qu'à la lumière de la jurisprudence du 19 mai 1998, il faut considérer qu'il est désormais acquis que le demandeur en enrichissement sans cause qui est coupable de dol *devait absolument se voir refuser cette action*. Par conséquent, insistons encore sur le fait que si une impression de contradiction par rapport aux précédents arrêts se dégage de cette jurisprudence, cette impression n'est *qu'apparente* eu égard à la *nature dolosive* du comportement imputable à l'appauvri, demandeur à l'action en enrichissement sans cause. L'orientation de jurisprudence tracée par l'arrêt précité du 19 mai 1998 indique de la part de la Cour de cassation, une *volonté de moraliser les rapports dans un lien d'enrichissement et d'appauvrissement corrélatif*.

¹⁴¹⁰ CA Rennes, 26 fév. 1998 : JCP 1998. 4. 3433 ; Juris-Data n° 042015.

787. – Peu de temps après, la première Chambre civile manifesta de même des changements dans sa jurisprudence, et revint à une solution *contraire* à celle de sa décision précitée du 3 juin 1997. Ce fut dans un arrêt du 15 décembre 1998, qui se présente comme une décision de principe, et dans lequel elle énonce que, « *l'action "de in rem verso" ne peut être exercée lorsque l'appauvrissement résulte d'une faute du demandeur* »¹⁴¹². Cet arrêt *contredit franchement* les deux arrêts précités du 11 mars et 3 juin 1997. On se demande quelle portée lui attribuer au regard de ces arrêts, d'autant plus que dans l'espèce jugée il s'agissait d'une *faute délibérée* imputable à l'appauvri alors que dans les arrêts précédents il ne s'agissait que d'*actes d'imprudence* imputables aux appauvris. Notre interrogation sur le sens et la portée de l'arrêt sont d'autant plus légitimes que, quelques jours plus tôt, la deuxième Chambre civile a, dans un arrêt du 2 décembre 1998, censuré l'arrêt d'appel qui avait refusé le bénéfice de l'action en enrichissement sans cause à une société ayant omis, *de manière fautive*, de souscrire une déclaration d'accident de travail dans le délai prévu à l'article R. 441-3 CSS¹⁴¹³.

¹⁴¹¹ H. PERINET-MARQUET, art. précit., n° 35.

¹⁴¹² Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 1998 : Bull. civ. 1, n° 363, p. 250 ; D. 1998, jur. 425, note J.-C. Saint-Pau ; RTD civ. 1998. 400, n° 20, obs. J. Mestre ; JCP 1999. 4. 1250 ; D. 1999, IR. 27 ; D. Aff. 1999. 290, obs. J. F. ; Rép. Def. 1999, art. 36953, p. 377, §18, obs. J.-L. Aubert ; LPA n° 35 du 18 fév. 1999, p. 5.

¹⁴¹³ Cass. 2^{ème} civ., 2 déc. 1998 : Bull. civ. 2, n° 289, p. 175 ; JCP 1999. 4. 1128 ; LPA n° 35 du 18 fév. 1999, p. 6 ; RTD civ. 1999. 105, obs. J. Mestre. En l'espèce, un salarié d'une société aux droits de laquelle s'est trouvée plus tard une autre société, avait été victime d'un accident mortel de la circulation dont le salarié d'une société tierce, assurée par l'UAP, fut reconnu responsable. Or l'employeur de la victime *omit* de souscrire une déclaration d'accident de travail dans le délai prévu à l'article R. 441-3 CSS, et fut donc déclaré tenu, par le tribunal des affaires de sécurité sociale, de payer à la CPAM (caisse primaire d'assurance maladie), en application de l'article L. 471-1 du même Code, une somme représentant le montant des prestations fournies par la caisse aux ayants droit de la victime à la suite de l'accident, après déduction d'une autre versée par l'UAP à la caisse en application d'un protocole d'accord passé entre caisses et assureurs. La société qui s'est trouvée aux droits de la société employant la victime assigna alors la veuve de celui-ci, la CPAM, l'employeur du salarié responsable et l'UAP pour voir, notamment, condamner ces derniers à verser à la CPAM le montant des prestations fournies par cette caisse aux ayants droit de la victime. Les juges du fond la déboutèrent en précisant que l'obligation dont elle avait été tenue de rembourser à la CPAM une partie des prestations versées par celle-ci résultait, non pas de l'accident lui-même, mais de son absence de déclaration de l'accident de travail dans le délai requis, c'est-à-dire d'une négligence de sa part. On retrouve dans ce motif la solution – critiquable – adoptée par l'arrêt précité de la première Chambre civile du 22 octobre 1974 (v. *supra* note 1382 sous n° 771). La deuxième Chambre civile a exercé sa censure en visant l'article 1382 C.C. ainsi que les principes régissant l'enrichissement sans cause. Elle se prononça en ses termes : « *Qu'en statuant ainsi, alors que, par une décision pénale, devenue définitive, M. Y, salarié de la société SACER, avait été déclaré seul responsable des conséquences dommageables de l'accident litigieux et que la négligence commise par la société GFT ne la privait pas de son recours fondé sur l'enrichissement sans cause de l'autre société, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte et des principes susvisés* ».

L'article R. 441-3 CSS dispose en son alinéa premier, que :

« La déclaration de l'employeur ou l'un de ses préposés prévue à l'article L. 441-2 doit être faite par lettre recommandée, avec demande d'avis de réception, dans les quarante-huit heures non compris les dimanches et jours fériés ».

Alors que l'article L. 471-1 en question dispose en son deuxième alinéa qui seul nous intéresse ici, que :

788. – Au vu de ces décisions qui *apparemment* se contredisent, on se demande s'il est possible de pouvoir les concilier.

L'arrêt du 15 décembre 1998 a reçu l'assentiment des commentateurs. Certains ont estimé qu'il ne contredit qu'*apparemment* ceux qui l'ont précédé car la différence réside dans la *consistance des fautes incriminées*¹⁴¹⁴. Dans cet arrêt il s'agissait d'une *faute délibérée*, alors que ce n'était pas du tout le cas dans les deux arrêts du 11 mars et 3 juin 1997. On a alors préconisé, et dans un impératif d'équité, que ne soit pénalisé que l'auteur d'une *faute caractérisée*¹⁴¹⁵, et certains ont souligné que l'auteur d'une faute caractérisée ne s'est pas simplement *exposé au risque d'appauvrissement*, mais a franchement *causé* cet appauvrissement par sa propre faute¹⁴¹⁶. C'est également la *nature* de la faute incriminée dans les deux arrêts du 2 et 15 décembre 1998, qui – pensons-nous – explique la divergence de solution entre eux. Et, la première de ces décisions doit également être *approuvée*.

789. – Quelques années plus tard, la première Chambre civile a réaffirmé dans d'autres décisions sa jurisprudence résultant de son arrêt précité du 3 juin 1997¹⁴¹⁷, ce fut, *notamment*, dans un arrêt du 19 décembre 2006¹⁴¹⁸. Cet arrêt se rapportant au contentieux bancaire, contient un enseignement important ; il se rapporte à *la gravité de la faute*. C'est ainsi que, après avoir relevé que, « *la seule faute commise par la banque était la perte du chèque, laquelle, en dépit de sa découverte tardive, ne constituait pas une faute lourde au regard de l'enrichissement sans cause* », la Cour de cassation censura l'arrêt d'appel qui avait statué dans le sens du refus de l'action.

790. – Il semble que l'importance du contentieux bancaire et la volonté de la Cour de cassation de ne pas laisser *sans aucune indemnité*, les banques qui commettent des fautes en payant indûment des chèques¹⁴¹⁹, l'a poussée à adopter le *fondement d'enrichissement sans cause* pour que puisse leur être allouée une

« La caisse primaire d'assurance maladie recouvre auprès des employeurs ou de leurs préposés n'ayant pas satisfait à ces dispositions l'indu correspondant à la totalité des dépenses faites à l'occasion de l'accident et peut prononcer la pénalité prévue à l'article L. 162-1-14 ».

¹⁴¹⁴ J.-L. AUBERT, note sous Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 1998 in Rép. Def. 1999, art. 36953, p. 378.

¹⁴¹⁵ J.-L. AUBERT, *ibid.*, p. 378. – Rapp. : M. LECENE-MARENAUD, art. précit., n° 9.

¹⁴¹⁶ J. MESTRE, obs. sur Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 1998 in RTD civ. 1998. 401, n° 20.

¹⁴¹⁷ Sur ce courant de jurisprudence, v. : Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 2003, n° de pourvoi : 00-15.449. – Cass. 1^{ère} civ., 13 juill. 2004 : Bull. civ. 1, n° 208, p. 174 ; RTD civ. 2005, p. 120, note J. Mestre et B. Fages. Sur l'arrêt du 3 juin 1997, v. *supra* note 188 sous n°100 et note 1402 sous n° 781.

¹⁴¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2006 : Bull. civ. 1, n° 557, p. 498 ; D. 2008. 871, obs. H. Synvet ; RTD com. 2007. 421, obs. D. Legeais.

¹⁴¹⁹ Rapp. : H. SYNDET, obs. crit. pour Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2006 in D. 2008. 871. Qui estime que ce sont des considérations d'*équité* qui expliquent ce courant jurisprudentiel, et que l'action en enrichissement sans cause est d'une mauvaise application dans ce domaine.

indemnisation alors que, à un moment donné, elle avait adopté le mécanisme de la subrogation¹⁴²⁰, qui lui, *n'était pas adéquat*¹⁴²¹.

On peut voir encore dans ceci, une *manifestation exemplaire* de la subsidiarité de cette action.

791. – Dans son dernier état, la jurisprudence réitère le courant jurisprudentiel inauguré par l'arrêt précité du 3 juin 1997 ; ceci résulte d'un arrêt de principe très remarqué, rendu par la première Chambre civile en date du 27 novembre 2008¹⁴²².

Il semble que la jurisprudence se soit fixée en ce sens ; savoir que, la simple négligence de l'appauvri ou sa négligence fautive¹⁴²³, *ne le prive pas du bénéfice de l'action en enrichissement sans cause*. Il faut cependant réserver le cas du *dol* et de la *faute inexcusable*, comme en témoignent les arrêts précités du 19 mai 1998, et du 26 février 1998 de la cour de Rennes.

792. – La jurisprudence libanaise a eu aussi l'occasion de se prononcer sur l'incidence de la faute de l'appauvri sur la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause.

Signalons à cet égard un arrêt très remarqué de la cour d'appel du Mont-Liban du 20 janvier 1986¹⁴²⁴, dans lequel le litige soumis à la cour se rapportait à une *erreur* commise lors d'une opération de virement bancaire et qui a consisté pour une banque à opérer ce virement dans une *monnaie autre* que celle qui était demandée par le donneur d'ordre. En l'espèce, le virement a été fait en *francs suisses* alors qu'il aurait dû être fait en *francs français*. Celui-là étant d'une valeur *supérieure* à celui-ci, ce qui *naturellement* a abouti à ce que le bénéficiaire reçoive une somme – de loin – *supérieure* à celle qu'il devait recevoir. La banque saoudienne, qui a procédé audit revirement sur la demande d'un donneur d'ordre saoudien, et son agent, une banque française, s'étant par la suite rendues compte de *l'erreur par elles commise*, ont assigné le bénéficiaire – libanais – de ce virement en répétition de la différence du montant dont il a profité du fait de cette erreur.

¹⁴²⁰ Cass. com., 12 juill. 1993 : Bull. civ. 4, n° 293, p. 209 ; D. 1993. IR. 230 ; RTD civ. 1994. 358, obs. J. Mestre ; RTD com. 1993. 691, obs. M. Cabrillac ; Banque 1993. 100, obs. J.-L. Guillot.

¹⁴²¹ En ce sens : M. CABRILLAC, obs. pour Cass. com., 12 juill. 1993 in RTD com. 1993. 691.

¹⁴²² Cass. 1^{ère} civ., 27 nov. 2008 : Bull. civ. 1, n° 272 ; D. 2009. 1122, note Y. Dagonne-Labbe ; Lexbase heb. éd. privée n° 331, 18 déc. 2008, n° Lexbase N0501BIE, note D. Bakouche ; RTD civ. 2009. 113, obs. B. Fages.

¹⁴²³ Soulignons que la Cour de cassation a employé une *diversité* d'expressions pour désigner le comportement fautif de l'appauvri. Certains arrêts ont parlé de « grave négligence », v. : Cass. req., 22 fév. 1939 précit. : D.P. 1940. 1. 7, note G. Ripert. D'autres arrêts ont parlé d'« initiative intempestive », v. : Cass. com., 8 juin 1968 précit. : Bull. civ. 4, n° 180, p. 161 ; JCP 1969. 2. 15274, note R. Prieur. Toutes ces expressions servent le même sens.

¹⁴²⁴ CA Mont-Liban, 20 janv. 1986 : Al-Adl 1986, p. 455.

Celles-ci fondaient leur action en justice sur un acte souscrit par lui, le 2 décembre 1980, dans lequel il s'engageait à *répéter les sommes qui lui ont été versées par erreur*. La cour d'appel relève que le tribunal de première instance du Mont-Liban, avait, en l'occurrence, statué sur l'action intentée par les banques sur le fondement de *l'enrichissement sans cause* et avait ainsi condamné le bénéficiaire du virement, à *répéter* la différence de somme dont il a – indûment – profité. Sur la question de l'enrichissement sans cause, il est intéressant d'évoquer le raisonnement de la cour d'appel du Mont-Liban.

Dans son attendu, celle-ci énonce : « *que cette action est fondée, selon l'assignation même, sur le paiement effectué par erreur, qui n'est pas contesté, et sur l'engagement écrit, susmentionné, de répéter la somme payée par erreur* ». Poursuivant, la cour énonce que : « *s'il a été fait référence dans l'assignation à l'enrichissement sans cause, ceci l'a été à l'occasion de la justification de cet engagement, selon les termes mêmes du demandeur, de répéter la somme de ... FF dont le défendeur a profité de manière illégitime du fait d'une erreur survenue lors d'une opération de virement bancaire* ». Poursuivant toujours, la cour énonce : « *que le fait que les parties au litige aient été amenées, et, après elles, la juridiction du premier degré, à donner libre cours à des discussions relatives à la justification dudit engagement à tel point que l'action en est venue à apparaître comme une action en enrichissement sans cause, n'occulte pas le fondement originel de celle-ci qui réside dans le paiement effectué par erreur et dans l'engagement souscrit par le défendeur de répéter ce qui a été payé par erreur, de sorte que la réclamation contenue dans l'assignation demeure celle de consacrer une obligation contractuelle qui a sa source dans cet engagement afin de condamner le défendeur à exécuter cette obligation* ».

793. – Il n'est pas de doute que l'action des banques appauvries se fondait effectivement sur l'exécution de l'engagement résultant de l'acte précité du 2 décembre 1980, mais il n'est pas possible non plus de nier que cet engagement trouvait sa *cause véritable dans un enrichissement* procuré au bénéficiaire du virement et *qui était dépourvu de juste cause*.

Ceci ne doit cependant *pas ôter tout intérêt* à l'arrêt du 20 janvier 1986, car il en résulte, fût-ce de *manière implicite*, l'affirmation que l'erreur de l'appauvri *ne fait pas obstacle à la recevabilité en sa faveur de l'action en enrichissement sans cause*. En effet, la cour d'appel du Mont-Liban a confirmé le jugement attaqué, en ce qu'il

avait condamné le défendeur à répéter les sommes payées par erreur, et ceci, en procédant à une *substitution de motifs*¹⁴²⁵.

794. – L'orientation de jurisprudence révélée dans l'arrêt précité de la cour du Mont-Liban du 20 janvier 1986, selon laquelle la faute de l'appauvri *ne lui fait pas perdre le bénéfice de l'action en enrichissement sans cause*, été réaffirmée dans des solutions plus récentes¹⁴²⁶.

L'étude de la jurisprudence relative à l'influence du comportement de l'appauvri sur la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause, et les longs développements qui nous y avons été consacrés, rendus *nécessaires* par les multiples revirements de jurisprudence, n'a été entreprise que pour en faire la critique et *évaluer les liens* pouvant exister entre le comportement – fautif –, de celui-ci et le caractère subsidiaire de cette action.

Par. 2 : Appréciation critique de la jurisprudence.

795. – Les revirements multiples et inexplicables de la jurisprudence suivie relativement à la faute de l'appauvri dans l'enrichissement sans cause, nous incitent à nous poser la question de savoir si ces changements incessants de solutions, se justifient valablement en droit, ou s'ils n'ont pas plus exactement une justification d'*opportunité*, ou mieux, une justification en *équité*.

Nous pensons que malgré ses multiples hésitations et revirements, la jurisprudence a pu enfin parvenir à une solution équitable et justifiée sur la question de la recevabilité au profit de l'appauvri fautif du bénéfice de l'action en enrichissement sans cause.

¹⁴²⁵ Il est intéressant à cet égard de reproduire les attendus de la cour d'appel du Mont-Liban sur lesquels elle a fondé sa décision de confirmer le jugement du tribunal civil du Mont-Liban. C'est ainsi qu'après avoir relevé que le défendeur *avait la connaissance du montant exact qu'il devait recevoir en vertu du virement litigieux*, elle énonce, « *qu'il résulte clairement de ce qui a précédé que le défendeur a eu un délai suffisant pour parvenir à sa fin, qui est celle de pouvoir payer son dû des deniers du donneur d'ordre, mais il n'y a pas réussi, et il n'y a donc pas de raison de le dispenser d'exécuter son obligation, et son engagement résultant de son acte précité devient corrélativement exigible, ce qui l'oblige à exécution. La présente réclamation tendant à le condamner à exécuter son engagement, se trouve donc fondée* ».

La cour poursuit sa motivation et énonce que : « *le dommage allégué par l'appelant et qu'il prétend avoir sa cause dans la faute commise par la banque, déborde le cadre de la présente instance et ne peut y être valablement invoqué comme défense au fond, et, il n'y est pas connexe car il n'est pas de nature à influencer sur son résultat* ».

Ce dernier attendu, précédant juste l'attendu de la cour d'appel confirmant le jugement sur le point de la condamnation à répéter les sommes payées par erreur, est d'une *importance majeure* et confirme ce que nous avons avancé plus haut sur l'*admission implicite* par la cour d'appel de l'action en enrichissement sans cause intentée par *le demandeur qui s'est appauvri en conséquence de l'erreur qu'il a commise*.

¹⁴²⁶ V. par ex. : Cass. civ. lib., 10 mars 2009 : Cassandre, mars 2009, p. 403. – Rapp. : Cass. civ. lib., 24 fév. 2009 : Cassandre, fév. 2009, p. 219. Cet arrêt se rapporte à une *erreur sur la cause d'un engagement*.

796. – Comme nous l’avons vu, bon nombre d’auteurs ont tenté de donner un fondement au rejet de l’action en enrichissement sans cause lorsque l’appauvri est fautif, mais aucune de ces doctrines n’a été à elle seule suffisante.

Déjà, les auteurs qui ont depuis longtemps examiné cette question sont divisés entre, ceux qui *refusent* de manière intransigeante le bénéfice de cette action toutes les fois que l’obstacle à une autre action provient du chef du demandeur¹⁴²⁷, et, ceux qui estiment qu’il *ne faut pas refuser* le bénéfice de cette action dans le cas d’erreur fortuite de la part du demandeur¹⁴²⁸.

797. – Un auteur a fait une étude originale sur l’incidence de la faute de l’appauvri sur le bénéfice de l’action en enrichissement sans cause¹⁴²⁹. Cet auteur a préconisé de distinguer entre la faute de l’appauvri qui engage sa responsabilité envers l’enrichi et celle qui n’engage pas sa responsabilité envers celui-ci. Il s’agit pour lui d’une distinction fondamentale qui servira de critère à l’accueil ou au rejet de l’action intentée par l’appauvri fautif. Ceci signifie que seule la faute de l’appauvri qui engage sa responsabilité civile aboutit à fermer la voie devant lui à l’action en enrichissement sans cause.

798. – Nous ne pensons pas que cette opinion soit convaincante, ni qu’elle contribue utilement et d’une façon équitable à résoudre la problématique de l’influence du comportement de l’appauvri sur l’existence à son profit de l’action en enrichissement sans cause. De plus et surtout, les deux institutions de la responsabilité civile et de l’enrichissement sans cause n’ont ni les mêmes fondements ni les mêmes effets¹⁴³⁰, de sorte qu’instituer l’absence de responsabilité de l’appauvri en une condition de l’action en enrichissement sans cause conduit à vouloir établir une interaction entre deux notions qui sont *autonomes* l’une par rapport à l’autre et sont *sources distinctes* d’obligations¹⁴³¹.

L’arrêt décide, qu’il résulterait de l’exécution de cet engagement un *enrichissement sans cause* au profit du créancier de cette obligation, *obligation fondée sur une cause erronée*.

¹⁴²⁷ A. ROUAST, *L’enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, art. précit., p. 86. – J. BONNECASE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Supplément au traité de Baudry-Lacantinerie*, T. 3, Paris, 1926, spéc. p. 306.

¹⁴²⁸ N. ALMOSNINO, thèse précit., n^{os} 70, 71, 73, 76, 77, 78 et 86.

¹⁴²⁹ Ph. CONTE, *Faute de l’appauvri et cause de l’appauvrissement : réflexions hétérodoxes sur un aspect controversé de la théorie de l’enrichissement sans cause*, RTD civ. 1987. 223.

¹⁴³⁰ M. BILLIAU, note sous Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 1997 in D. 1997, jur. 409. – Rapp. : J. DJOUDI, *La faute de l’appauvri : un pas de plus vers une subjectivisation de l’enrichissement sans cause*, D. 2000, chron. 609, spéc. n^o 5. – G. VINEY, note sous Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 1997 in JCP 1998. 2. 10102, p. 1158.

¹⁴³¹ M. BILLIAU, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 1997 in D. 1997, jur. 409.

799. – Le fait que les deux théories de la responsabilité civile et des quasi-contrats soient étrangères l'une par rapport à l'autre, se reflète dans la méthode suivie par la Cour de cassation qui ne cherche pas à établir de rapport entre la faute commise par l'appauvri et une éventuelle responsabilité pouvant peser sur lui de ce chef.

La jurisprudence procède par voie d'affirmation et sans se soucier de donner de justification aux solutions qu'elle adopte. De cette manière, elle se ménage une possibilité de changer de solution, sans devoir avancer les motifs de ce changement et sans causer un quelconque choc intellectuel chez l'analyste.

800. – En somme, l'état actuel du droit positif qui reconnaît à l'appauvri fautif le bénéfice de l'action en enrichissement sans cause pour se faire indemniser, se *justifie parfaitement* si on part de l'idée, *fondamentale*, selon laquelle l'existence d'une cause à l'appauvrissement, *ne ferme pas la voie à l'action en enrichissement sans cause*¹⁴³². Ce qui importe pour la validité de cette action c'est *qu'il n'y ait pas de juste cause à l'enrichissement*. Et à supposer que c'est effectivement la faute de l'appauvri qui constitue la *cause* de son appauvrissement, il n'y a aucune raison pour qu'on lui refuse le bénéfice de cette action, dès lors que sa faute a *causé* un enrichissement injuste à quelqu'un.

La jurisprudence civile sur la question de l'accueil au profit de l'appauvri fautif de l'action en enrichissement sans cause ayant été analysée, il serait instructif d'aller examiner cette même question dans d'autres matières ; à savoir, le droit du travail.

Par. 3 : Une jurisprudence progressiste suivie à l'égard de l'appauvri fautif : le cas de la jurisprudence sociale.

801. – Bien avant que la Cour de cassation ne se soit fixée sur une jurisprudence admettant le bénéfice de l'action en enrichissement sans cause à l'appauvri fautif, une certaine orientation qui se démarquait de l'ambiance réprobatrice sur cette question régnant en droit civil, s'était faite et affirmée. Il s'agit de la jurisprudence applicable en *droit du travail*.

802. – Celui-ci se libérant des carcans rigides du droit civil¹⁴³³, s'est forgé ses propres concepts et a créé de nouvelles solutions qui répondent aux impératifs du

¹⁴³² Sur cette question, v. *infra* n^{os} 806 et s.

¹⁴³³ A. ROUAST et P. DURAND, *Précis de législation industrielle du droit du travail*, Dalloz, 4^{ème} éd. 1953, spéc. n^o 66. – G. LYON-CAEN, *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail*,

monde du travail¹⁴³⁴. Nous pensons notamment à l'impératif de protéger le travailleur, économiquement faible, vis-à-vis de son employeur, et, au principe incontournable que « tout travail mérite salaire ».

803. – Il est apparu dans la jurisprudence sociale une *solution nouvelle*, un *assouplissement* au refus autrefois âprement opposé par la jurisprudence civile à l'accueil de l'action intentée par l'appauvri fautif pour recouvrer son appauvrissement.

Ceci s'est manifesté en ce qui concerne notamment la situation des travailleurs étrangers dont le contrat de travail était *irrégulier*¹⁴³⁵. Les tribunaux prononçaient la nullité du contrat litigieux mais décidaient que l'employeur avait l'*obligation* de rémunérer le travailleur pour le travail par lui fourni. Dans le cas d'annulation du contrat de travail, la question se posait naturellement de pouvoir déterminer la *nature du lien* qui liait désormais le travailleur à son employeur, puisque le contrat de travail a été bel et bien *anéanti*. On avait estimé que le paiement pour le travail fourni, ne pouvait non plus avoir pour base le contrat de travail conclu entre l'employeur et le travailleur, car par hypothèse, ce contrat était nul¹⁴³⁶. Et on a avancé que le travailleur aura droit à être dédommagé pour le travail fourni sur la base de la *relation de travail*¹⁴³⁷.

804. – Le droit du travail étant un droit innovateur ; le concept de « relation de travail » a été alors créé¹⁴³⁸. Un doute subsistait néanmoins sur le fondement du droit à l'indemnisation.

C'est la doctrine qui a prôné en premier que soit adoptée la théorie de l'enrichissement sans cause pour pouvoir allouer une *juste indemnité* aux travailleurs dont les contrats de travail étaient entachés de nullité¹⁴³⁹. Une telle orientation doit être pleinement approuvée, malgré les quelques réserves qu'elle appelle¹⁴⁴⁰, car elle est *conforme à l'équité*, et contribue à servir un impératif de justice, celui des

RTD civ. 1974. 229, spéc. n^{os} 1 à 3, et n^{os} 12 à 24. – S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *Existe-t-il une théorie générale du contrat de travail ?*, RRJ 2003-3. 1985, spéc. pp. 1995 à 2008.

¹⁴³⁴ En ce sens : P. DURAND, *Traité de droit du travail*, T. 1, Dalloz, 1947, spéc. n^o 201.

¹⁴³⁵ La faute commise par ceux-ci, pouvant être une faute de négligence ou parfois même une faute intentionnelle ou délibérée, et qui consiste à *ne pas se conformer* à la législation du travail applicable aux travailleurs étrangers.

¹⁴³⁶ C. FREYRIA, *Nullité du contrat de travail et relation de travail*, Dr. social 1960. 619.

¹⁴³⁷ C. FREYRIA, *ibid.*, 619.

¹⁴³⁸ Sur la naissance de ce concept, son évolution et ses applications, v. *supra* n^{os} 657 à 667.

¹⁴³⁹ Sur cette autorité doctrinale, v. les auteurs cités *supra* notes 1434 et 1436.

¹⁴⁴⁰ Sur ces réserves, v. *supra* n^{os} 662 à 664.

travailleurs en situation irrégulière qui peuvent faire l'objet de l'exploitation des employeurs.

805. – La jurisprudence n'a pas été insensible à de telles considérations, elle a pu, malgré – il est vrai – quelques incertitudes et hésitations, admettre, et, par la suite *adopter* l'enrichissement sans cause comme *fondement à l'indemnisation du travailleur dont le contrat de travail était nul*¹⁴⁴¹.

Après avoir examiné le cas de la jurisprudence sociale admettant depuis longtemps à appauvri fautif le bénéfice de l'action en enrichissement sans cause, nous allons envisager le lien entre la faute de l'appauvri et la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause.

Par. 4 : Appréciation du lien entre la faute de l'appauvri et la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause.

806. – Il est important de préciser au préalable que la faute de l'appauvri est en rapport direct avec la question de la *cause de l'appauvrissement*. Or il peut être déduit de plus d'un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation, que l'existence d'une cause à l'appauvrissement est *indifférente quant au succès de l'action en enrichissement sans cause*¹⁴⁴². Ce qui importe pour que soit remplie l'une des *conditions nécessaires* au succès de l'action en enrichissement sans cause, c'est qu'il *n'y ait pas de cause à l'enrichissement*¹⁴⁴³.

¹⁴⁴¹ Sur cette jurisprudence, et une analyse des solutions qu'elle a consacrées, v. *supra* n^{os} 657 et s.

¹⁴⁴² V. déjà un ancien jugement à *haute valeur doctrinale* : Trib. civ. Bar-Le-Duc, 5 juin 1943 précit. : D.C. 1944. 18, note crit. G. Ripert. Par rapport au fils qui a subvenu seul aux besoins de son père et l'a logé, le jugement énonce que : « *s'il est exact que l'appauvrissement de A. P. a une cause qui réside dans l'obligation qu'il avait de payer sa dette alimentaire, il n'en est pas moins vrai que J. P. s'est enrichi injustement à ses dépens (...)* ». – V. aussi : Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 2003 précit. : Bull. civ. 1, n^o 11, p. 7 ; Rép. Def. 2003, art. 37676, p. 259, § 15, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 2003. 297, obs. J. Mestre et B. Fages. La solution selon laquelle l'existence d'une cause à l'appauvrissement est indifférente à la recevabilité de l'action, résulte seulement de manière *implicite* de l'arrêt. Rappelons son originalité qui tient à ce que, en l'espèce, il existait bien un contrat entre l'appauvri (l'entrepreneur) et un tiers (la société). L'appauvrissement avait bien une cause ; celle-ci résidait dans le *contrat qui liait l'entrepreneur au tiers*. Mais ce même contrat *ne constituait pas la cause de l'enrichissement des époux Di Palma*. Ces derniers s'étaient effectivement *enrichis sans juste cause*. Sur l'attendu principal de cet arrêt ainsi qu'une analyse de celui-ci, v. *supra* note 1172 sous n^o 646. – V. aussi qui affirme cette solution de manière plus claire : Cass. 1^{ère} civ., 25 fév. 2003 précit. : Bull. civ. 1, n^o 55, p. 42 ; D. 2004, jur. 1766, note M.-P. Peis ; JCP 2003. 2. 10124, note P. Lipinski ; RTD civ. 2003. 297, obs. J. Mestre et B. Fages. Cet arrêt a très nettement *distingué* entre la cause de l'appauvrissement et la cause de l'enrichissement. Sur l'attendu de cet arrêt qui met en valeur cette distinction, ainsi qu'une analyse de celui-ci, v. *supra* n^o 649 et note 1182.

¹⁴⁴³ M.-P. PEIS, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 25 fév. 2003 in D. 2004, jur. 1766, spéc. p. 1767 et les réf. citées.

807. – Depuis assez longtemps, un auteur s’est demandé pourquoi on porterait une appréciation sur le comportement, mérite ou démerite, de l’appauvri, dans une question pure technique qu’est la recevabilité de l’action¹⁴⁴⁴.

Certains auteurs ont étudié le rôle de la faute dans les quasi-contrats mais sans évoquer de front le lien avec la subsidiarité¹⁴⁴⁵. Cependant, en définissant le rôle dévolu à la faute, ils ont indirectement et sans le savoir, établi le lien qui existe entre le rôle que remplit la faute et celui que remplit la subsidiarité.

Ils ont ainsi estimé, et à juste titre, que la fonction punitive imputée à la faute de l’appauvri relève du but poursuivi en matière d’enrichissement sans cause et qui consiste à *éviter tout débordement dans l’utilisation de cette action*¹⁴⁴⁶.

808. – Nous estimons pour notre part, que c’est à ce même but que contribue aussi le principe de subsidiarité relatif à l’action en enrichissement sans cause. C’est pour ceci que nous pouvons affirmer que la fonction punitive de la faute rejoint la subsidiarité, toutes les deux ayant le même but, celui d’empêcher que l’action en enrichissement sans cause *n’envahisse* le droit positif.

809. – C’est dans cette optique qu’un éminent auteur a ardemment défendu la solution selon laquelle *il faut refuser à l’appauvri fautif le bénéfice de cette action*¹⁴⁴⁷. Il a critiqué la solution permettant à l’appauvri de se faire indemniser de l’appauvrissement qu’il s’est causé par sa propre faute, car elle méconnaît – selon lui – l’idée classique selon laquelle nul ne peut obtenir la réparation du dommage qu’il se cause à lui-même *par sa propre faute*¹⁴⁴⁸.

Son opinion mérite particulièrement notre attention, puisqu’il a avancé que permettre à celui qui par sa faute a procuré un enrichissement de le restituer, *contredit le principe de subsidiarité qui gouverne cette action*¹⁴⁴⁹. La contradiction au principe de subsidiarité réside, selon lui, dans la réalité que cette action ne saurait être employée lorsque l’appauvri *dispose d’un autre moyen de droit*, ou *lorsqu’une règle de droit lui interdit d’agir*. En l’occurrence, le banquier fautif a violé les obligations qui lui incombent à l’égard de son client. Autrement dit, cet auteur a

¹⁴⁴⁴ J. CHEVALLIER, art. précit., p. 247. L’auteur évoquait la question de la faute de l’appauvri, précisément lors de son examen de celle de la subsidiarité de l’action en enrichissement sans cause, et non pas de sa recevabilité au sens strict. Mais dans la perspective adoptée par l’auteur, la subsidiarité conditionnait la recevabilité de l’action.

¹⁴⁴⁵ M. LECENE-MARÉNAUD, art. précit.

¹⁴⁴⁶ M. LECENE-MARÉNAUD, *ibid.*, n° 8.

¹⁴⁴⁷ J.-L. AUBERT, note crit. sous CA Toulouse, 22 janv. 1973 in D. 1973, jur. 509.

¹⁴⁴⁸ J.-L. AUBERT, note sous Cass. com., 23 janv. 1978 in Rép. Def. 1979, art. 31928, n° 7, p. 379.

¹⁴⁴⁹ J.-L. AUBERT, *ibid.*, p. 379.

expliqué le rejet de l'action en enrichissement sans cause par la *subsidiarité* de cette action. Les opinions qu'il a avancées sont pertinentes, mais ne nous convainquent pas ; la plus défendable c'est celle qui se réfère à l'idée classique *défendant* à celui qui s'est causé à lui-même un dommage par sa propre faute, d'en demander la restitution.

810. – Certains auteurs ont estimé qu'*il n'existe pas d'incompatibilité* entre la reconnaissance de la faute de l'appauvri, comme *obstacle* à l'action en enrichissement sans cause et le principe de subsidiarité qui régit cette action dans le cas où la faute est à l'origine de l'appauvrissement, quand elle en constitue la cause¹⁴⁵⁰.

D'autres au contraire, ont estimé que la solution qui consiste à ne pas refuser le bénéfice de l'action en enrichissement sans cause à l'appauvri fautif, est parfaitement en compatibilité avec le principe de subsidiarité de cette action¹⁴⁵¹.

811. – Nous pensons, que pour que la faute imputée à l'appauvri puisse en *moralisant* le recours à l'action en enrichissement sans cause, remplir la fonction de la subsidiarité, il faut que la faute litigieuse présente un *certain degré de gravité*. C'est uniquement une faute *caractérisée* et d'une certaine gravité¹⁴⁵², ou à plus forte raison, un comportement *dolosif*¹⁴⁵³, qui pourraient justifier le refus à l'appauvri de l'action en enrichissement sans cause.

812. – Nous pensons aussi que la faute de l'appauvri pourrait se trouver en *rapport direct* avec la notion de subsidiarité. C'est lorsque par sa faute, l'appauvri perd une voie de droit qui lui aurait permis de recouvrer son appauvrissement, comme lorsque, notamment, il néglige d'exercer cette action dans les délais impartis par la loi. C'est alors dans un tel cas de figure, et dans ce cas uniquement, que la faute vient *toucher directement* le principe de subsidiarité. Se pose alors la question de savoir si cet appauvri peut employer l'action en enrichissement sans cause pour se faire dédommager de son préjudice. La jurisprudence donne, en principe, une réponse

¹⁴⁵⁰ V. par ex. : M. RIBEYROL-SUBRENAT, note sous Cass. com., 19 mai 1998 précit. in D. 1999. jur. 407.

¹⁴⁵¹ J. DJOUDI, art. précit., n^{os} 5 et 6 et les réf. citées. – H. PERINET-MARQUET, art. précit., n^{os} 22 à 26.

¹⁴⁵² J.-L. AUBERT, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 1998 précit. in Rép. Def. 1999, art. 36953, p. 377, n^o 18. Il semble que vingt ans après ses observations sur CA Toulouse, 22 janv. 1973 et Cass. com., 23 janv. 1978, que cet auteur ait adopté une opinion plus nuancée en ce qui concerne l'influence du comportement du demandeur appauvri sur la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause.

¹⁴⁵³ V. pour une hypothèse d'un demandeur coupable de dol qui s'est vu refuser cette action, v. : Cass. com., 19 mai 1998 précit. : D. aff. 1998. 1252, note S. P. ; D. 1999. jur. 406, note M. Ribeyrol-Subrenat ; RTD civ. 1999. 105, obs. J. Mestre.

négative à ce problème ; le cas où l'appauvri perd par sa faute une voie de droit a déjà fait l'objet de développements auxquels nous renvoyons¹⁴⁵⁴.

Alors que, si la faute du demandeur à l'action en enrichissement sans cause, n'aboutit pas à lui faire perdre la voie de droit qui lui est offerte normalement, mais à simplement contribuer à lui causer un préjudice se concrétisant dans son appauvrissement ; la voie de l'action en enrichissement sans cause *ne devait pas être fermée devant lui*.

813. – Mais si on établissait une comparaison entre le rôle de la faute dans l'enrichissement sans cause et son rôle dans d'autres quasi-contrats, plus particulièrement la répétition de l'indu, des constatations intéressantes pourraient être faites. Il est à cet égard important de souligner que la faute du *solvens* dans la répétition de l'indu reste *sans influence* sur son droit à restitution. Approuvée par une doctrine autorisée¹⁴⁵⁵, cette solution est acquise en jurisprudence¹⁴⁵⁶. Alors que si en principe, la faute commise par l'appauvri ne ferme pas devant lui le bénéfice de l'action en enrichissement sans cause, *elle ne demeure cependant pas sans influence sur la recevabilité à son profit de cette action*.

814. – On se demande alors si, ce qui dicte cette différence de traitement c'est le *principe de subsidiarité* qui gouverne l'action en enrichissement sans cause, ce principe qui demeure cependant *étranger* à l'action en répétition de l'indu. En d'autres termes, la raison de cette différence des solutions respectives réside dans le fait que l'action en répétition de l'indu *n'est pas une action subsidiaire*¹⁴⁵⁷. Cette

¹⁴⁵⁴ Il s'agit en l'occurrence d'une certaine acception de la subsidiarité qui suppose que l'action en enrichissement sans cause sera fermée à l'appauvri lorsque la voie de droit normalement ouverte à lui, a été perdue par sa faute. Sur cette acception de la subsidiarité v. *supra* n^{os} 41 et s.

¹⁴⁵⁵ V. : J.-B. DONNIER, note sous Cass. com., 19 nov. 1991 in JCP 1993. 2. 22012. – J. GHESTIN, *L'erreur du solvens condition de la répétition de l'indu*, D. 1972, chron. 277, spéc. p. 280. – J. MESTRE, obs. sous Cass. com., 16 juill. 1985 in RTD civ. 1986. 111. – D. TARDIEU-NAUDET, note sous CA Aix-en-Provence, 2 oct. 1975 in JCP 1977. 2. 18752. – G. VERMELLE, note sous Cass. com., 23 avr. 1976 in D. 1977, jur. 565.

¹⁴⁵⁶ V. par ex. pour un arrêt de principe émanant quand même des juges du fond : CA Aix-en-Provence, 2 oct. 1975 précit. : JCP 1977. 2. 18752, note D. Tardieu-Naudet. La cour énonce : « *La négligence de celui qui a payé par erreur ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action en répétition de l'indu ; son erreur grossière ne peut entraîner un partage de responsabilité que si l'accipiens justifie de l'existence d'un préjudice dû à la faute du solvens : en l'espèce ce préjudice n'est ni prouvé ni offert en preuve* » ; « *ledit paiement est le résultat d'une erreur de la banque dont le caractère grossier ne fait nullement obstacle à l'exercice de l'action en répétition de l'indu* ». – V. aussi dans le même sens : Cass. soc., 14 juin 1979 : Bull. civ. 5, n^o 546, p. 401. La Cour y énonce que : « *Quelle qu'eût été la gravité de la négligence commise par le débiteur, celui-ci ne saurait se voir priver totalement du droit qu'il tient de la loi de répéter l'indu* », – V. dans le même sens mais en termes moins généraux : Cass. soc., 9 oct. 1975 : Bull. civ. 5, n^o 454, p. 390. – V. dans le même sens, adoptant de même des termes moins généraux, mais mettant aussi en cause la bonne foi de l'accipiens : Cass. soc., 8 juin 1983 : Bull. civ. 5, n^o 310, p. 220.

¹⁴⁵⁷ Nier à l'action en répétition de l'indu tout caractère subsidiaire revient à reconnaître son *autonomie*. Cette action ne peut être incluse dans l'action en enrichissement sans cause, et elle n'en constitue nullement une application particulière. Malgré le fait que l'équité la sous-tend comme il en est pour l'action en enrichissement sans cause, cette action n'a pas moins son originalité, celle-ci est liée à

solution, qui a été réaffirmée récemment¹⁴⁵⁸, découle d'une jurisprudence séculaire. Elle est au demeurant approuvée par une doctrine autorisée¹⁴⁵⁹.

Ou alors on se demande si, ce qui dicte cette différence de régime, c'est la considération que la théorie de l'enrichissement sans cause est à *forte coloration morale*¹⁴⁶⁰, alors que même si l'action en répétition de l'indu est elle-même fondée sur l'équité, elle demeure quand même imprégnée à *un degré moindre* de moralité.

815. – Nous pensons que ce qui justifie cette différence de régime quant à l'influence de la faute, ou de manière plus générale le comportement du demandeur, c'est bien la subsidiarité. Celle-ci gouvernant l'action en enrichissement sans cause, ne s'applique nullement à l'action en répétition de l'indu.

Et nous pensons, en définitive, que la subsidiarité caractérisant l'action en enrichissement sans cause devient en *rapport direct* avec la faute de l'appauvri lorsque c'est par sa faute que celui-ci, demandeur à l'action en enrichissement sans cause, *perd la voie de droit qui lui est normalement ouverte*, et, hormis ce cas, la subsidiarité ne devait pas s'appliquer pour empêcher la recevabilité de cette action.

816. – Le lien entre faute de l'appauvri et subsidiarité se résume donc ainsi : bien qu'elles soient fautives, certaines situations ne semblent pas en mesure

l'existence d'un *paiement effectué sans cause*, v. J. MESTRE, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 1983 : RTD civ. 1985. 169.

¹⁴⁵⁸ La jurisprudence a clairement exigé cette solution par un arrêt de cassation que l'on peut qualifier de *principe*, v. : Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 1983 précit. : Bull. civ. 1, n° 242, p. 216 ; RTD civ. 1985. 168, obs. J. Mestre. En l'espèce, la Caisse de retraite de la Banque nationale de Paris avait versé des arrérages de pension à son ancien agent. Celui-ci décéda le 24 fév. 1971, depuis cette date les arrérages avaient été détournés et encaissés par une tierce personne, dont l'arrêt n'indique pas la nature de la relation qui l'a lié à l'ancien agent, mais il être déduit que celle-ci n'avait aucun droit à recevoir ces arrérages. La Caisse introduisit, le 2 nov. 1978, une action en justice tendant à la répétition des sommes indûment perçues depuis le décès de l'ancien agent, bénéficiaire des arrérages de retraite. La cour d'appel a déclaré prescrite l'action tendant au recouvrement des sommes indûment perçues antérieurement au 2 nov. 1975. La cour de cassation, censurant l'arrêt d'appel, énonce : « *Selon le premier des ces textes* (l'art. 10 C. Proc. Pén. dans sa rédaction antérieure à la loi du 23 déc. 1980), *l'action civile ne peut être engagée après l'expiration du délai de prescription de l'action publique ; que cette disposition n'est applicable que lorsque l'action a pour objet la réparation du préjudice né de l'infraction pénale ; qu'aux termes du second* (l'art. 1376 C.C.), *celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu ; qu'aucune disposition légale ne subordonne l'action en répétition de l'indu à l'absence de toute autre action ouverte au demandeur* » ; « *Pour dire irrecevables les prétentions de la Caisse de retraite (le solvens) (...), l'arrêt attaqué a énoncé que "l'action en répétition de l'indu ne peut être exercée qu'à titre subsidiaire et n'est ouverte que si le demandeur ne jouissait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, et qu'en conséquence, lorsque l'appauvri a laissé prescrire l'action normale mise à sa disposition, la voie de l'action en répétition de l'indu lui est interdite et qu'en décider autrement reviendrait à permettre de tourner les règles de la prescription"* » ; « *Qu'en se déterminant ainsi, alors que l'action en répétition de l'indu, exercée par la Caisse, et qui n'avait aucun caractère subsidiaire, ne pouvait être paralysée par la prescription pénale, la cour d'appel a, par fausse application du premier et refus d'application du second, violé les textes susvisés* ».

¹⁴⁵⁹ J. MESTRE, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 19 oct. 1983 précit. in RTD civ. 1985. 169.

d'empêcher l'appauvri d'exercer l'action en enrichissement sans cause, *parce qu'elles ne heurtent pas le principe de subsidiarité*¹⁴⁶¹.

Après avoir étudié la question des liens entre faute de l'appauvri et son incidence sur un éventuel rejet de l'action en enrichissement sans cause, nous envisageons à présent la problématique du lien entre la cause de l'enrichissement et le principe de subsidiarité de l'action.

Sous-section 2 : La problématique du lien entre la cause de l'enrichissement et le principe de subsidiarité de l'action.

817. – Il vient inévitablement à l'esprit de tenter de trouver les liens qui pourraient exister entre la subsidiarité et la notion d'absence de cause dans l'enrichissement sans cause. La cause y est au nombre des conditions *juridiques*, il est également ainsi en ce qui concerne la subsidiarité qui elle-même ressortit aux *éléments juridiques* de cette action. Une question s'impose ici : cette analogie d'éléments juridiques suffit-elle *a priori* à sauvegarder l'utilité de la notion de subsidiarité ? Ne serait-on pas tentés de faire une assimilation, de manière consciente ou inconsciente, de la subsidiarité et de la cause ?

818. – Les liens que pourraient entretenir cause et subsidiarité ont depuis longtemps attiré l'intérêt des auteurs ; la plupart de ceux-ci ont malheureusement cherché à combattre l'utilité du principe de subsidiarité. Celui-ci n'a en effet pas été épargné par leurs attaques.

Un éminent auteur a, en effet, nié toute utilité à la notion de subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, estimant qu'elle pourra être ramenée à la notion d'*absence de cause*¹⁴⁶². Rappelons cependant que cet auteur, a quand même considéré que cette notion pourra être conservée comme *règle de prudence*, en ce qu'elle constitue une *confirmation* du fait que la notion de cause dans l'enrichissement sans cause doit être utile à un système juridique ; savoir, que cette action ne doit pas servir à corriger les règles du droit positif mais seulement à

¹⁴⁶⁰ Il ne demeure pas moins vrai qu'en plus de sa forte *imprégnation de morale*, cette théorie a un fondement *objectif*, qui vise à *rétablir l'équilibre rompu entre deux patrimoines*, lorsque l'un d'eux s'est appauvri *sans juste cause* au profit de l'autre, v. : J. DJOUDI, art. précit., n° 3 et les réf. citées.

¹⁴⁶¹ J. DJOUDI, art. précit., n° 7.

¹⁴⁶² P. ROUBIER, rapport précit., p. 55.

combler les lacunes de celui-ci¹⁴⁶³. Or, nous pensons, *justement*, que tel n'est pas le but que poursuit la notion de cause dans l'enrichissement sans cause, mais *celui que poursuit plus précisément la subsidiarité qui gouverne cette action*.

Un autre auteur a souligné qu'une *définition large de la cause*, entraînerait l'inutilité de la notion de subsidiarité¹⁴⁶⁴. La cause est, selon lui, celle qui réside dans l'application de la règle de droit, ou dans les conventions légalement formées et, qui permet au défendeur de conserver l'enrichissement.

Un autre auteur a estimé que la subsidiarité peut être « partiellement résorbée » par une analyse « exacte » de l'enrichissement et de l'appauvrissement¹⁴⁶⁵. Il considère qu'il serait plus simple de constater l'absence d'une des conditions d'ouverture de l'action en enrichissement sans cause que d'examiner la question de sa subsidiarité¹⁴⁶⁶.

Cette opinion est partagée par d'autres auteurs qui nient *toute utilité* à la subsidiarité, pour n'attacher de l'importance qu'à celle de cause et *exclusivement* à celle-ci¹⁴⁶⁷.

819. – A toutes ces opinions qui détractent l'utilité de la subsidiarité, nous pouvons répondre que s'il est parfois vrai que, selon certaines hypothèses, la cause peut rendre inutile l'examen de la notion de subsidiarité, une telle éventualité *ne concerne cependant pas toutes les hypothèses*. La subsidiarité conserve bien son rôle. Ou alors, aller parfois jusqu'à voir dans *la volonté du législateur* la cause de l'enrichissement d'une partie, conduirait à faire *absorber* la subsidiarité par la cause¹⁴⁶⁸.

¹⁴⁶³ P. ROUBIER, *ibid.*, p. 55. – V. BARABÉ-BOUCHARD, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 1995 in D. 1996, jur. 137, spéc. n° 1.

¹⁴⁶⁴ J. CHEVALLIER, art. précit., pp. 246 et 247.

¹⁴⁶⁵ J.-P. BÉGUET, thèse précit., n^{os} 152 et 153.

¹⁴⁶⁶ Pour défendre cette opinion l'auteur avance l'idée selon laquelle tant que l'insolvabilité de son débiteur n'est pas certaine, le créancier ne peut pas se prétendre appauvri. Un tel raisonnement ne peut être approuvé ; car placer l'appauvrissement du créancier et l'insolvabilité du débiteur sur un même plan, est une erreur. L'appauvrissement constitue une *condition* à la validité de l'action en enrichissement sans cause, alors que l'insolvabilité du débiteur est un élément de fait extérieur aux conditions de validité de cette action, et ne se place que sur un plan secondaire, à un niveau inférieur de juridicité. L'insolvabilité du débiteur se situe sur le plan de la réclamation, puis en cas de litige, sur celui de l'action en justice. Elle se rattache à la question de l'efficacité de l'action en justice, et non pas à la question de la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause et du bien-fondé de celle-ci et partant, du droit à indemnisation qui appartient au créancier.

¹⁴⁶⁷ V. par ex. : N. NACHEF (EI), thèse précit., spéc. n^{os} 484 à 513. Qui estime que la cause se suffit à elle-même pour lutter contre la subversion de l'ordre juridique. – H. THUILLIER, obs. sous Cass. com., 23 janv. 1978 in JCP 1980. 2. 19635. Cet auteur adopte une conception restrictive de la subsidiarité l'assimilant à la cause.

¹⁴⁶⁸ V. BARABÉ-BOUCHARD, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 1995 in D. 1996, jur. 137, spéc. n° 11.

820. – Il est vrai, en effet, qu'une *conception très large* de la cause, pourrait aboutir à rendre *inutile* toute référence au principe de subsidiarité. Mais une telle approche est mauvaise et *n'est pas exempte de risque* ; elle conduirait au dépassement par la cause et par la subsidiarité de l'objectif qui leur assigné et qui est d'assurer la cohérence et la sécurité de l'ordre juridique en évitant le détournement des institutions¹⁴⁶⁹. De plus et surtout, la notion de cause contient en elle-même *assez d'imprécision*, et ne pourrait utilement servir à remplacer une notion délicate à manier qu'est la subsidiarité.

821. – D'autres auteurs ont au contraire, pris la défense de la subsidiarité ; ils en ont défendu l'*utilité* et l'*autonomie* par rapport à la cause.

Un auteur a considéré que tenter d'expliquer la subsidiarité par la cause, ne fait en réalité que *déplacer* la discussion vers la notion de cause, elle-même obscure, et *ne la résout point*¹⁴⁷⁰. Selon lui, il serait malencontreux de chercher à inclure une des « conditions »¹⁴⁷¹ d'exercice de l'action dans l'autre, et il faudrait au contraire les *dégager* les unes des autres.

Une doctrine autorisée a considéré que, bien que voisine de la condition d'absence de cause, la subsidiarité *ne fait pas double emploi avec elle*¹⁴⁷².

822. – Nous pensons que subsidiarité et cause peuvent se recouper mais, *elles ne se confondent aucunement*. Subsidiarité et cause peuvent en effet se recouper lorsque le refus de l'action en enrichissement sans cause *se motive par l'existence d'une cause à l'enrichissement*¹⁴⁷³.

En somme, nous pouvons affirmer que la notion de subsidiarité dans l'enrichissement sans cause *conserve une utilité propre*, et ne fait aucunement double emploi avec celle de cause, ou plus exactement parlant, celle d'*absence de cause*.

¹⁴⁶⁹ V. BARABÉ-BOUCHARD, *ibid.*, n° 12.

¹⁴⁷⁰ Ph. DRAKIDIS, art. précit., n°s 20, 21, 26 et 27.

¹⁴⁷¹ Nous avons mis ce terme entre guillemets pour exprimer nos réserves sur cette qualification que l'auteur donne à la subsidiarité. Soulignons qu'il emploie trois vocables pour la désigner ; celui de « caractère » (dans l'intitulé de son article), celui de « restriction » et celui de « condition ». Il semble qu'il les emploie de manière *cumulative* pour qualifier la subsidiarité.

¹⁴⁷² H., L. et J. MAZEAUD, et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. T. 2, Vol. 1, obligations : théorie générale, op. cit.*, n° 710. Ces auteurs ont employé l'expression de « condition de la subsidiarité », classant – clairement – la subsidiarité parmi les conditions de l'action (v. ce même ouvrage, n° 706). Nous préférons parler de caractère subsidiaire de l'action, car celui-ci relève du domaine de cette action et ne peut être considéré comme une simple condition de cette action. – V. aussi : Ch. FILIOS, thèse précit., n° 538. Cet auteur refuse l'idée selon laquelle l'absence d'appauvrissement et la cause puissent remplacer la fonction de la subsidiarité dans l'enrichissement sans cause.

¹⁴⁷³ La jurisprudence offre en effet des décisions illustratives d'un tel cas de figure, celui où la Cour de cassation recourt à l'élément de cause pour déclarer irrecevable l'action en enrichissement sans cause, alors qu'elle aurait pu valablement se fonder sur le principe de subsidiarité *pour arriver au même résultat*, v. : Cass. civ., 2 mai 1938 précit. : S. 1938. 1. 247. – Cass. 3^{ème} civ., 23 avr. 1974 précit. : Bull. civ. 3, n° 162, p. 121. Sur ces arrêts, v. *supra* note 137 sous n° 65.

Conclusion du chapitre

823. – Il est communément admis que l'action en enrichissement sans cause constitue *l'illustration la plus ancienne de la subsidiarité en droit privé*. Cette réalité a aidé à l'instauration des différentes acceptions de cette même notion. Celles-ci ont servi de lignes directrices au droit positif dans *son intégralité*.

En plus du fait qu'elle en constitue l'illustration la plus ancienne, l'action en enrichissement sans cause constituerait probablement l'illustration *la plus exemplaire* de la subsidiarité. C'est cette action qui a permis de démontrer que cette notion contribue à travers l'application qui en est faite en droit positif à *lutter contre la fraude à la loi*.

La jurisprudence qui se rapporte à l'application du principe de subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause est *l'une des plus riches*, à tel point que son analyse permettrait de former une *théorie de la fraude à la loi*.

Cette jurisprudence est aussi importante à un autre égard, celui d'avoir permis que *l'acception nouvelle de la subsidiarité puisse voir le jour*.

824. – Après avoir étudié l'action en enrichissement sans cause comme voie de droit subsidiaire, ainsi que l'illustration de la fonction de suppléance de la subsidiarité, nous étudierons dans ce qui suit la deuxième illustration de cette fonction de suppléance, il s'agit des recours-nullité, concrétisation de la voie, ou, des voies de recours subsidiaires.

Chapitre 2 : La voie de recours subsidiaire : le cas des recours-nullité.

825. – Précisons au préalable qu'en ce qui concerne les rapports des recours en justice et des actions en nullité, il existe en droit français une règle centenaire selon laquelle les « voies de nullité n'ont lieu contre les jugements »¹⁴⁷⁴. Elle signifie que les jugements ne peuvent faire l'objet d'actions principales en nullité ; leur nullité ne pouvant être obtenue que par l'emploi *des actions en justice prévues par la loi*¹⁴⁷⁵.

Un très ancien arrêt de principe avait déjà consacré cette règle¹⁴⁷⁶, et institua ainsi une jurisprudence constante¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷⁴ Ch. DEVÈZE, *De la règle : voies de nullité n'ont lieu contre les jugements*, thèse Toulouse, 1938.

¹⁴⁷⁵ F. DERRIDA, P. GODÉ et J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, CRAJEFFE, Nice, 2^{ème} éd., Dalloz, 1986, p. 40. – Rappr. : N. FRICÉRO, *L'excès de pouvoir en procédure civile*, RGDP 1998. 17, spéc. p. 20.

¹⁴⁷⁶ Cass. civ., 7 nov. 1838 : S. 1838. 119. 866, note A. T. L'arrêt de cassation énonce très clairement la règle précitée : « *Attendu, que les jugements ne peuvent être annulés ou réformés qu'autant qu'ils ont été attaqués dans les délais et suivant les formes déterminées par la loi* ». Plus loin il exprime une autre règle générale tout aussi importante : sur la stabilité de l'état des personnes, il énonce : « *qu'un divorce ainsi prononcé est, quant à la dissolution du mariage, à l'abri de toute espèce d'attaque de la part des tiers, comme de la part des époux divorcés, parce que l'état des hommes ne saurait rester incertain sans qu'il en résultât un trouble dans les familles et une perturbation dans l'ordre social* ». En l'espèce, un avocat à Caen avait contracté mariage en 1791 avec la demoiselle Levasnier. Le 19 juillet 1811, un jugement du tribunal civil de la Seine avait prononcé le divorce, par défaut contre le sieur Bayeux. Quelques mois après, celui-ci contracta un second mariage avec la dame Delage. Le sieur Bayeux décéda en 1835 laissant des enfants d'un premier mariage. La dame Delage leur a signifié son contrat de mariage, ceux-ci ont soutenu que le mariage de leur père avec leur mère n'a pas été valablement dissous (...). Ils ont par conséquent conclu à la nullité du mariage de leur père avec la dame Delage. Le tribunal civil de Caen accueille leur demande et annule le jugement de divorce du 19 juillet 1811. Il considère entre autres motifs, que ce divorce avait été concerté entre la dame Levasnier et le sieur Bayeux en fraude des dispositions du Code civil pour déguiser un divorce par consentement mutuel sous l'apparence d'un divorce pour cause déterminée. Sur appel de la dame Delage, la cour d'appel de Caen confirme le jugement. La dame Delage forme alors un pourvoi en cassation qui prenait appui sur la règle précitée. Le pourvoi faisait valoir que : « *l'arrêt attaqué, a-t-on dit, a admis en principe que le jugement du 19 juill. 1811 pouvait être attaqué directement par voie de nullité, que ce droit aurait pu être exercé par le sieur Bayeux père, et qu'il pouvait l'être par ses enfants, agissant soit de son chef, soit dans leur intérêt personnel. Or, c'est là une erreur, car il a toujours été reçu en France que les voies de nullité n'avaient pas lieu contre les jugements. Les seules voies ouvertes aux parties pour faire réformer un jugement qui leur préjudicie, sont l'opposition, l'appel, la requête civile et le recours en cassation* ». Le pourvoi est accueilli par la Cour de cassation, qui casse l'arrêt en énonçant l'attendu de principe reproduit plus haut.

¹⁴⁷⁷ La jurisprudence amorcée par l'arrêt du 7 novembre 1838 fut en effet, fidèlement appliquée dans les décisions qui ont suivi : v. un très intéressant arrêt rendu en matière de faillite sous l'empire de la loi du 4 mars 1889, qui réitère cette jurisprudence mais en employant une formule beaucoup plus générale : Cass. civ., 1^{er} août 1930 : D.H. 1930. 506. L'arrêt énonce que : « *les voies ordinaires et extraordinaires ouvertes contre les jugements en matière contentieuse, civile ou commerciale, sont déterminées par le code de procédure civile et permettent seules, soit aux parties, soit aux tiers intéressés de faire réformer un jugement qui leur préjudicie ; qu'une action en nullité de ce jugement ne saurait dès lors être intentée et poursuivie qu'en employant l'un des moyens légaux de rétractation ou de réformation* ». L'arrêt poursuit, complétant le principe ci-dessus, et énonce que : « *la loi du 4 mars 1889 a nécessairement exclu l'action en nullité de ce jugement (le jugement d'ouverture de la procédure judiciaire), portée par voie principale devant le juge qui en a déjà connu, action qui constituerait une nouvelle voie de recours non reconnue par la loi* ».

Pour une décision qui applique cette solution, en déclarant *irrecevable* une action en nullité intentée contre une sentence arbitrale, par la voie extraordinaire de l'opposition, v. : Cass. com., 10 nov. 1947 : D. 1948, jur. 16. Était en l'espèce en cause, l'incompétence *ratione materiae* de l'arbitre invoquée à l'appui d'un

826. – Le droit positif a, à son tour, reconnu cette règle en tant que disposition législative du Code de procédure civile. C'est en effet à l'article 460 CPC que le législateur a entériné la règle séculaire susvisée. L'article 460 dispose :

« La nullité d'un jugement ne peut être demandée que par les voies de recours prévues par la loi ».

827. – Le droit libanais a repris cette même règle du droit français, il l'a expressément consacrée dans un texte du nouveau Code de procédure civile, c'est l'article 613 NCPC lib. qui reprend *textuellement* l'article 460 précité¹⁴⁷⁸.

Les deux articles 460 et 613 relatifs respectivement aux droits français et libanais sont contenus dans les « dispositions communes ou générales » des Codes de procédure civile, ce qui leur donne la qualification de *règle de portée générale*.

recours en opposition prévu à l'ancien article 1028 CPC (ancien). Pour déclarer ce recours irrecevable, la Cour de cassation énonce : « *Attendu que, saisie d'une action en nullité d'une sentence arbitrale, introduite devant le tribunal civil par la voie extraordinaire de l'opposition prévue à l'art. 1028 CPC, la Cour d'appel devait déclarer d'office irrecevable le moyen tiré de l'incompétence ratione materiae de l'arbitre, comme ne figurant pas au nombre des cas de nullité limitativement énumérés par ce texte exceptionnel, et qui donnent seuls ouverture à cette action, qu'un tel moyen, en effet, et nonobstant toute renonciation contraire, ne peut être invoqué que par la voie de l'appel de la sentence arbitrale elle-même* ». Rendue sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile, cette décision ne conserve pas moins un apport certain en ce qu'elle déclare que *la nullité de la sentence ne peut être obtenue que par la voie d'appel*. Actuellement, il n'est plus possible, par application de l'article 1481 CPC de former opposition contre la sentence arbitrale. Celle-ci peut faire l'objet d'un recours en annulation, par application de l'article 1484 CPC, pour les causes qui autrefois – et avant la réforme du droit de l'arbitrage – ont été reconnues *comme ouvrant la voie de appel-nullité* contre la sentence. Sur le recours en annulation institué par la réforme du droit de l'arbitrage, v. *infra* n^{os} 831 à 833.

V. une décision appliquant la règle dégagée au jugement ordonnant la séparation des biens des époux : CA Bordeaux, 21 janv. 1953 : D.P. 1953, jur. 699, note A. Weill. En l'espèce, deux personnes s'étaient mariées sans contrat le 7 mars 1925. Le 12 février 1926 intervint le jugement qui a ordonné la séparation des biens de ces époux. Le 21 juin 1951, la cour de Bordeaux a prononcé le divorce entre les deux époux. Le 29 juillet 1953, une action en nullité du jugement du 12 février 1926 fut intentée par l'épouse, soit vingt-trois ans environ après le jugement qui a prononcé la séparation des biens. Le tribunal civil de Bordeaux, par jugement du 21 mai 1951, a débouté l'épouse de la demande en nullité qu'elle a formée sur le fondement des articles 1395 et 1444 C.C. Celle-ci interjeta appel de ce jugement. Saisie de cet appel, la cour de Bordeaux énonce : « *Attendu qu'en admettant que Rocheron (l'ex-époux) ait imposé la séparation de biens à la dame Vidal (l'ex-épouse) à l'effet d'obtenir, dans un dessein de fraude, un changement de régime matrimonial en contravention aux dispositions de l'art. 1395 C.C., et que le jugement du 12 fév. 1926 repose sur des motifs erronés, ce jugement, qui eût pu faire l'objet, dans le temps convenable, des recours ordinaires, ne saurait, considéré sous cet aspect, être attaqué par la voie de l'action en nullité* ». Après l'énoncé de cet attendu, la cour poursuit en relevant des éléments de faits qui prouvent la réalité de la séparation des biens des époux. Elle confirme ainsi le jugement qui avait attaché au changement du régime en séparation des biens, les effets qui en découlent. – V. aussi, en droit des procédures collectives : CA Paris, 8 juill. 1987 : D. 1988, jur. 11, concl. J. Sauvel. Sous le visa de l'article 460 CPC, l'arrêt énonce : « *considérant qu'aux termes de l'article 460 CPC, la nullité d'un jugement ne peut être demandée que par les voies de recours prévues par la loi* ». – V. aussi pour un rappel plus récent de cette règle : Cass. com., 2 oct. 2007, n^o de pourvoi : 06-12.571.

¹⁴⁷⁸ Néanmoins, dans l'article 613 NCPC lib., un renvoi est fait à l'article 602 du même Code. L'article 602 NCPC lib. dispose :

« Tout intéressé peut intenter l'action en nullité de la décision gracieuse pour violation de la loi devant le tribunal compétent *ratione materiae* pendant toute la durée de la prescription. A moins que la décision lui ait été notifiée ou un acte d'exécution s'y rapportant, le délai dans ce cas sera de trente jours à dater de la notification ». Ce texte n'entre pas dans l'objet de la présente étude.

828. – Concernant la méthode employée dans ce chapitre deuxième du titre premier ; nous avons préféré employer l'intitulé générique de « recours-nullité » à celui plus spécifique d'« appel-nullité ». Si celui-ci constitue la voie de recours subsidiaire par excellence¹⁴⁷⁹, il existe aussi d'autres voies de recours qui ont été admises par la jurisprudence, comme formant des recours-nullité¹⁴⁸⁰, venant au secours du justiciable lorsqu'il a été victime d'une violation flagrante de la loi ou d'une méconnaissance des droits de la défense et qu'aucune voie de recours ne lui est ouverte pour faire valoir ses droits, notamment son droit à un *procès équitable*¹⁴⁸¹.

Etant donné que l'appel comme voie de nullité, a été créé par une jurisprudence très ancienne, qui a pris le temps d'en élaborer avec circonspection le régime juridique, il sera plus adéquat de commencer ce chapitre relatif aux recours-nullité par l'étude du régime juridique de l'appel-nullité¹⁴⁸². Son étude permettra de comprendre plus facilement l'admission en droit positif des autres recours-nullité.

829. – Dans ce cas de figure, la subsidiarité intervenant par le biais des recours-nullité, assume la défaillance de la voie de recours normalement ouverte. Nous examinerons dans un premier sous-chapitre « l'appel-nullité », puis dans un second sous-chapitre, les autres « recours-nullité » admis en droit positif.

¹⁴⁷⁹ Une doctrine autorisée affirme sans réserve le caractère subsidiaire de l'appel-nullité, v. par ex. : G. BOLARD, note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995 in D. 1996, jur. 80, 1^{ère} col. *in fine*. – Du même auteur, v. aussi : note sous Cass. 2^{ème} civ., 29 mars 1995 : D. 1996, jur. 153. – R. PERROT, obs. pour Cass. 1^{ère} civ., du 20 fév. 2007 in RTD civ. 2007. 387.

¹⁴⁸⁰ L'expression de « recours-nullité » est souvent employée par les auteurs contemporains à côté de celle d'« appel-nullité », pour marquer le développement de cette forme de recours ayant pour finalité l'annulation de jugements atteints de vices particulièrement graves, v : G. BOLARD, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995 in D. 1996, jur. 80, 2^{ème} col.

¹⁴⁸¹ Droit qui doit logiquement découler des principes généraux du droit, mais qui est aujourd'hui consacré par un texte de nature supra-législative ; il s'agit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en son article 6. Cet article dispose en son paragraphe premier, que :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...) ».

¹⁴⁸² Rappelons, par ailleurs, que les règles régissant l'appel ont été instituées en vue de la *finalité habituelle* de cette voie de recours, qui est la *réformation*. Donc, lorsque l'appel est employé à une fin *différente* de celle pour laquelle ces règles ont été élaborées, en l'occurrence, l'annulation, elles subissent inévitablement un *gauchissement*. V. : R. PERROT, note sous Trib. civ. Montluçon, 9 nov. 1951 et trib. civ. Meaux, 2 avr. 1952 in D. 1952, jur. 569. – V. aussi du même auteur : obs. in RTD civ. 1976. 406. – P. JULIEN, obs. pour Cass. 2^{ème} civ., 29 mars 1977 in D. 1977, IR. 386. – V. aussi du même auteur : obs. pour Cass. com., 6 mars 1984 in D. 1984, IR. 237.

Sous-chapitre 1^{er} : L'appel-nullité : voie de recours subsidiaire typique.

830. – Dans la présente perspective, l'étude de l'appel-nullité est particulièrement importante car il constitue en droit privé – plus précisément dans le droit processuel – une *parfaite illustration de la subsidiarité*. En ce sens que l'appel-nullité constitue une *voie de recours subsidiaire*. Autrement dit, l'appel-nullité sera recevable – si, bien entendu, certaines conditions se trouvent remplies – dans le cas où *aucune autre voie de recours n'est ouverte au justiciable*¹⁴⁸³.

831. – Il est cependant nécessaire au préalable de préciser, qu'il existe actuellement en droit français un recours que le législateur désigne par l'appellation de « recours en annulation », et qu'il faut distinguer de l'appel-nullité¹⁴⁸⁴. Le « recours en annulation » n'est rien d'autre que l'ancien appel-nullité, qui a formellement disparu du droit de l'arbitrage, et a été remplacé par *l'actuel recours en annulation*¹⁴⁸⁵. L'ancien appel-nullité de l'arbitrage était ouvert malgré la renonciation des parties à l'appel, alors que l'appel-nullité d'aujourd'hui *brave l'interdiction de la loi*¹⁴⁸⁶.

Le « recours en annulation » a été consacré avec l'entrée en vigueur du décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage. Ce décret a mis en place ce recours, qui est réglementé par les articles 1484 et 1504 CPC. Ces textes ont consacré le système jurisprudentiel qui s'appliquait antérieurement au contentieux de l'arbitrage. C'est pour cette raison que le droit de l'arbitrage, surtout la jurisprudence antérieure au décret précité de 1980, *reste un point de référence*¹⁴⁸⁷.

832. – Le législateur de 1980 s'est rendu compte qu'il s'agit d'un recours d'une nature *autre* que l'appel ordinaire, puisque sa fonction est *différente* de celle de l'appel – qui est la *réformation* –, c'est pour cette raison qu'il a préféré le nommer « recours en annulation »¹⁴⁸⁸. Cette dernière appellation rend, en effet, mieux compte de la *spécificité* de cette voie de recours¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸³ En ce sens : G. BOLARD, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995 in D. 1996, jur. 81, 1^{ère} col. – V. aussi de manière plus claire : Ch. LEFORT, *Théorie générale de la voie d'appel*, thèse Angers, 2000, (thèse microfiche), spéc. n° 1058.

¹⁴⁸⁴ G. BOLARD, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995 in D. 1996, jur. 80, 1^{ère} col.

¹⁴⁸⁵ Le « recours en annulation » est régi par l'article 1484 CPC. Sur le texte de cet article, v. *infra* note 2012 sous n° 1071.

¹⁴⁸⁶ G. BOLARD, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995 in D. 1996, jur. 80, 1^{ère} col.

¹⁴⁸⁷ G. BOLARD, *L'appel-nullité*, D. 1988, chron. 177, n° 7.

¹⁴⁸⁸ G. WIEDERKEHR, obs. pour CA Aix-en-Provence, 15 nov. 1993 in *Justices* 1995. 254.

¹⁴⁸⁹ G. WIEDERKEHR, *ibid.* 254.

833. – Le « recours en annulation » *n'est pas matériellement différent* de l'appel-nullité¹⁴⁹⁰, il emprunte le régime de celui-ci tel que la jurisprudence l'a construit et conçu. La matière se présente de telle manière, qu'on est en présence d'un recours en annulation¹⁴⁹¹ qui est uniquement *formellement différent* de l'appel-nullité¹⁴⁹². Le recours en annulation diffère cependant sur un point radical de l'appel-nullité en ce qu'il *ne constitue pas une voie de recours subsidiaire*. C'est un recours qui est régi par des textes du Code de procédure civile, à l'instar de toute autre voie de recours. C'est pour cette raison, que seul l'appel-nullité sera examiné dans la présente étude, *à l'exclusion du recours en annulation*, propre à l'arbitrage.

834. – En revanche, l'appel-nullité n'est réglementé par aucun texte particulier, il constitue une *création prétorienne*. Ce recours s'est développé en marge de la pratique judiciaire, dans le but de sanctionner les vices *particulièrement graves* affectant une décision de justice, et, de sauvegarder les droits de la défense et les droits fondamentaux de procédure civile, lorsqu'aucune voie de recours n'était ouverte au demandeur lui permettant de faire valoir ses droits. A la différence du recours en annulation, consacré et réglementé par la loi, l'appel-nullité n'a pas besoin du support d'un texte particulier pour être recevable, *il n'a, plus précisément, besoin du support d'aucun texte*. L'appel-nullité aura vocation à s'appliquer au profit du justiciable lorsqu'un *impératif supérieur de justice* exige qu'une décision affectée d'un vice particulièrement grave *ne reste pas à l'abri de la sanction*. Les tribunaux ont improvisé cette voie de recours, pour ne pas laisser sans sanction les atteintes flagrantes à la légalité qui se révèlent dans la pratique judiciaire, lorsque – précisément – les parties se sont volontairement *dépouillées* de toute voie de recours, ou lorsque la loi a *prohibé toute voie de recours*. L'appel-nullité est ainsi né lorsque les tribunaux confrontés à une décision qui en principe est non susceptible d'appel, décident qu'elle le devient en raison de vices particulièrement graves qui *en affectent la validité*¹⁴⁹³.

¹⁴⁹⁰ Rappr. : Y. LOUSSOUARN, *Les voies de recours dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage*, Rev. arb. 1980. 671, spéc. p. 682.

¹⁴⁹¹ Sur le recours en annulation existant dans le droit de l'arbitrage, v. *infra* n^{os} 831 et 832.

¹⁴⁹² La doctrine a d'ailleurs fait le rapprochement entre ces deux voies de recours, v. : R. PERROT, obs. pour Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007 in RTD civ. 2007. 387.

¹⁴⁹³ Rappr. : M. KIRCSH, concl. pour CA Paris 10 mai 1976 in Gaz. Pal. 1976. I. 428.

835. – Cette audace ne pouvait cependant aller jusqu’à *contrer* franchement et ouvertement la lettre de la loi : la jurisprudence a ainsi adopté la dénomination d’« appel-nullité » parce qu’il ne *lui appartenait pas de créer de nouvelles voies de recours*¹⁴⁹⁴.

836. – S’agissant des vices qui peuvent affecter une décision de justice, et contrairement à ce que l’on pense parfois, ce n’est pas parce qu’un vice de procédure est allégué que l’appel devient nécessairement un appel-nullité au sens précis du terme¹⁴⁹⁵. Ce n’est pas un vice *quelconque* qui peut justifier la recevabilité de l’appel-nullité, mais seulement les vices *qui revêtent une gravité particulière*¹⁴⁹⁶. Autrement dit, l’exercice de l’appel-nullité requiert que l’ordre public processuel ait été *gravement bafoué* par la décision attaquée¹⁴⁹⁷. D’une manière générale, certains auteurs ont expliqué l’avènement de l’appel-nullité par le fait qu’il concrétise la naissance d’une *révolte* contre la prohibition des voies de recours et un retour vers le *mécanisme naturel* de l’ouverture de celles-ci, de manière générale¹⁴⁹⁸, et, de manière plus particulière, vers *le régime normal du double degré de juridiction*¹⁴⁹⁹, régime qui *gouverne* le droit judiciaire privé¹⁵⁰⁰, et qui est considéré comme « principe essentiel de l’organisation judiciaire »¹⁵⁰¹, et, comme une « une garantie fondamentale de bonne justice »¹⁵⁰². D’autres, ont – plus clairement – expliqué que toute réglementation trop stricte, en l’occurrence, la prohibition des voies de recours, finit par créer ses propres « antidotes »¹⁵⁰³, exprimant leur crainte que la multiplication de ces prohibitions, ne fasse naître des « notions parasites » en marge de celles-là¹⁵⁰⁴.

¹⁴⁹⁴ G. WIEDERKEHR, obs. précit. pour CA Aix-en-Provence, 15 nov. 1993 in *Justices* 1995. 254.

¹⁴⁹⁵ R. PERROT, obs. pour Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007 in *RTD civ.* 2007. 387. L’auteur explique à cet égard, qu’il est toujours possible dans le cadre d’un appel ordinaire, d’invoquer une irrégularité de procédure qui pourrait entraîner la nullité du jugement, *sans que ce soit pour autant un appel-nullité* pour lequel il faut que certains griefs soient démontrés, tels l’excès de pouvoir.

¹⁴⁹⁶ O. BARRET, *L’appel-nullité (dans le droit commun de la procédure civile)*, *RTD civ.* 1990. 199 et s., spéc. n° 23. – V. aussi dans le même sens : G. BOLARD, note sous Cass. com., 3 mars 1992 et 12 mai 1992 in *D.* 1992, jur. 347, 1^{ère} col. – A. ROBERT, *L’appel-nullité*, *Dr. et Pat.* fév. 1998, n° 57, p. 58.

Pour une décision qui énumère au nombre des conditions de recevabilité l’appel-nullité, le caractère suffisamment grave du vice dont est atteinte la décision, v. : CA Rouen, 22 mai 1996 : *JCP* 1996. 4. 1795. – Sur l’exigence par la jurisprudence du caractère particulièrement grave des vices allégués par l’appelant, v. *infra* n° 1039.

Sur l’excès de pouvoir, fondement de l’appel-nullité, v. *infra* n°s 841 et s.

¹⁴⁹⁷ O. BARRET, note sous Cass. com., 15 janv. 1991 : *JCP (E)* 1991. 2. n° 165, p. 148.

¹⁴⁹⁸ V. par ex. : W. BARANÈS, M.-A. FRISON-ROCHE et J.-H. ROBERT, *Pour le droit processuel*, *D.* 1993, chron. 9, spéc. p. 11, 1^{ère} col. – V. aussi : P. MORVAN, *op. cit.*, n° 589, pp. 558 et 559.

¹⁴⁹⁹ P. MORVAN, *ibid.*, n° 589, pp. 558 et 559.

¹⁵⁰⁰ A. HONORAT et D. MAS, note sous Cass. com., 6 mars 1984 : *D.* 1984, jur. 568.

¹⁵⁰¹ G. AMEILHAUD, *L’effet dévolutif de l’appel en matière civile*, thèse Toulouse, 1942, p. 164. – N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, L.G.D.J., bibl. dr. priv. tome 287, 1997, préf. M. Gobert, n° 364, p. 288. Selon cet auteur, le principe du double degré de juridiction « impose que tout

D'autres ont, plus simplement, avancé que l'appel-nullité traduit l'application de « principes supérieurs »¹⁵⁰⁵, et, trouve sa raison d'être dans la nécessité d'atténuer les *rigueurs de la prohibition de l'appel*¹⁵⁰⁶. A cet égard, la prohibition des voies de recours ou la réduction drastique de ceux-ci a été justement considérée comme une « anomalie juridique »¹⁵⁰⁷. C'est pour cette raison, l'on peut avancer que, plus la réglementation devient rigide plus les « soupapes de sécurité » deviennent *nécessaires*¹⁵⁰⁸. L'appel-nullité ayant été considéré comme l'« antidote » à la mise en cause de la garantie des voies de recours par le législateur¹⁵⁰⁹ et, la « soupape de sécurité »¹⁵¹⁰ à la rigidité de la réglementation, qualifié de « miraculeux »¹⁵¹¹, il s'accompagne de la naissance de notions, perfectionnées et adaptées elles-mêmes par la jurisprudence, qui *épaulent* son admission¹⁵¹². D'autres ont estimé que la possibilité d'exercer une voie de recours est considérée comme une garantie essentielle de *respect des droits de la défense*¹⁵¹³. D'autres encore, ont même

justiciable puisse avoir le droit à ce que le litige soit jugé par deux juridictions distinctes se situant à un niveau différent dans la hiérarchie judiciaire ». – Ch. LEFORT, thèse précit., p. 280, n° 326 *in fine*.

Dans le même ordre d'idées, on l'a également considéré être comme un « principe général de procédure », v. : B. CHENOT, concl. pour Cons. Ét., 4 fév. 1944 in RDP 1944. 176, spéc. p. 179.

¹⁵⁰² Ch. LEFORT, thèse précit., p. 280, n°s 328 et 329 *in fine*. L'auteur explique que cette règle constitue une garantie de bonne justice parce qu'elle autorise *le double examen* d'une même cause par deux juridictions distinctes, et confère à la seconde juridiction *le pouvoir de réformer* la décision émanée des premiers juges si elle estime, le cas échéant, que cette dernière a été mal rendue, et, parce qu'elle contribue ainsi à favoriser le *rétablissement de la vérité judiciaire*. – Rapp. : B. CHENOT, concl. précit. pour Cons. Ét., 4 fév. 1944 in RDP 1944. 176, spéc. p. 179.

¹⁵⁰³ R. PERROT, obs. pour CA Paris, 20 mars 1975 in RTD civ. 1976. 404.

¹⁵⁰⁴ R. PERROT, *ibid.*, p. 404.

¹⁵⁰⁵ G. WIEDERKEHR, obs. pour CA Nîmes, 28 janv. 1993 in JCP 1994. 1. 3733, n° 9, 2^{ème} col.

¹⁵⁰⁶ L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, n° 835. – Rapp. : G. WIEDERKEHR, obs. précit. pour CA Nîmes, 28 janv. 1993 in JCP 1994. 1. 3733, n° 9, 2^{ème} col. L'auteur estime que l'appel-nullité conduit à écarter l'*effet mécanique de la loi*.

¹⁵⁰⁷ G. BOLARD, note précit. sous Cass. com., 3 mars 1992 et 12 mai 1992 in D. 1992, jur. 348, 1^{ère} col.

¹⁵⁰⁸ P. MORVAN, *op. cit.*, n° 589, pp. 558 et 559. – Rapp. : R. PERROT, obs. pour Cass. 2^{ème} civ., 17 juin 1987 : RTD civ. 1988. 185. L'auteur a émis cette opinion à propos du développement de l'excès de pouvoir dans la pratique judiciaire et plus spécialement en droit civil. Nous pensons que cette opinion peut être valablement étendue à l'appel-nullité. Ce qui est le plus significatif dans ce rapprochement entre deux notions dont l'une – en l'occurrence, l'excès de pouvoir – constitue le fondement de l'autre, qui est l'appel-nullité, c'est qu'à l'instar de l'appel-nullité, l'excès de pouvoir a été de même qualifié par l'auteur de « soupape de sécurité ».

¹⁵⁰⁹ A. HONORAT et D. MAS, note sous Cass. com., 9 fév. 1988 : D. 1988, jur. 410, n° 3.

¹⁵¹⁰ R. PERROT, obs. pour Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007 in RTD civ. 2007. 387. L'auteur précise de même que c'est à *titre subsidiaire* que l'appel intervient « comme une soupape de sécurité ». – V. aussi : M. CABRILLAC, note sous Limoges, 13 août 1986 in JCP 1986. 2. 20693, spéc. I, A. Cet auteur emploie quant à lui l'expression de « soupape de sûreté ».

¹⁵¹¹ G. WIEDERKEHR, obs. précit. pour CA Nîmes, 28 janv. 1993 in JCP 1994. 1. 3733, n° 9, 2^{ème} col.

¹⁵¹² Exemple de notion épaulant l'admission de l'appel-nullité et qui a été jugée comme nécessitant elle-même d'être maîtrisée, est fourni par l'excès de pouvoir. Sur l'excès de pouvoir, v. *infra* n°s 841 et s.

¹⁵¹³ H. MOTULSKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, 1961, Dalloz et Sirey, T. 2, p. 175, n° 30. – V. aussi dans le même sens : A. HORY, note sous Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 1993, CA Paris, 16 avr.

proclamé que le double degré de juridiction est *d'ordre public*¹⁵¹⁴, et, qu'il est au nombre des *principes fondamentaux de procédure civile*¹⁵¹⁵, et, qu'il fait partie des « principes para-constitutionnels »¹⁵¹⁶, c'est-à-dire des principes que le législateur peut aménager à condition de respecter l'égalité entre les justiciables¹⁵¹⁷, et, qu'il constitue une « garantie de bonne justice »¹⁵¹⁸, souhaitant ainsi qu'il soit considéré comme un *droit fondamental* à tout plaideur¹⁵¹⁹.

Concernant précisément le concept de « garanties de bonne justice », on a, très justement, considéré que l'appel-nullité traduit le principe posé par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales d'un *droit à un procès équitable*¹⁵²⁰.

1993 et 26 mai 1992 : Rev. arb. 1993. 442. Ce même auteur a estimé que l'absence de recours contre les ordonnances du président du tribunal prises en vertu de l'article 1457 CPC, dans sa fonction d'assistance à la constitution du tribunal arbitral, est *regrettable et contraire à certains principes fondamentaux du droit*, v. : note sous Cass. 2^{ème} civ., 18 déc. 1996 et CA Versailles, 14 nov. 1996 in Rev. arb. 1997. 375.

V. aussi qui rattache les voies de recours aux droits de la défense : G. WIEDERKEHR, *Droits de la défense et procédure civile*, D. 1978, chron. 36.

Sur la recevabilité de l'appel-nullité contre les ordonnances du président du tribunal prises en vertu de l'article 1457 précité, v. *infra* n^{os} 1062 à 1070.

¹⁵¹⁴ GLASSON, note in Rev. crit. lég. jurisp. 1881. 416, cité par G. AMEILHAUD, *op. cit.*, p. 174. – TISSIER, note sous Cass. civ., 12 mars 1889 in S. 1891. 1. 513.

¹⁵¹⁵ W. JEANDIDIER, note sous Cass. crim., 17 et 29 mai 1984 : D. 1984, jur. 541. – Rapp. : P. MALAVAL, note sous Cass. crim., 24 fév. 1981 (deux arrêts) : D. 1981, jur. 472.

¹⁵¹⁶ F. LUCHAIRE, *Un janus constitutionnel : l'égalité*, RDP 1986. 1227, spéc. p. 1253 et s.

¹⁵¹⁷ N. FRICÉRO, *L'excès de pouvoir en procédure civile*, art. précit., p. 42 et les réf. citées. – Rapp. : F. LUCHAIRE, *op. cit.*, 1253. Cet auteur considère que la règle du double degré de juridiction n'a pas de force contraignante à l'égard du législateur que dans les procédures qui, pour la cause principale, organisent un double degré de juridiction.

¹⁵¹⁸ J. SAVATIER, *Décisions prud'homales en premier ou dernier ressort*, Dr. soc. 1997. 170.

¹⁵¹⁹ J. SAVATIER, *ibid.*, 174.

¹⁵²⁰ G. WIEDERKEHR, obs. précit. pour CA Aix-en-Provence, 15 nov. 1993 in JCP 1994. 1. 3785, n° 6.

Sur le texte de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, v. *supra* note 1481 sous n° 828.

837. – A cet égard, la jurisprudence a eu l’occasion de statuer sur la place à donner au double degré de juridiction dans l’ordonnement juridique. Elle a en effet décidé, que le double degré de juridiction fait partie des *principes généraux du droit*¹⁵²¹, et que *l’appel est un droit admis à tout plaideur*¹⁵²², solution qui doit être

¹⁵²¹ CA Paris, 10 mai 1976 (Le Parisien Libéré c. Khripounoff) : Gaz. Pal. 1976. 1. 424, concl. M. Kirsch, note anon. C’est une décision relative à la justice prud’homale, plus précisément à un appel contre une décision rendue par un bureau de conciliation des Conseils de prud’hommes, ces décisions n’étant pas, *en principe*, susceptibles d’appel immédiat. Cet arrêt se présente sans nul doute comme un arrêt de principe. C’est ainsi que sur la question de la recevabilité de l’appel immédiat contre la décision du bureau de conciliation, l’arrêt énonce : « *Considérant que les moyens de l’appel immédiat dont la cour est saisie se résument à deux refus injustifiés par la juridiction, saisie régulièrement dans le cadre de l’art. R. 516-18, d’admettre la représentation de la société par Me Ader, avocat à la cour de Paris ; défaut de motif justifiant l’attribution à Khripounoff (le salarié intimé) d’une somme de 4.000 F à titre de salaire* » ; « *Considérant que la recevabilité d’un tel appel paraît pouvoir être admise pour la première partie de la décision ; qu’en effet il ne s’agit pas d’une décision préparatoire ou provisoire mais d’un refus immédiat et définitif d’admettre la représentation d’une partie pour cette phase de la procédure qui comporte désormais pour le conseil la possibilité d’ordonner des mesures qui, pour limitées et provisoires qu’elles soient, n’en sont pas moins lourdes de conséquences ; qu’ainsi l’intimé, qui avait manifesté clairement sa volonté de ne pas être absent du débat mais d’y être représenté par un avocat, a été privé de tous moyens de défense et dans l’incapacité de faire valoir ses droits, d’invoquer, par exemple, sinon des exceptions de procédure, auxquelles le texte permet à la juridiction de ne pas s’arrêter mais une fin de non-recevoir qui ne paraît pas a priori exclue ; qu’une telle décision est ainsi de nature à faire grief ; que la faculté d’en interjeter immédiatement appel trouve sa source dans les principes généraux du droit au double degré de juridiction réaffirmé par les art. 527 et 542 CPC, la décision en cause de part sa nature particulière (art. 480 CPC) ne paraissant pas rentrer dans la catégorie des jugements qui ne peuvent être frappés d’appel indépendamment des jugements sur le fond* » ; « *Considérant, d’autre part, que cette décision étant intimement liée à la seconde, il apparaît que la recevabilité de son appel devrait entraîner la recevabilité de l’appel sur le tout, l’ensemble de la décision étant vicié par la violation des droits de la défense qui résulterait, ipso facto, d’un refus de représentation non justifié, à la condition toutefois que la preuve de ce vice soit rapportée* ». Cette décision a en outre le mérite de donner des critères de qualification pour la décision qui est de « nature à faire grief ». Sur les faits de l’espèce, ainsi qu’une analyse de la décision, v. *infra* note 1743 sous n° 942 et note 1755 sous n° 945.

Sur le régime de l’appel différé applicable aux décisions du bureau de conciliation, v. *infra* n°s 941 et 942. Il demeure important de souligner que, même rangée au nombre des principes généraux du droit, il a été décidé que la règle du double degré de juridiction *n’est pas d’ordre public*, v. : Cass. com., 5 juill. 1971 : Gaz. Pal. 1971. 2. 757 ; RTD civ. 1972. 185, obs. P. Raynaud. En l’espèce, le syndic d’une société en faillite poursuivait en paiement des dettes sociales quelques administrateurs de la société. L’un d’eux avait demandé à la Cour d’appel d’enjoindre au syndic d’assigner d’autres administrateurs en intervention forcée afin qu’il soit statué sur une éventuelle mise à leur charge de tout ou partie de l’insuffisance d’actif. La Cour d’appel avait refusé au double motif qu’elle n’avait pas d’injonction à donner aux parties et que la mise en cause désirée se heurterait à la règle du double degré de juridiction. L’arrêt est cassé, car la Cour d’appel « avait le pouvoir de donner au syndic l’injonction demandée » et « qu’elle ne pouvait invoquer d’office la règle du double degré de juridiction ». La règle du double degré de juridiction était en jeu, car il s’agissait d’imposer à des tiers une intervention en appel qui les exposait à une condamnation et pas seulement à une déclaration d’arrêt commun, v. : P. RAYNAUD, obs. in RTD civ. 1972. 186. La solution résulte donc de manière implicite de la décision, car en censurant l’arrêt d’appel, la Cour de cassation refuse que la règle du double degré de juridiction puisse être soulevée d’office, lui déniant par là-même tout caractère d’ordre public.

V. aussi qui approuve cette solution : J. VIATTE, note sous CA Paris, 21 janv. 1975 in Gaz. Pal. 1975. 1. 327.

V. pourtant qui affirme le contraire : Ch. LEFORT, thèse précit., n° 365.

pleinement approuvée. Plus, la jurisprudence s'est référée au principe du double degré de juridiction pour sanctionner une illégalité, et ainsi décider dans le sens de la *recevabilité* d'un recours dans un cas où la loi le prohibait¹⁵²³.

Déjà, la place donnée en droit public au principe du double degré de juridiction *correspond largement à celle qui en est consacrée en droit privé*. C'est ainsi que le Conseil d'État avait considéré que le principe du double degré de juridiction constituait un *principe général de procédure*¹⁵²⁴, auquel « *seule une loi pourrait porter atteinte* »¹⁵²⁵.

¹⁵²² CA Paris, 10 mai 1976 (Le Parisien Libéré c. Exbourse) : Gaz. Pal. 1976. I. 389. C'est une décision relative à la justice prud'homale ; les décisions rendues par les bureaux de conciliation des Conseils de prud'hommes ne sont susceptibles d'appel qu'avec le jugement rendu sur le fond. La Cour d'appel de Paris fait une longue dissertation sur la philosophie de l'appel différé ; elle énonce concernant le double degré de juridiction, que : « *L'examen de la doctrine et de la jurisprudence antérieure à la réforme de septembre 1974 et au Code de procédure civile actuel qui a repris en général les réformes de 1972 trahit l'opposition entre la volonté du législateur de restreindre la prolifération des voies de recours qui ralentissent le cours des procès et la pratique judiciaire qui aurait tendance à les multiplier ; qu'en ce qui concerne l'appel, voie de recours ordinaire contre les décisions de première instance, il a toujours été admis qu'il est un droit acquis en principe à tout plaideur débouté (...)* ». Sur les faits de l'espèce, ainsi qu'une analyse de la décision, v. *supra* note 1496 sous n° 919, *infra* note 1742 sous n° 942, notes 1746 et 1749 sous n° 943 et note 1457 sous n° 946. – V. aussi de manière plus générale : CA Versailles, 9 juill. 1986 : Gaz. Pal. 1986. 2. 570, note J.-F. Martin ; *ibid.* 1987. I. 133, note J.-P. Marchi. La Cour énonce dans son attendu que : « *l'appel des décisions de justice est un droit général reconnu aux plaideurs dans la mesure où il ne leur est pas retiré par une disposition législative et réglementaire expresse* ».

Sur la règle du recours différé instituée par la loi pour certaines décisions de justice, v. *infra* n°s 925 à 941.

¹⁵²³ Cass. crim., 24 fév. 1981 : Bull. crim., n° 69 ; D. 1981, jur. 469, note P. Malaval. Bien que rendu en matière criminelle, cet arrêt est d'un important apport au regard du droit privé ou du droit des voies de recours en général, car il énonce une solution à portée générale. Il met en cause l'article 186 C. proc. pén., texte qui depuis a subi de nombreuses et successives modifications, mais conserve néanmoins la spécificité de poser des restrictions au droit de faire appel des ordonnances du juge d'instruction. L'arrêt énonce : « *Attendu qu'aux termes de l'article L. 263-3-1 C. trav., en cas d'accident du travail survenu dans une entreprise où ont été relevés des manquements graves ou répétés aux règles d'hygiène et de sécurité du travail, la juridiction saisie doit, (...) faire obligation à l'entreprise de prendre toutes mesures pour rétablir des conditions normales d'hygiène et de sécurité du travail* » ; « *Attendu qu'une ordonnance du juge d'instruction rendue à cette fin et prétendant s'appuyer sur ledit article L. 263-3-1 excède les pouvoirs de ce magistrat* ». Et l'arrêt de poursuivre dans un attendu de principe : « *Attendu que si une telle ordonnance n'entre pas dans les prévisions des dispositions des articles 186 et suivants C. proc. pén. qui énumèrent limitativement les ordonnances rendues en application dudit code et contre lesquelles le droit d'appel est ouvert aux parties autres que le procureur de la république, elle peut cependant, en vertu du principe général du double degré de juridiction, être frappée d'appel par les personnes qui y sont désignées, auxquelles elle fait directement grief* ». – V. aussi une décision qui se réfère au principe du double degré de juridiction, mais dans un cas où le texte en cause n'interdisait pas tout recours, v. : Cass. crim., 10 janv. 1980 : Bull. crim., n° 18.

¹⁵²⁴ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n° 364, p. 289.

¹⁵²⁵ Cons. Ét., 4 fév. 1944 : RDP 1944. 176, concl. B. Chenot, note G. Jèze. Se prononçant sur la recevabilité de la requête, le Conseil énonce que : « *Considérant qu'il n'appartient pas au chef de l'État, agissant en vertu des pouvoirs qu'il tient de l'article 18 du sénatus-consulte du 3 mai 1854, d'apporter une dérogation à la règle du double degré de juridiction, applicable à tous les tribunaux administratifs qui siègent aux colonies ; que seule une loi pourrait porter atteinte à ladite règle* ».

838. – Dans cette perspective de *principes généraux du droit*, il doit être admis que toute *restriction grave* ou *interdiction* pure et simple des voies de recours sera inévitablement contrecarrée par la naissance d'une voie de recours – telle l'appel-nullité – venant à la rescousse du justiciable, victime d'une transgression flagrante de la légalité¹⁵²⁶. Et le retour vers l'état normal des garanties procurées par les voies de recours judiciaires sera de cette manière réalisé. Ceci n'est pas un vœu mais une *réalité* consacrée par un courant jurisprudentiel constant. En effet, les plus hautes juridictions françaises ont toujours exprimé la volonté de faire prévaloir *même contre la règle légale applicable*, la nécessité d'ouvrir une voie de recours contre toute décision juridictionnelle¹⁵²⁷. Ainsi, la jurisprudence a consacré, *en marge de la loi*, un véritable « droit fondamental à une voie de recours »¹⁵²⁸. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur *constitutionnelle* du « droit au recours »¹⁵²⁹.

839. – Ces réalités consacrées par le droit positif convergent toutes vers la *reconnaissance* au justiciable d'un « droit à un recours » *en marge et, contre* la lettre de la loi ; ce qui présage évidemment que l'étude sur l'appel-nullité soulèvera de nombreuses questions problématiques.

Une étude exhaustive de l'appel-nullité nécessite que soient successivement examinés dans quatre sections, les fondements de cette voie de recours d'origine prétorienne (section 1^{ère}), les manifestations de la subsidiarité à travers cette voie de recours (section 2), les effets de cette voie de recours (section 3), et, enfin l'office du juge qui en est saisi (section 4).

Section 1^{ère} : Les fondements de l'appel-nullité.

840. – Il peut être affirmé de manière générale que les *atteintes flagrantes à la légalité* peuvent valablement constituer le fondement de l'appel-nullité. Une telle affirmation demeure cependant *très vague*.

¹⁵²⁶ Rapp. : N. FRICÉRO, *L'excès de pouvoir en procédure civile*, art. précit. p. 23.

¹⁵²⁷ B. OPPETIT, note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992 in *Rev. crit. DIP* 1992. 702.

¹⁵²⁸ S. GUINCHARD, *CPC commenté, Mégacode Dalloz*, 2009, sous art. 542, n° 003.

¹⁵²⁹ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n° 295, et les réf citées. L'auteur estime que ce nouveau droit ainsi reconnu appelle un parallèle avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précisément avec son article 13, selon lequel « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale ».

La jurisprudence a depuis longtemps décidé que la commission d'un excès de pouvoir, ainsi que la violation d'un principe fondamental de procédure civile, se concrétisant le plus souvent par une *atteinte aux droits de la défense*, justifient la recevabilité d'un appel-nullité.

841. – Néanmoins, la violation des principes fondamentaux de procédure civile comme fondement de l'appel-nullité est aujourd'hui *sérieusement ébranlée*¹⁵³⁰. Ceci ne permet pour autant pas qu'elle soit purement et simplement rejetée comme fondement de l'appel-nullité, et c'est ce que nous montrerons plus loin.

L'excès de pouvoir a conservé avec constance sa place comme fondement de l'appel-nullité, il sera ainsi étudié en premier (par. 1^{er}), pour que par la suite soit examinée la question de la violation des principes fondamentaux de procédure civile (par. 2).

Par. 1^{er} : L'excès de pouvoir.

842. – L'étude de ce fondement de l'appel-nullité requiert que soit en premier examinée, la notion d'excès de pouvoir (sous-par. 1^{er}), pour que par la suite soient examinées les illustrations jurisprudentielles de la notion (sous-par. 2), ainsi que l'effet qui s'attache à la commission d'un excès de pouvoir dans le cas de recours différé (sous-par. 3), pour qu'enfin puissent être appréciés les liens existants entre l'excès de pouvoir et la subsidiarité (sous-par. 4).

Sous-par. 1^{er} : La notion d'excès de pouvoir.

843. – La notion d'excès de pouvoir a connu une nette évolution qu'il nous faut retracer, pour par la suite mettre en relief ses spécificités en droit privé. C'est ainsi, que d'une notion traditionnelle du droit administratif (A), elle a conquis le droit judiciaire privé et s'est *harmonisée* avec les concepts de celui-ci (B).

¹⁵³⁰ Sur ce point, v. *infra* n^{os} 978.

A. – La notion traditionnelle d’excès de pouvoir.

844. – La notion traditionnelle d’excès de pouvoir est celle qui est née et s’est élaborée en droit administratif. En droit administratif, l’excès de pouvoir est entendu comme étant la situation où un organe empiète dans son action, sur les compétences d’un autre. Plus précisément, c’est lorsqu’une personne morale de droit public exerce des compétences qui *ne lui appartiennent pas*, mais sont celles d’une autre personne publique qui lui est supérieure dans la hiérarchie administrative, ou bien, lorsque, agissant dans le cadre de sa compétence, elle dépasse les limites qui lui sont fixées par la loi. Ainsi, la notion traditionnelle d’excès de pouvoir est liée à l’idée de *séparation des pouvoirs*¹⁵³¹. Le droit privé a repris cette notion du droit administratif. C’est sans doute pour cette raison, que la jurisprudence ancienne de la Cour de cassation, influencée par les vues du droit administratif, s’en tenait à une *conception assez traditionnelle* de la notion d’excès de pouvoir, supposant que le juge *ait transgressé les limites dans lesquelles la loi a circonscrit son autorité*¹⁵³². Mais au-delà de l’idée de séparation des pouvoirs¹⁵³³, la jurisprudence ancienne enseigne, que *l’excès de pouvoir est condamnable* car il « porte atteinte aux règles qui constituent le pouvoir judiciaire »¹⁵³⁴.

¹⁵³¹ G. BOLARD, note précit. sous Cass. com., 3 mars 1992 et 12 mai 1992 in D. 1992, jur. 347, 2^{ème} col. – J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz 2009-2010, n° 73.52. – V. aussi dans le même sens : F. DERRIDA, note sous Cass. com., 25 janv. 1994 in D. 1994, jur. 381.

¹⁵³² Cass. req., 20 fév. 1907 : D.P. 1907. 1. 112. L’arrêt énonce : « *Le grief ci-dessus énoncé ne pourrait, même en le supposant établi, constituer l’excès de pouvoir qui est la transgression, de la part du juge, des limites dans lesquelles la loi a circonscrit son autorité* ». – V. aussi dans le même sens : Cass. req., 14 mai 1907 : D.P. 1907. 1. 360. – V. aussi : Cass. req., 26 fév. 1923 précit. (1^{ère} esp.) : D.P. 1923. 1. 17, rapp. Célice : « *Attendu qu’il n’appartient qu’au pouvoir législatif de déterminer les conditions qui peuvent donner lieu à déchéance ou à réversion du droit à une pension alimentaire, ou à des allocations accordées par la loi du 31 mars 1919 (...)* ; – *Que sur requête de la dame Guillou, le tribunal civil de Quimper, par jugement du 27 août 1921, a prononcé la déchéance de Guillou Baptiste, père de Guillou Henri-Louis, marin mort pour la France, du droit à l’allocation d’ascendant prévue par l’art. 28 de la loi du 31 mars 1919, et a ordonné la réversion de cette allocation au profit de la dame Guillou, mère dudit marin ; qu’en statuant ainsi et en créant une déchéance et une réversion qui ne sont pas prévues par la loi, le tribunal est sorti de ses attributions judiciaires et a excédé ses pouvoirs* ». – Pour une hypothèse où le tribunal civil a empiété sur les attributions de l’autorité administrative, v. Cass. req., 26 fév. 1923 précit. (2^{ème} esp.) : D.P. 1923. 1. 17, rapp. Célice.

¹⁵³³ V. pour une décision se rapportant aux recours contre les décisions des juges de paix, qui évoque clairement la séparation des pouvoirs : Cass. req., 26 avr. 1892 : D.P. 1893. 1. 162. L’arrêt énonce : « *Attendu qu’aux termes de l’art. 15 de la loi du 15 mai 1838, les jugements rendus en dernier ressort par les juges de paix, ne peuvent être attaqués par la voie du recours en cassation que pour excès de pouvoir, c’est-à-dire lorsque le juge de paix dépassant le cercle de ses attributions judiciaires, empiète sur celles des pouvoirs législatifs, exécutif ou administratif* ». – V. aussi dans le même sens : Cass. req., 10 fév. 1868 : D.P. 1868. 1. 422. – Cass. req., 9 juill. 1894 : D.P. 1894. 1. 512. – V. aussi : Cass. req., 30 mai 1854 : D.P. 1854. 1. 323. Pour décrire l’acte d’excès de pouvoir, la Cour énonce : « *En effet, un juge excède ses pouvoirs, lorsqu’il fait un acte non compris dans les attributions déléguées par la loi au pouvoir judiciaire* ». – V. aussi : Cass. req., 5 mai 1862 : D.P. 1862. 1. 432. – Cass. req., 15 fév. 1938 : D.P. 1938. 1. 126, note G. Monsarrat.

¹⁵³⁴ DUPIN, concl. pour Cass. req., 2 avr. 1851 in D.P. 1851. 1. 74, note anon.

845. – Déjà, un éminent juriste¹⁵³⁵ de l'époque avait pressenti l'extension que la notion a prise, extension que le législateur¹⁵³⁶ n'avait pas prédite. Mesurant l'ampleur de l'extension, ils ont estimé¹⁵³⁷ que dans cette acception nouvelle élargie de l'excès de pouvoir, celui-ci résulterait de *presque tous les vices qui donnent ouverture à cassation*.

Cette opinion est défendable dans la mesure où l'appel-nullité – recours fondé sur l'excès de pouvoir – peut être valablement comparé au pourvoi en cassation¹⁵³⁸. Mais nous ne pensons pas que *toute* violation de la loi suffirait à constituer l'existence d'un excès de pouvoir, et justifierait par conséquent l'admission de l'appel-nullité, car une telle solution *rendrait absolument vaine* l'interdiction légale de la voie d'appel¹⁵³⁹.

Il faut que la violation de la légalité *revête une certaine gravité*¹⁵⁴⁰, mais peu importe, sous cet angle, que l'intérêt privé soit seul en cause ou qu'il s'agisse de l'intérêt général, la nature de l'excès de pouvoir *est toujours la même*¹⁵⁴¹.

¹⁵³⁵ CÉLICE, rapport pour Cass. req., 26 fév. 1923 (deux espèces) in D.P. 1923. 1. 18.

¹⁵³⁶ A l'époque, le pourvoi pour excès de pouvoir était régi par l'article 80 de la loi du 27 ventôse an VIII. Ce texte disposait :

« Le Gouvernement, par la voie de son commissaire, et sans préjudice du droit des parties intéressées, dénoncera au Tribunal de cassation, section des requêtes, les actes par lesquels les juges auront excédé leurs pouvoirs, ou les délits par eux commis relativement à leurs fonctions. La section des requêtes annulera ces actes, s'il y a lieu, et dénoncera les juges à la section civile pour faire à leur égard les fonctions de jury d'accusation ».

Actuellement, le pourvoi pour excès de pouvoir est régi par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1967. Cet article dispose :

« Le Garde des sceaux, ministre de la justice, peut, en matière civile, prescrire au Procureur général de déférer à la chambre compétente de la Cour de cassation les actes par lesquels les juges excèdent leurs pouvoirs.

Les parties sont mises en cause par le Procureur général qui leur fixe des délais pour produire leurs mémoires ampliatifs et en défense. Le ministère d'avocat n'est pas obligatoire.

La chambre saisie annule ces actes s'il y a lieu et l'annulation vaut à l'égard de tous ».

Une différence notable existe entre ces deux textes, c'est l'effet du recours à l'égard des droits des parties. Selon l'article 80 précité, le recours n'a point d'effet à l'égard des droits des parties, en revanche, selon l'article 18 de la loi du 3 juillet 1967 actuellement en vigueur, l'annulation de l'acte attaqué aura effet à l'égard de toute personne intéressée.

¹⁵³⁷ CÉLICE, rapport précit., p. 18.

¹⁵³⁸ Sur la comparaison de l'appel-nullité et du pourvoi en cassation, v. *infra* n^{os} 1077 et s.

¹⁵³⁹ Rappr. : A. PERDRIAU, *Pour une limitation des appels-nullité*, Gaz. Pal. 1996. 1. doct. 204, spéc. p. 207, n^o 29.

Sur la prohibition légale de l'appel, v. *infra* n^{os} 925 et s.

¹⁵⁴⁰ Rappr. : A. PERDRIAU, *Pour une limitation des appels-nullité*, *ibid.*, p. 207, n^o 29.

¹⁵⁴¹ V. déjà : CÉLICE, rapport précit. pour Cass. req., 26 fév. 1923 (deux espèces) : D.P. 1923. 1. 18. Nous pensons que cette opinion est toujours valable aujourd'hui. Il importe peu que l'intérêt qui a été lésé soit privé ou public. C'est la nature de l'acte incriminé qui détermine la qualification d'excès de pouvoir, ainsi que la gravité de la transgression faite à la légalité.

846. – Les auteurs classiques ont tenté de définir l'excès de pouvoir ; mais les formules qu'ils ont proposées sont loin d'être identiques. Dans son acception la plus large, l'excès de pouvoir serait, « *de la part du juge ou d'un tribunal, l'acte par lequel il sort du cercle de ses attributions et fait ce dont la loi ne lui permet pas de s'occuper* »¹⁵⁴². Pour certains, l'excès de pouvoir se confondrait avec l'incompétence ; or cette opinion est démentie par les textes qui étaient en vigueur à l'époque¹⁵⁴³, elle est de même et surtout, démentie par la jurisprudence de l'époque qui considérait que *l'incompétence ne pouvait être assimilée à un excès de pouvoir*¹⁵⁴⁴. Pour d'autres, l'excès de pouvoir résulterait de l'acte par lequel le juge viole le principe de la séparation des pouvoirs¹⁵⁴⁵ ; cette formule correspond plus à la volonté du législateur mais a l'inconvénient d'être trop étroite. Pour d'autres enfin, il y a excès de pouvoir chaque fois qu'une règle d'ordre public est violée ; ce qui est très *restrictif* et ne correspond pas à la jurisprudence qui était en vigueur à cette époque-là. Parmi les opinions exposées, celle qui correspond le plus à l'état du droit positif de l'époque semble être la deuxième¹⁵⁴⁶. Il faut cependant lui ajouter cette nuance : que le juge commet un excès de pouvoir sans empiéter sur aucun domaine, quand « il sort du sien en s'arrogeant des droits refusés à l'autorité judiciaire »¹⁵⁴⁷.

Aujourd'hui la notion traditionnelle de l'excès de pouvoir a évolué, a connu plus d'une mutation. C'est ce qui va être examiné dans ce qui va suivre.

¹⁵⁴² Définition proposée par MERLIN, reproduite par E. FAYE, *La Cour de cassation (1903)*, rééd. La mémoire du droit, 1999, n° 456.

¹⁵⁴³ En effet, l'ancienne loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix contredit cette opinion doctrinale. Cette loi déclare les jugements des juges de paix susceptibles d'appel en cas d'incompétence, et n'autorise le recours en cassation qu'en cas d'excès de pouvoir.

¹⁵⁴⁴ V. par ex. : Cass. req., 26 avr. 1892 : D.P. 1893. 1. 162. – Cass. req., 8 juill. 1902 : D.P. 1902. 1. 424.

Sur cette question, v. *infra* n°s 847 à 849.

¹⁵⁴⁵ Il existe incontestablement un lien entre la notion d'excès de pouvoir à ses origines et le principe de la séparation des pouvoirs. En effet, l'article 80 de la loi du 27 ventôse an VIII qui régit le recours en annulation pour excès de pouvoir est la reproduction presque littérale de l'article 27 du chapitre 5 du titre troisième de la Constitution des 3-14 septembre 1791. Or, il existe un lien évident entre ce dernier texte et les articles 10 et 13 du décret des 16-24 août 1790 qui ont posé le principe de la séparation des pouvoirs.

¹⁵⁴⁶ En ce sens : CÉLICE, rapport précit. pour Cass. req., 26 fév. 1923 (deux espèces) : D.P. 1923. 1. 18.

Pour un exposé détaillé des opinions doctrinales connues à l'époque, v. CÉLICE, rapport précit. pour Cass. req., 26 fév. 1923 : D.P. 1923. 1. 18.

¹⁵⁴⁷ Formule proposée par GARSONNET, reproduite par : CÉLICE, rapport précit. in D.P. 1923. 1. 18.

B. – La notion actuelle d’excès de pouvoir.

847. – Aujourd’hui en effet, il n’en est plus tout à fait ainsi ; en droit privé, la notion d’excès de pouvoir revêt une physionomie particulière. Elle a dépassé le critère technique, qui conduirait à sanctionner la seule violation de la séparation des pouvoirs¹⁵⁴⁸, pour acquérir plus de *malleabilité*¹⁵⁴⁹. Ainsi, il y a excès de pouvoir lorsqu’une juridiction s’arroge des pouvoirs qu’elle n’a pas, statuant hors les limites qui lui sont fixées par la loi, ou au contraire, lorsqu’une juridiction jouissant de pouvoirs qui lui sont octroyés par la loi, s’abstient, refuse de les exercer ou, plus simplement, les méconnaît¹⁵⁵⁰. Sous ce double aspect, positif et négatif, la notion est aujourd’hui reconnue par une doctrine autorisée¹⁵⁵¹. Néanmoins, une jurisprudence ancienne très remarquée avait déjà admis l’existence de la notion sous ce double aspect¹⁵⁵², en soulignant que dans les deux cas, que le grief d’excès de pouvoir résulte d’un acte positif ou qu’au contraire ce soit un excès de pouvoir « négatif », le « *trouble de juridiction est de même nature* ».

¹⁵⁴⁸ Soulignons cependant, qu’aujourd’hui encore, il existe des décisions qui visent la notion d’excès de pouvoir dans sa conception *traditionnelle*, v. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2001 : Bull. civ. 1, n° 37, p. 23.

¹⁵⁴⁹ G. BOLARD, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995 in D. 1996, jur. 81.

¹⁵⁵⁰ F. KERNALEGUEN, *L’excès de pouvoir du juge*, Justices, n° 3, janv.-juin 1996, p. 151, spéc. p. 155. Cet auteur a qualifié cette hypothèse d’excès de pouvoir « par défaut ».

¹⁵⁵¹ En ce sens : S. GUINCHARD, note sous Cass. 2^{ème} civ., 22 nov. 1989 in Rev. arb. 1990. 147.

¹⁵⁵² Cass. civ., 14 mai 1900 : D.P. 1900. 1. 356. L’arrêt énonce dans un attendu de principe, que : « *Attendu qu’il y a d’excès de pouvoir lorsque le juge refuse de se reconnaître un pouvoir que la loi lui confère aussi bien que dans le cas où il sort du cercle de ses attributions légales ; – Que dans les deux cas, le trouble de juridiction est de même nature* ». En l’espèce, une mineure émancipée par le mariage a fait citer devant le tribunal de paix du canton Nord de Dijon, un marchand de papiers peints, pour obtenir que la requête civile présentée par elle soit entérinée, et le jugement par défaut du 15 nov. 1888, rétracté. Le tribunal de paix constate qu’aucune opposition n’a été faite par les représentants légaux de la mineure. La demanderesse soutenait que la requête civile était recevable devant les tribunaux de paix, alors que le défendeur soutenait le contraire. Le tribunal se livre après avoir fait une minutieuse interprétation des articles du Code de procédure civile, arrive à la conclusion que la requête civile n’est pas recevable devant les juges de paix. Le tribunal décide que la requête civile présentée par la mineure est irrecevable. Celle-ci intenta avec son mari, un pourvoi en cassation, pour excès de pouvoir en ce que le jugement attaqué du tribunal de paix de Dijon, a déclaré non recevable la requête par elle formée, sous prétexte que cette voie de recours n’était pas recevable contre les décisions émanant d’un tribunal de paix et, ainsi l’a privée d’une voie de recours organisée par la loi. La Cour de cassation casse le jugement attaqué, et déclare avant de prononcer l’attendu de principe ci-dessus rapporté, que : « *Attendu que si l’organisation des tribunaux de paix ne se prête pas à l’accomplissement de certaines formalités de procédure telles que l’intervention des avoués et la communication au Ministère public, on ne saurait déduire de là que la requête civile soit interdite aux parties qui remplissent toutes les autres conditions de la matière ; – Que ce recours, qui suppose l’erreur de fait d’un juge qui, mieux informé, eût jugé différemment, s’accorde avec les principes de l’institution des justices de paix, et qu’il est d’autant plus nécessaire devant ces tribunaux que la stricte observation des formes protectrices de la défense n’y est pas garantie par l’exercice du recours en cassation* ». Cet attendu est non moins important de celui reproduit plus haut, il revêt toutes les caractéristiques d’un attendu de principe. Bien qu’il ne soit pas directement rattaché à la matière étudiée, il mérite l’attention en ce qu’il a affirmé que la requête civile était en accord avec l’institution des juges de paix. Mais il est surtout important en ce qu’il a déclaré la nécessité de l’admission de ce recours devant les juges de paix, pour assurer une garantie minimale des droits de la défense et pour pallier l’absence du recours en cassation.

848. – Ayant fait l'objet d'une adaptation, la notion a *évolué*. En droit privé, elle a un sens plus large¹⁵⁵³. Cette notion est – dirons-nous – rattachée à l'idée de *bonne conduite de la justice judiciaire*. C'est ainsi qu'elle consiste en l'utilisation par un tribunal de pouvoirs qu'il n'a pas ou, même, en *l'atteinte à de principes fondamentaux de procédure*¹⁵⁵⁴. Et c'est sous cet angle, qu'un éminent auteur a pu – valablement d'ailleurs – comparer cette notion à une *incompétence particulièrement flagrante*¹⁵⁵⁵, et, qui est de nature à mettre en cause la source du pouvoir juridictionnel. Vue ainsi, c'est – selon ce même auteur – une notion *superlative* par rapport à l'incompétence. Mais si elle se compare à l'incompétence, *elle ne se confond nullement avec celle-ci*¹⁵⁵⁶. Cette notion a de même été comparée à la notion d'*inexistence*¹⁵⁵⁷, dans les rapports que celle-ci entretient avec la théorie des nullités¹⁵⁵⁸.

¹⁵⁵³ A. HORY, note précit. sous Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 1993, CA Paris, 16 avr. 1993 et 26 mai 1992 : Rev. arb. 1993. 442.

¹⁵⁵⁴ S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile*, Dalloz, 31^{ème} éd., 2012, n° 1036.

¹⁵⁵⁵ R. PERROT, obs. pour CA Paris, 20 mars 1975 : RTD civ. 1977. 622.

¹⁵⁵⁶ Rappr. : F. KERNALEGUEN, *op. cit.*, p. 153.

¹⁵⁵⁷ R. PERROT, obs. pour CA Paris, 24 nov. 1981 : RTD civ. 1982. 204. – Du même auteur : obs. pour Cass. 2^{ème} civ., 17 juin 1987 : RTD civ. 1988. 185. – V. aussi du même auteur : obs. pour Cass. com., 22 oct. 1996 in RTD civ. 1997. 746.

¹⁵⁵⁸ On se demande dans quelle mesure il est possible de souscrire à cette opinion. En effet, il faut prendre en considération un important courant doctrinal libanais représenté par le Professeur FAYEZ HAGE CHAHINE, qui dénie qu'il puisse y avoir entre l'inexistence et les théories des nullités, plus précisément entre l'inexistence et la nullité absolue, un rapport de hiérarchie. Selon cet auteur, c'est une différence de *nature* et non une différence de degré, qui sépare entre inexistence et nullité absolue. Les deux théories ne procèdent pas – selon l'auteur – de la même idée ; l'inexistence évoque le néant, alors que la nullité absolue procède de l'idée d'illicéité. Cette différence dans les fondements se reflète sur le régime juridique des deux théories ; alors que la confirmation est possible mais illicite en matière de nullité absolue, alors qu'elle n'est ni possible ni licite en matière d'inexistence. Prendre en considération cette opinion, au demeurant très défendable et fondée, reviendrait à émettre de sérieuses réserves sur la comparaison établie par le Professeur PERROT, entre d'une part, la relation de l'excès de pouvoir et de l'incompétence, et d'autre part, la théorie de l'inexistence et celle des nullités.

Il est vrai qu'il n'est pas très aisé de comparer les opinions doctrinales relatives à la théorie de l'inexistence en France et au Liban. En France la théorie de l'inexistence suscite toujours une vive controverse doctrinale et donne naissance à une jurisprudence ambiguë et divisée. La situation est quelque peu différente au Liban où l'inexistence dispose d'une assise textuelle en ce qu'elle a été consacrée par le Code libanais des obligations et des contrats. Il serait intéressant, concernant l'inexistence, de consulter les articles 188, 203, 196 et 216 de ce Code.

849. – Ainsi se dessine la nette distinction entre incompétence et *défaut du pouvoir de juger*. Seul celui-ci est constitutif d'excès de pouvoir¹⁵⁵⁹. La jurisprudence a, heureusement, eu l'occasion de mettre en relief la différence existant entre l'incompétence et le défaut du pouvoir de juger. C'est ainsi que, dans une espèce mettant en cause l'admission d'une banque au passif d'un redressement judiciaire, des cautions appelées à garantir les engagements du débiteur failli avaient formé un recours contre l'ordonnance du juge-commissaire ayant déclaré l'admission au passif de cette créance, et – détail important –, non pas devant la cour d'appel, mais devant le tribunal qui avait accueilli leur contestation. Or, l'erreur était *manifeste*, car si l'ordonnance du juge-commissaire a été rendue dans les limites des attributions de ce magistrat, il a été, à juste titre, jugé que le tribunal était, en revanche, *dépourvu de pouvoir juridictionnel* pour statuer sur une matière *réservée à la cour d'appel*¹⁵⁶⁰.

Ainsi, l'excès de pouvoir traduit le comportement d'un juge compétent, *qui ne respecte pas les pouvoirs que la loi lui attribue*, soit parce qu'il refuse de les appliquer, soit parce qu'il les dépasse¹⁵⁶¹.

En outre, pouvoir nettement faire la distinction entre défaut de pouvoir de juger, donc excès de pouvoir, et incompétence, revêt un intérêt incontestable *au niveau procédural*. Le moyen arguant de l'excès de pouvoir est susceptible d'être *soulevé en tout état de cause*¹⁵⁶², ce qui n'est pas du tout le cas de l'exception d'incompétence. Il ne faut donc pas négliger l'intérêt qui s'attache à la distinction qui est à faire entre défaut de pouvoir de juger et incompétence.

¹⁵⁵⁹ V. M. SANTA-CROCE, *De la limitation des voies de recours à la délimitation de l'excès de pouvoir*, in *Perspectives de droit économiques. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 467, spéc. p. 469 et s. L'auteur a très bien mis en relief les liens étroits existant entre l'excès de pouvoir et le pouvoir du juge de juger, plus précisément l'étendue du pouvoir du juge de juger.

¹⁵⁶⁰ Cass. com., 22 oct. 1996 : Bull. civ. 4, n° 251, p. 216 ; JCP 1996. 2. 22738, rapp. J.-P. Rémy ; Procédures, déc. 1996, comm. n° 350, note R. Perrot ; RTD civ. 1997. 746, obs. R. Perrot. La banque créancière du débiteur failli et dont la créance a été admise au passif par l'ordonnance précitée du juge-commissaire a formé un appel contre le jugement du tribunal rendu sur recours des cautions du débiteur. La cour d'appel a déclaré cet appel irrecevable, au motif que l'appelante n'est pas fondée à invoquer devant la cour d'appel l'incompétence du tribunal, faute d'avoir soulevé cette exception de procédure devant lui. La censure de l'arrêt était inévitable : l'absence d'ouverture d'une voie de recours, à l'origine du défaut de pouvoir juridictionnel du tribunal, constituait non une exception d'incompétence *mais une fin de non-recevoir que la banque était fondée à invoquer par la voie de l'appel*.

Bien que rendue sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, cette solution conserve un intérêt et une valeur certains car elle concernait une hypothèse où l'appel du jugement entrepris n'était pas soumis aux dispositions restreignant l'exercice des voies de recours du droit commun. Pour en savoir plus sur cet arrêt, v. *infra* note 1862 sous n° 998.

¹⁵⁶¹ N. FRICÉRO, *L'excès de pouvoir en procédure civile*, art. précit. p. 29.

¹⁵⁶² R. PERROT, obs. pour Cass. com., 22 oct. 1996 précit. in RTD civ. 1997. 746.

850. – On peut en définitive affirmer, que le développement de l'excès de pouvoir reflète une *réaction* à l'égard d'une législation trop stricte qui tend à *limiter les voies de recours*. L'excès de pouvoir est au nombre des « soupapes de sécurité »¹⁵⁶³ qui deviennent nécessaires face à des structures légales trop rigides¹⁵⁶⁴.

Appréhendé de cette manière, l'excès de pouvoir constitue une notion assez large mais, malheureusement, jugée comme « perturbatrice »¹⁵⁶⁵, difficile à maîtriser¹⁵⁶⁶, d'une « fluidité déconcertante »¹⁵⁶⁷ et « d'un emploi difficile »¹⁵⁶⁸.

Ces opinions contiennent une part de vérité car l'excès de pouvoir est une notion *élastique* et assez ambiguë, dont *aucune définition synthétique* n'a été donnée¹⁵⁶⁹, et qui a connu et connaît toujours un développement en jurisprudence¹⁵⁷⁰.

L'excès de pouvoir recouvre en effet, une variété infinie d'actes imputables aux juridictions, jugés comme préjudiciables aux justiciables et portant – de manière générale – atteinte à la *bonne conduite de la justice*. La notion d'excès de pouvoir a pendant un certain temps, connu un développement d'une ampleur telle, qu'ont été jugées constitutives d'excès de pouvoir les *violations des règles de fond considérées comme essentielles*¹⁵⁷¹.

¹⁵⁶³ Cette exacte expression a été employée par le conseiller J.-P. Rémy pour qualifier la notion d'excès de pouvoir, v. : J.-P. RÉMERY, rapport pour Cass. com., 11 oct. 1994 in D. 1995, jur. 297.

Et sur la dénomination de « soupape de sécurité » donnée à l'appel-nullité, v. *supra* n° 836.

¹⁵⁶⁴ En ce sens : R. PERROT, obs. pour Cass. 2^{ème} civ., 17 juin 1987 in RTD civ. 1988. 186.

¹⁵⁶⁵ R. PERROT, obs. précit. pour Cass. 2^{ème} civ., 17 juin 1987 in RTD civ. 1988. 186. – V. aussi du même auteur : obs. in RTD civ. 1977. 621.

¹⁵⁶⁶ R. PERROT, *ibid.*, p. 186. – Du même auteur : obs. précit. pour CA Paris, 20 mars 1975 in RTD civ. 1977. 622.

¹⁵⁶⁷ R. PERROT, obs. pour CA Paris, 10 mai 1976 (deux espèces) in RTD civ. 1976. 626. – V. dans le même sens et du même auteur : obs. précit. pour CA Paris, 24 nov. 1981 in RTD civ. 1982. 204. – V. aussi dans le même sens et du même auteur : obs. pour Cass. soc., 12 juin 1986 in RTD civ. 1987. 147.

¹⁵⁶⁸ F. DERRIDA, note précit. sous Cass. com., 25 janv. 1994 in D. 1994, jur. 381, 2^{ème} col.

¹⁵⁶⁹ F. DERRIDA, *ibid.*, 381, 2^{ème} col.

¹⁵⁷⁰ Ce développement concerne la justice prud'homale, et concerne surtout la matière des procédures collectives connue comme étant le domaine de préférence de l'appel-nullité. V. par ex. pour trois arrêts rendus le même jour : Cass. com., 26 juin 2001 : JCP 2002. 2. 10096, note A. Perdriau ; RD banc. et fin. 2002, Act. n° 20, obs. F.-X. Lucas. Sur la jurisprudence relative à l'appel-nullité dans les procédures collectives, v. *infra* n° 1036 et s.

¹⁵⁷¹ V. par ex. : Cass. com., 3 mars 1992 : Bull. civ. 4, n° 103, p. 182 ; D. 1992, jur. 345, note G. Bolard ; Rép. Def. 1992, art. 35382, p. 1380, obs. J.-P. Sénéchal. Cette espèce met en cause la violation de l'article 81, alinéa 4 de la loi du 25 janvier 1985. Sur cette décision, v. *infra* note 1620 sous n° 873. – V. aussi : Cass. com., 27 avr. 1993 : Bull. civ. 4, n° 152, p. 104 ; D. 1994, somm. 45, obs. F. Derrida ; Rev. sociétés 1993. 649, note Y. Chaput. Sur cet arrêt, v. *infra* note 1926 sous n° 1039. – Cass. com., 28 fév. 1995 : D. 1995, jur. 562, note G. Bolard. Sur cet arrêt, v. *infra* note 1943 sous n° 1045. Ces deux décisions mettent en cause la violation de l'article 62, al. 3 de la loi du 25 janvier 1985. – V. aussi : Cass. com., 22 avr. 1997, n° de pourvoi : 94-22.144. Cette décision se rapportait à la violation des anciens articles 81, 155 et 156 de la loi du 25 janvier 1985 devenus respectivement les articles L. 621-83, L. 622-17 et L. 622-18 C. com. qui régissent les modalités de cession de l'entreprise.

851. – La notion a, en effet, acquis une extension et une généralité telles, que certains commentateurs¹⁵⁷² ont souligné que la jurisprudence l'utilise dans le sens d'*irrégularité grossière*, de *violation flagrante de la loi* ou, même, d'*erreur de droit manifeste*¹⁵⁷³. D'autres ont estimé¹⁵⁷⁴, face à l'extension que la notion a acquise, qu'il ne serait pas souhaitable de l'enfermer dans des critères étroits.

852. – Mais cette extension a aussi ses *méfais*, à telle enseigne qu'une doctrine autorisée en est arrivée à considérer que la notion d'excès de pouvoir est employée par la jurisprudence comme un « coupe-fil »¹⁵⁷⁵, qu'elle est devenue une « clé passe-partout »¹⁵⁷⁶, ou le « sésame-ouvre-toi »¹⁵⁷⁷ qui *ouvre la voie à tous les recours*¹⁵⁷⁸. Elle a aussi été décrite comme un « outil à tout faire »¹⁵⁷⁹. Autrement dit, ce qui fait que la notion soit perturbatrice et nécessite d'être maîtrisée, c'est qu'elle permet de *contourner toutes les prohibitions légales*¹⁵⁸⁰.

853. – Il semble que la maîtrise de cette notion est, aujourd'hui, loin d'être atteinte, car les cas d'ouverture de recours pour excès de pouvoir contre des décisions pour lesquelles le recours est prohibé ou simplement différé demeurent *toujours* assez importantes¹⁵⁸¹. Ceci prouve, encore une fois, l'extension non négligeable que la notion connaît, extension dénoncée par d'éminents auteurs comme aboutissant à *vider de leur substance* des textes qui instituent des prohibitions pures et simples de recours immédiats¹⁵⁸².

¹⁵⁷² V. : P. JULIEN, obs. pour CA Paris, 5 avr. 1995 in D. 1996, somm. 139.

¹⁵⁷³ Il est requis que l'erreur de droit soit *manifeste* pour que l'excès de pouvoir soit constitué, une simple erreur dans l'application de la loi ne suffit pas à constituer un excès de pouvoir, v. par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 18 déc. 2008 : Bull. civ. 2, n° 270.

¹⁵⁷⁴ N. FRICÉRO, *L'excès de pouvoir en procédure civile*, art. précit. p. 17.

¹⁵⁷⁵ R. PERROT, obs. pour Cass. soc., 3 oct. 1985 in RTD civ. 1987. 146.

¹⁵⁷⁶ R. PERROT, obs. précit. pour Cass. 2^{ème} civ., 17 juin 1987 in RTD civ. 1988. 185.

¹⁵⁷⁷ R. PERROT, obs. précit. pour CA Paris, 10 mai 1976 (deux espèces) in RTD civ. 1976. 626.

¹⁵⁷⁸ Outre qu'il constitue un fondement à l'appel-nullité, l'excès de pouvoir possède aussi la particularité de rendre *immédiatement* recevable les recours contre une décision lorsque précisément, la loi a décidé que ce recours soit différé. Sur cette question, v. *infra* n°s 930 et s.

¹⁵⁷⁹ Ph. THÉRY, obs. pour Cass. 1^{ère} civ., 27 avr. 2004 in RTD civ. 2004. 769, obs. Ph. Théry.

¹⁵⁸⁰ R. PERROT, obs. précit. pour Cass. 2^{ème} civ., 17 juin 1987 in RTD civ. 1988. 185. – V. aussi dans le même sens et du même auteur : obs. pour CA Aix-en-Provence, 7 fév. 1983 in RTD civ. 1983. 793.

¹⁵⁸¹ Soulignons que les cas d'interdiction de l'appel ont récemment diminué. Ceci est vrai pour le droit des entreprises en difficulté depuis la dernière réforme opérée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui a abrogé certaines textes de la loi du 26 juillet 2005 qui instituaient des interdictions au droit d'appel. Sur cette réforme, et les modifications opérées, v. *infra* n°s 1004, 1010 et 1056. Et pour une illustration où l'excès de pouvoir permet de déroger à la règle du recours différé posée par la loi, v. la jurisprudence des décisions du bureau de conciliation des conseils de prud'hommes, *infra* n°s 942 et s.

¹⁵⁸² R. PERROT, obs. pour Cass. soc., 12 juin 1986 in RTD civ. 1987. 146. L'auteur critique le développement très rapide de la notion d'excès de pouvoir, développement qui – selon lui – a conduit à *démolir* l'article R. 516-19 C. trav. – devenu aujourd'hui l'article R. 1454-16 C. trav. – texte qui était encore jeune au temps où l'auteur faisait ses observations critiques, puisque ce texte résulte de la réforme de la procédure prud'homale amorcée au début des années soixante-dix. Ce même auteur réitère son opinion susmentionnée, il met en garde encore contre un « étirement » indéfini de la notion d'excès de

Cette opinion peut être ardemment défendue, car il faut prendre garde au développement excessif de notions « parasites »¹⁵⁸³, telles que l'excès de pouvoir qui peuvent *compromettre* l'efficacité d'une réglementation restrictive des voies de recours.

854. – Mais d'un autre côté, il ne faut pas non plus sous-estimer le fait que l'interdiction de tout recours immédiat peut être grave, inopportune même¹⁵⁸⁴. C'est pour cette raison que devient parfois nécessaire le recours à des notions telles l'excès de pouvoir, fonctionnant comme des « soupapes de sécurité », permettant de *pallier la rigidité* du système des voies de recours.

Nous pensons en définitive, que la notion d'excès de pouvoir est une arme efficace pour permettre de rendre justice aux plaideurs lorsque – bien entendu –, il existe à leur détriment une atteinte flagrante à la légalité, et que l'accès aux voies de recours leur est limité ou, dénié. Il faut néanmoins en user avec circonspection, sous peine de *vider* de leur contenu les prohibitions légales des voies de recours¹⁵⁸⁵, qui répondent à une logique déterminée.

855. – Rendant lui-même possible une violation de la loi, les liens existants entre l'excès de pouvoir et celle-ci sont *évidents*. Et de manière générale, on peut affirmer que l'excès de pouvoir *appartient à la violation de la loi*¹⁵⁸⁶, en ce sens qu'il ne saurait exister sans la violation d'une règle de droit. Cette idée se manifeste plus particulièrement lorsque l'excès de pouvoir *procède de la violation de la règle de l'effet dévolutif*, attaché à l'appel et régie par l'article 562 CPC¹⁵⁸⁷.

pouvoir, estimant toujours qu'un étirement indéfini de cette notion entraînerait à « vider de sa substance » la prohibition de l'appel immédiat instituée par l'ancien article R. 516-19 C. trav. devenu l'article R. 1454-16 C. trav. Il rappelle à cet égard, et à juste titre d'ailleurs, que cette prohibition a été instituée pour éviter un contentieux systématique de la part de certains défendeurs pour qui *le temps ne compte pas*, v. obs. pour Cass. soc., 16 juill. 1987 in RTD civ. 1988. 400.

Sur le texte de l'article R. 1454-16 C. trav., et l'effet « neutralisant » qu'a l'excès de pouvoir sur cette prohibition, v. *infra* n° 942 et s.

¹⁵⁸³ Ce terme même a été employé par R. PERROT pour qualifier la notion d'excès de pouvoir, v. obs. pour CA Paris, 20 mars 1975 in RTD civ. 1976. 404.

¹⁵⁸⁴ C. LOYER-LAHRER, note sous Cass. soc., 5 oct. 1978 in Gaz. Pal. 1978. 1. 52.

¹⁵⁸⁵ Sur les rapports entre l'existence des voies de recours et le développement de l'appel-nullité dont l'excès de pouvoir constitue l'un des fondements, v. *supra* n° 588.

¹⁵⁸⁶ J. BORÉ et L. BORÉ, *op. cit.*, n° 73.33. – M. WALINE, *La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs*, Paris, 1926, Jouve et Cie, spéc. p. 228. – V. aussi : F. KERNALÉGUEN, *op. cit.*, p. 156. – N. FRICÉRO, *L'excès de pouvoir en procédure civile*, art. précit., p. 21 et pp. 26 à 28. – C. PUIGELIER, note sous Cass. soc., 13 mars 2001 in D. 2002, jur. 244.

¹⁵⁸⁷ Pour une hypothèse où l'excès de pouvoir résulte de la violation de l'article 562 CPC, v. : Cass. soc., 13 mars 2001 : Bull. civ. 5, n° 92 ; D. 2002, jur. 241, note C. Puigelier. Sur cet arrêt, v. *infra* note 1643 sous n° 892. Il s'agit d'un arrêt de cassation. La censure par la Cour de cassation de l'arrêt d'appel s'est faite sous le visa de l'article 562 CPC. – V. aussi pour une hypothèse où l'excès de pouvoir résulte de la

C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que le fait de statuer en appel sur une demande en garantie, avant qu'il n'ait été statué sur la demande principale, pendante devant le premier juge, n'est pas constitutif d'excès de pouvoir, *aucune loi n'imposant dans ce cas le sursis à statuer*¹⁵⁸⁸.

856. – Par ailleurs, il est intéressant de constater que la simple violation de la loi *glisse en excès de pouvoir* toutes les fois que les voies de recours se trouvent *trop étroitement mesurées*¹⁵⁸⁹. Cette réalité rappelle que, plus les voies de recours sont sévèrement réglementées, plus les chances de voir ces restrictions légales tomber en cas d'illégalité commise *croissent*¹⁵⁹⁰.

L'assertion que l'excès de pouvoir appartient à la violation de la loi, a aussi besoin d'être précisée, car si l'excès de pouvoir appartient à la violation de la loi, *il ne se confond aucunement avec celle-ci*, mais, il va bien *au-delà de la violation de la loi*¹⁵⁹¹. Ceci est d'autant plus vrai qu'existent aujourd'hui dans la loi, certaines décisions qui ne sont pas susceptibles de recours pour violation de la loi mais peuvent *seulement* faire l'objet d'un pourvoi en cassation *sur le fondement de l'excès de pouvoir*¹⁵⁹².

violation des articles 561 et 562 CPC : Cass. 2^{ème} civ., 22 mai 1996 : Bull. civ. 2, n° 99, p. 63 ; D. 1996, IR. 157. En l'espèce, la cour d'appel méconnaît l'étendue de ses pouvoirs et viole les articles 561 et 562, lorsque dans un litige locatif opposant des preneurs à leur bailleur et à une agence immobilière, elle refuse de faire application de l'effet dévolutif de l'appel institué par l'article 562 précité, et de se saisir du fond du litige, et renvoie la cause et les parties devant le tribunal d'instance pour qu'il soit statué sur l'indemnité de privation de jouissance des locataires. – V. aussi pour une hypothèse analogue : Cass. 2^{ème} civ., 7 nov. 1994 : Bull. civ. 2, n° 220, p. 127 ; D. 1995, IR. 10.

¹⁵⁸⁸ Cass. 3^{ème} civ., 21 nov. 1968 : Bull. civ. 3, n° 481, p. 366.

¹⁵⁸⁹ F. DERRIDA, note précit. sous Cass. com., 25 janv. 1994 in D. 1994, jur. 381, 2^{ème} col.

¹⁵⁹⁰ Rappr. : G. BOLARD, *Heurs et malheurs des voies de recours dans les faillites*, Rev. proc. coll. 1991, 1, n° 20.

Sur les rapports existant entre les restrictions imposées aux voies de recours et la naissance de l'appel-nullité, v. *supra* n° 588.

¹⁵⁹¹ Rappr. : M. WALINE, *La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs*, *op. cit.*, p. 228.

¹⁵⁹² Ceci est notamment le cas des décisions rendues en matière d'expropriation. C'est ainsi que l'ordonnance d'expropriation ne peut, en vertu de l'article L. 12-5 C. exprop., être attaquée que par la voie du recours en cassation et seulement pour incompétence, excès de pouvoir ou vice de forme. – V. pour une ordonnance d'expropriation entachée d'excès de pouvoir : Cass. 3^{ème} civ., 13 avr. 1988 : Bull. civ. 3, n° 74, p. 43 ; D. 1988, somm. 307, obs. P. Carrias. Sur cet arrêt, v. *infra* note 1636 sous n° 886.

Sur l'excès de pouvoir comme fondement ultime de recours organisés par la loi, v. *infra* n° 949 et s.

857. – Plus délicate que la question des liens existants entre la violation de la loi avec l'excès de pouvoir, est celle relative aux liens qu'entretient celui-ci avec l'ordre public. Un éminent auteur a résumé ce point en estimant, très exactement, que l'excès de pouvoir *repose sur la violation d'une disposition d'ordre public*, mais que, inversement, il se peut qu'il y ait violation de l'ordre public sans qu'il y ait excès de pouvoir¹⁵⁹³.

Du point de vue procédural, le grief d'excès de pouvoir peut être soulevé au cours de l'instance – bien entendu – par les parties, mais aussi par le procureur général de la Cour de cassation, ou d'office par la Cour de cassation elle-même¹⁵⁹⁴.

858. – L'étude de la notion d'excès de pouvoir permettra, par ailleurs, de mieux comprendre les griefs qui justifient la naissance de l'appel-nullité, voie de recours *subsidaire*. Ceci permettra par conséquent, d'évaluer les *liens* qui existent entre la notion d'excès de pouvoir et la subsidiarité¹⁵⁹⁵, étant donné que l'appel-nullité est un recours *essentiellement fondé sur la notion d'excès de pouvoir*.

Étant étroitement rattachée à la pratique judiciaire, l'étude de la notion d'excès de pouvoir ne peut valablement se faire qu'à travers l'analyse de la jurisprudence. Celle-ci permettra d'aisément de déterminer quand un grief est constitutif d'excès de pouvoir et quand, au contraire, il ne l'est pas. Ainsi, nous procéderons à une analyse de la notion au sein de la jurisprudence.

Sous-par. 2 : Les illustrations jurisprudentielles de la notion.

859. – Pour une analyse plus intelligible des illustrations jurisprudentielles de cette notion, nous examinerons en premier les griefs que la jurisprudence juge comme constitutifs d'excès de pouvoir (A), pour par la suite examiner les griefs à l'égard desquels la jurisprudence décide qu'ils n'en constituent point (B), et pouvoir enfin en faire une appréciation critique (C).

¹⁵⁹³ F. DERRIDA, note précit. sous Cass. com., 25 janv. 1994 in D. 1994, jur. 382, 1^{ère} col.

On a pourtant soutenu le contraire, v. : B. SOINNE, *Le recours nullité dans le cadre des procédures collectives*, Gaz. Pal. 1987. 2. doct. 695, spéc. n° 26. – V. aussi du même auteur : *Le bateau ivre*, Pet. Aff. du 14 mai 1997, n° 58, p. 12, spéc. n° 10, p. 15.

¹⁵⁹⁴ C. PUIGELIER, note sous Cass. soc., 13 mars 2001 in D. 2002, jur. 243.

A. – Les griefs jugés comme constitutifs d’excès de pouvoir.

860. – Comme cet intitulé l’indique par sa généralité, précisons au préalable que ce ne sont pas *seulement* les jugements qui peuvent être constitutifs d’excès de pouvoir, mais *tout acte* émanant d’un juge et par lequel il y a commission d’un excès de pouvoir¹⁵⁹⁶.

Pour l’analyse des illustrations jurisprudentielles des cas constitutifs d’excès de pouvoir, l’ancienne jurisprudence demeure d’un apport très important. Celle-ci appliquait avec constance la règle selon laquelle les tribunaux ne pouvaient valablement statuer *que sur ce qui a été demandé par les parties*¹⁵⁹⁷. C’est alors que nous ferons au fur et à mesure l’analyse de ses griefs, en commençant par le grief d’*ultra petita*.

α – Statuer *ultra petita*.

861. – Dans ce contexte, commet un excès de pouvoir la juridiction ne respectant pas cette règle, statue d’office sur une question non soulevée par les parties¹⁵⁹⁸. L’excès de pouvoir résulte ici de la méconnaissance de la volonté des litigants ; ceux-ci donnent au procès l’orientation qu’ils choisissent. Le juge est impuissant à modifier ce choix : le procès est d’une certaine manière *la chose des parties*.

¹⁵⁹⁵ Sur le rapprochement entre excès de pouvoir et subsidiarité, v. *infra* n^{os} 949 et s.

¹⁵⁹⁶ E. FAYE, *op. cit.*, n^o 457. – CÉLICE, rapport pour Cass. req., 26 fév. 1923 (deux espèces) in D.P. 1923. 1. 18.

¹⁵⁹⁷ Cass. civ., 6 avr. 1830 : D.P. 1830. 1. 188. L’arrêt énonce : « *Attendu que les tribunaux ne sont légalement saisis, et ne peuvent connaître, que des demandes portées devant eux par les parties* ». – V. aussi reprenant la même formule : Cass. civ., 26 nov. 1845 : D.P. 1846. 1. 32. Aujourd’hui les codes de procédure civile ont expressément consacré cette règle. En droit libanais c’est à l’article 366 NCPC lib. qu’elle est édictée ; ce texte dispose : « Le juge doit statuer dans son jugement sur tout ce qui a été demandé et uniquement sur ce qui a été demandé ».

¹⁵⁹⁸ Cass. civ., 26 nov. 1845 précit. : D.P. 1846. 1. 32. L’arrêt énonce : « *Attendu qu’il résulte clairement, soit des qualités du jugement attaqué, soit de ce jugement même, que les billets produits par le demandeur, uniquement pour se conformer à l’injonction qu’il avait reçue du tribunal, n’avaient pas été invoqués par lui comme pièces justificatives de sa réclamation, qui avait pour seul fondement le remboursement de prêts verbaux par lui faits aux défendeurs ; que tout en rejetant cette réclamation comme dépourvue de toute justification, le tribunal, (...), a réservé au demandeur l’action qui pouvait résulter, à son profit, des titres dont il n’avait fait la production que pour obéir à justice et en déclarant qu’il se bornait à prendre de nouveau les conclusions de son exploit d’assignation, tendant à une condamnation pour prêts verbalement faits ; – Attendu, cependant, que le tribunal l’a condamné en même temps, dès à présent, à supporter les droits de timbre et d’enregistrement, et l’amende auxquels avait donné lieu la production forcée des titres dont il s’agit ; que n’étant saisi que d’une demande en remboursement pour des prêts verbalement faits, et ayant lui-même décliné la connaissance de toute action résultant des billets produits, le tribunal ne pouvait, sans excès de pouvoir, statuer ainsi d’office sur le payement des droits d’enregistrement et de timbre, non plus que sur l’amende encourue (...)* ».

862. – Découlant d’une jurisprudence très ancienne cette règle a été réaffirmée par des décisions plus récentes. C’est ainsi qu’il a été jugé que commet un excès de pouvoir le juge qui, saisi d’une demande de remise de la vente dans le cadre de l’article 703 de l’ancien CPC régissant la remise de la date d’adjudication, *relève d’office* que la dette était éteinte et ordonne la suppression de la poursuite¹⁵⁹⁹. Rendue sous l’empire de l’ancien Code de procédure civile, cette solution *vaut aussi pour le droit actuel*. Sont en effet mis en cause ici les pouvoirs du juge, et la condamnation du jugement rendu *ultra petita* est une solution constante en droit processuel.

β – Porter atteinte à l’autorité morale de la justice.

863. – Loin des règles qui régissent la conduite du procès, l’excès de pouvoir se vérifierait aussi lorsque précisément, après un second renvoi¹⁶⁰⁰, la juridiction de renvoi se rebellait contre la solution qui lui a été dictée par la Cour de cassation. Le fait que cette juridiction ait suivi la solution prescrite par la Cour de cassation, tout en déclarant cependant qu’elle proteste contre celle-ci, et qu’elle rend une décision contre sa volonté et sa conviction, est *constitutif d’excès de pouvoir*¹⁶⁰¹. Cette attitude de la cour de renvoi risque de *compromettre l’unité de la jurisprudence*¹⁶⁰². Ce comportement est constitutif de même d’excès de pouvoir, car il a pour effet de *dépouiller la décision rendue par la Cour de renvoi de toute autorité morale*¹⁶⁰³. Cette forme d’excès de pouvoir met en cause les rapports de la Cour de cassation et de la juridiction de renvoi, ainsi que la *hiérarchie* qui régit ces rapports. L’arrêt de la Cour de cassation rendu en chambres réunies est, à l’égard de la juridiction de renvoi, revêtu de *tous les caractères de la chose jugée*¹⁶⁰⁴ ; il doit pour cette raison être respecté par celle-ci.

¹⁵⁹⁹ Cass. 2^{ème} civ., 6 mai 1987 : Gaz. Pal. 1987. 2. somm. 493 ; JCP 1987. 4. 236.

¹⁶⁰⁰ Le renvoi était régi par la loi du 1^{er} avril 1837, en son article 2 qui disposait : « Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les mêmes motifs que le premier, la cour royale ou le tribunal auquel l’affaire est renvoyée, se conformera à la décision de la Cour de cassation, sur le point de droit jugé par cette cour ». La loi du 1^{er} avril 1837, en limitant la compétence de la cour saisie après une deuxième cassation, a eu pour but évident que la règle deux fois posée par la Cour de cassation fût respectée et considérée, au moins dans l’espèce, comme la règle de la matière, v. sur ce point : DUPIN, concl. pour Cass. crim., 7 juill. 1847 : D.P. 1847. 2. 267.

Cette loi n’est plus aujourd’hui en vigueur, elle a été abrogée par l’ordonnance n° 673 du 8 juin 2006.

¹⁶⁰¹ Cass. crim., 7 juill. 1847 précit. : D.P. 1847. 2. 267, concl. Dupin. La Cour de cassation a été saisie par le procureur général près la Cour de cassation, d’un recours dans l’intérêt de la loi contre l’arrêt de la Cour de Nancy du 9 mars 1838. Le procureur général près la Cour de cassation demandait à ce que soient annulés les motifs de la décision car entachés d’excès de pouvoir. Dans sa décision en réponse à ce recours, la Cour de cassation énonce : « *Attendu de la Cour royale de Nancy, saisie par arrêt de la Cour de cassation, rendu en chambres réunies, statuant après la Cour de Metz, sur un appel du tribunal de Vouziers, au lieu de se conformer, pour la décision, à la teneur de l’arrêt de la Cour de cassation, chambres assemblées, comme la loi du 1^{er} avril 1837 lui en faisait un devoir, a déclaré qu’elle aurait réformé le jugement de Vouziers si l’arrêt de la Cour de cassation n’avait pas existé, et que ledit arrêt de*

Les griefs susmentionnés jugés comme constitutifs d'excès de pouvoir, et par lesquels les juges déclarent qu'ils statuent contrairement à leur conviction, constituent par ailleurs, un manquement au premier devoir du magistrat à qui *il est défendu de juger contre sa propre conscience*.

δ –Porter atteinte à l'autorité des institutions.

864. – Commet de même un excès de pouvoir, le tribunal qui critique l'institution du Ministère public auprès des tribunaux, dénie à celui-ci le droit de participer aux audiences commerciales¹⁶⁰⁵, et se permet de critiquer la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁶⁰⁶.

la Cour de cassation, du 22 janv. 1838, doit recevoir une exécution forcée ; que le sens direct et nécessaire de ces expressions, c'est que la Cour de Nancy ne partage pas l'opinion consacrée par l'arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation qui lui avait renvoyé l'affaire : ce qui n'est autre chose qu'une protestation contre ledit arrêt, et qu'aucune loi n'autorise une cour de renvoi à protester contre l'arrêt qui lui attribue juridiction et à la décision duquel elle est tenue de se conformer ; que par cette protestation, la Cour de Nancy a commis un excès de pouvoir et violé les règles constitutives de sa juridiction ». Dans l'affaire qui était soumise à la Cour de Nancy, il ne s'agissait que d'une simple peine de surveillance. La question qui se posait était de savoir si les dépendances d'une maison habitée devaient, quant à l'application des lois sur l'incendie, être assimilées à la maison habitée. La cour de renvoi avait, comme la première cour d'assises, prononcé dans l'espèce l'absolution des accusés, en se fondant sur ce que l'article 434 C. pén. n'était pas applicable à l'incendie des dépendances d'une maison habitée. La Cour de cassation annula le second arrêt comme ayant formellement violé les articles 434 et 390 C. pén., et renvoya les parties devant une autre cour « pour être procédé à une application juste et régulière de la loi sur la déclaration du jury maintenue par le premier arrêt de cassation ». Dans cette affaire, le jury avait admis des circonstances atténuantes, et la Cour d'assises de Seine-et-Oise, saisie définitivement, ne prononça que la peine des travaux forcés. Mais si le jury n'avait pas déclaré l'existence de circonstances atténuantes, c'est la peine de mort qui aurait dû être appliquée, aux termes de l'article 434 précité. On voit ici comment les choses se présentent ; la situation manque de cohérence et d'autorité : une décision de justice qui prononce la peine de mort et qui déclare en même temps que c'est contre sa propre conviction qu'elle prend cette décision. C'est une décision dénuée de toute autorité morale, et qui, plus grave que ceci, amènerait le public à perdre confiance dans le système de justice. Bien que rendue dans une affaire criminelle, cette jurisprudence est valable comme enseignement pour le droit privé. Ce n'est pas tant la matière du litige qui importe ici, que ce sont les péripéties procédurales et le comportement rebelle de la cour de renvoi (la Cour d'appel de Nancy) qui donne un important enseignement sur le grief constitutif d'excès de pouvoir.

¹⁶⁰² DUPIN, concl. pour Cass. crim., 7 juill. 1847 précit. : D.P. 1847. 2. 267.

¹⁶⁰³ DUPIN, *ibid.* Le procureur général près la Cour de cassation, cite à l'appui de son opinion, l'éminent président Henrion de Pansey, selon lequel, « la justice est l'une des colonnes sur lesquelles reposent les empires, si elle en est la première sauvegarde, si ses oracles font toute la force de la loi, c'est à cette condition certainement qu'elle se respectera elle-même, pour commander le respect des autres ».

¹⁶⁰⁴ DUPIN, *ibid.*

¹⁶⁰⁵ Cass. req., 2 avr. 1851 : D.P. 1851. 1. 74, concl. Dupin, note anon. L'arrêt énonce : « Attendu que par arrêts des 24 nov. 1847 et 5 avr. 1848, la Cour de cassation, Chambre des requêtes, a annulé, pour excès de pouvoir, deux délibérations par lesquelles le tribunal de Saint-Amand avait dénié au Ministère public le droit de participer à la tenue des audiences commerciales ; que des arrêts, (...) ont décidé souverainement, dans l'intérêt de l'ordre public, non pour une affaire en particulier, mais pour toutes, que le Ministère public fait partie intégrante du tribunal, aussi bien dans les audiences commerciales que dans les autres audiences ». Suivent les motifs et le dispositif du jugement incriminé visé dans l'attendu, du tribunal de Saint-Amand prononcé le 14 août 1840 : « Attendu que les juges civils, jugeant commercialement en vertu des dispositions de la loi, sont de véritables tribunaux de commerce ; qu'ainsi ils doivent de même exercer leurs fonctions sans assistance du Ministère public ; qu'il est contraire à la raison que, lorsqu'il s'agit de tribunaux ayant les mêmes attributions, le Ministère public soit admis devant les uns, et ne le soit pas devant les autres ; – Qu'en s'écartant de l'uniformité, on arrive à cet étrange résultat, que, devant les tribunaux de commerce établis dans les centres de population plus considérables, et qui sont appelés à statuer sur des intérêts plus importants, on ne voit point la garantie

ε – Commettre des actes de diffamation en exerçant la fonction de juger.

865. – Commettent un excès de pouvoir, les juges appelés à statuer sur une action en diffamation par voie de presse, qui dans leur déclaration d'abstention, *insèrent des propos outrageants envers l'un des justiciables*¹⁶⁰⁷.

Est de même entachée d'excès de pouvoir, la délibération d'une cour d'appel dans laquelle celle-ci blâme le procureur général et reproduit des rumeurs attentatoires à sa personne¹⁶⁰⁸.

du Ministère public, tandis qu'elle s'interpose ailleurs dans des contestations commerciales pour l'ordinaire fort minimes ; (...) – Mais attendu que deux jugements des juges civils de Saint-Amand, constitués en tribunal de commerce, ont été cassés par la Cour suprême, parce que le Ministère public n'avait pas été entendu ; – Que deux autres jugements du même tribunal ont été annulés par la Cour d'appel de Bourges pour le même motif ; – Que le tribunal ne croit pas devoir prolonger une résistance désormais inutile, et qui pourrait être mal interprétée ; qu'un pareil conflit s'il se perpétuait, deviendrait plus funeste qu'avantageux aux parties et à l'administration de la justice ; – Que, déterminé par cette considération seule, et sans se départir de la conviction profonde où il demeure que la loi et son esprit répugnent à la jurisprudence de la Cour de cassation, le tribunal estime prudent de se soumettre à l'autorité des décisions supérieures, visées dans le réquisitoire de M. le Procureur de la République ; – Par ces motifs, le tribunal admet le Procureur de la République à prendre des conclusions dans la cause actuelle, et dit que son nom sera porté en marge de la feuille d'audience ».

¹⁶⁰⁶ Cass. req., 2 avr. 1851 précit. : D.P. 1851. 1. 74, concl. Dupin, note anon. Même s'ils ont fait l'objet d'un même arrêt, nous avons préféré citer les deux griefs imputables au jugement du tribunal séparément, car chacun de ces griefs est à lui seul, constitutif d'excès de pouvoir. L'arrêt par lequel les motifs du jugement incriminé ont été annulés, a l'allure d'un arrêt de principe, et possède un grand apport doctrinal au point de vue du rôle des tribunaux face à la jurisprudence de la Cour de cassation. Cet arrêt énonce : « *Attendu que, s'il appartient aux tribunaux, dont la loi doit être la seule règle, de rendre des décisions contraires à la jurisprudence de la Cour de cassation, par suite de la nécessité où ils sont de motiver leurs décisions, il ne pouvait appartenir, dans l'espèce, aux magistrats du tribunal de Saint-Amand, de soumettre, comme ils l'ont fait, à leur critique, et en quelque sorte à leur censure, le mérite de la chose souverainement jugée par les arrêts d'annulation émanant de cette Chambre, alors surtout qu'ils consacraient la doctrine de ces arrêts par le dispositif de leur propre jugement ; attendu que cette critique, non justifiée par la nécessité, a pour effet d'ôter toute autorité morale à la décision du tribunal, puisqu'elle en ébranle le fondement ; que, de plus, elle contient, contre les arrêts régulateurs de la Cour de cassation, une attaque dont rien ne saurait justifier ni les termes, ni l'intention ; attendu qu'en procédant ainsi, le tribunal a violé les règles constitutives de sa propre juridiction, et manifestement excédé ses pouvoirs ».* En l'espèce, le procureur général près la Cour de cassation, a requis, l'annulation pour excès de pouvoir, dans l'intérêt de la loi, du jugement précité du tribunal de Saint-Amand en date du 14 août 1850. Pour les motifs et le dispositif du jugement incriminé, v. *supra* note 1604.

¹⁶⁰⁷ Cass. crim., 25 juill. 1879 (1^{ère} esp.) : D.P. 1879. 1. 433. Bien que se rapportant à une matière criminelle – en l'occurrence la diffamation –, nous pensons que l'espèce jugée s'applique valablement au droit privé. Elle enseigne que les juges qui dressent un procès-verbal d'abstention doivent s'abstenir, que ce soit dans les motifs ou le dispositif, de porter des jugements sur l'une des parties au procès. Tout acte de cette même nature est constitutif d'excès de pouvoir.

¹⁶⁰⁸ Cass. req., 19 mars 1883 : D.P. 1884. 1. 333. En l'espèce, la cour d'appel de la Guadeloupe a excédé ses pouvoirs car, d'une part il n'appartient pas aux tribunaux de censurer les officiers du ministère public, et d'autre part, l'article 147 de l'ordonnance applicable à l'époque de l'arrêt à la Guadeloupe, conférait à la Cour d'appel le droit de dénoncer les magistrats du ministère public qui se sont écartés de leurs devoirs, mais ce droit ne s'étendait pas au procureur général.

866. – Dans le même contexte, excède ses pouvoirs, le tribunal qui, appelé à statuer sur la validité d'un contrat d'épargne conclu entre un particulier et une mutuelle d'épargne, formule dans son jugement, *sans utilité pour la solution du litige et en dehors de tout débat contradictoire* avec les parties intéressées, des appréciations d'un caractère général et outrageant pour les personnes qui y sont visées¹⁶⁰⁹.

ζ – Porter atteinte à l'organisation judiciaire.

867. – Commet un excès de pouvoir, le tribunal qui, sous prétexte de lenteurs apportées à la réalisation de mesures disciplinaires qu'il avait provoquées contre un ancien greffier, déclare qu'il *s'abstiendra de siéger* « jusqu'à ce que justice lui soit rendue »¹⁶¹⁰.

868. – Commet un excès de pouvoir, la cour d'appel qui se livre à une appréciation de la valeur légale des motifs d'abstention présentée par des juges, motifs ayant été approuvés par le tribunal, et refuse sous prétexte que les causes de cette abstention ne seraient pas pertinentes, de faire droit à la demande, présentée par le procureur général, de désignation d'un autre tribunal¹⁶¹¹. La cour d'appel excède dans cette hypothèse ses pouvoirs, car elle porte une atteinte indirecte à *l'indépendance absolue du juge dans la limite de ses attributions*, indépendance qui est garantie par la loi dans l'intérêt des justiciables¹⁶¹².

¹⁶⁰⁹ Cass. req., 14 fév. 1911 : D.P. 1911. 1. 224.

Et pour une jurisprudence récente, v. : Cass. 2^{ème} civ., 14 sept. 2006 : Bull. civ. 2, n° 222, p. 210 ; D. 2007. 896, note A. Lacabarats. Cet arrêt est intéressant en ce qu'il est rendu sous le visa de l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Et dans son attendu, attendu de principe, la Cour vise le principe « que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial ».

¹⁶¹⁰ Cass. req., 9 avr. 1884 : D.P. 1884. 1. 294. La Cour de cassation condamne ladite délibération par laquelle les juges du tribunal de commerce de Moulins décident de ne plus siéger. Elle décide : « *Qu'en s'immisçant ainsi dans l'exercice du pouvoir disciplinaire, et en dirigeant une censure irrespectueuse contre les actes du ministre de la justice, dans le but évident de peser sur ses déterminations, les juges consulaires ont manqué gravement à leurs devoirs et commis un excès de pouvoir qu'il importe de réprimer* ».

¹⁶¹¹ Cass. civ., 9 déc. 1889 : D.P. 1890. 1. 65.

¹⁶¹² En l'espèce, outre l'excès de pouvoir qu'elle a commis en refusant de désigner un autre tribunal à la place de celui qui s'est abstenu, la cour d'appel a violé l'article 380 CPC. Ce texte confie à la conscience et à la sagesse de la chambre à laquelle appartient le juge qui se récuse lui-même, l'appréciation des motifs d'abstention, leur admission ou leur rejet. En ce qui concerne la décision que prend la chambre sur ce point, l'arrêt déclare : « *Attendu que la délibération par laquelle aux termes du même article 380, la chambre déclare que le juge doit s'abstenir est un acte de pure administration et de police intérieure et n'est par elle-même susceptible d'aucun recours* ». Il faut, par ailleurs préciser que, pour la désignation d'un tribunal à la place de celui qui s'abstient, la cour d'appel n'est pas saisie comme juge du second degré, mais comme autorité supérieure ayant à pourvoir simplement à une mesure nécessaire pour rendre à la justice son cours interrompu. – v. aussi : CÉLICE, rapport pour Cass. req., 26 fév. 1923 (deux espèces) précit. : D.P. 1923. 1. 19.

869. – Est de même entachée d’excès de pouvoir, la décision par laquelle un président de tribunal exige que les délibérations du tribunal se tiennent dans son domicile privé¹⁶¹³. Dans ce cas, l’excès de pouvoir porte atteinte à l’organisation judiciaire et l’indépendance dont doit jouir le juge dans sa fonction. Cette indépendance doit commencer par être *physique*, s’agissant du lieu où siège le tribunal, pour pouvoir par la suite être *morale et intellectuelle*.

Tous les griefs susmentionnés, constitutifs d’excès de pouvoir, ont fait l’objet dans les décisions auxquelles ils ont donné lieu, de recours en annulation « dans l’intérêt de la loi ». Ceci n’amenuise pour autant pas leur portée, et ne porte point atteinte à leur valeur doctrinale en tant que griefs pouvant valablement *fonder* un appel-nullité de la part des justiciables.

η – La violation criante de la légalité.

870. – Il pourrait paraître *a priori* surprenant d’inclure la violation de la loi, fût-elle flagrante, parmi les griefs constitutifs d’excès de pouvoir, mais une orientation jurisprudentielle assez ancienne illustre le *glissement* de la violation de la loi vers l’excès de pouvoir. Ainsi concernant le point particulier du déroulement de l’instance et les décisions prises par les juges à cet égard, il résulte d’une ancienne jurisprudence que, commet un excès de pouvoir le tribunal qui se fonde dans sa décision sur des témoignages recueillis dans *d’autres litiges* que celui sur lequel il statue¹⁶¹⁴. Ici, l’excès de pouvoir est constitué par une grave atteinte portée aux *règles impératives* qui régissent les pouvoirs du juge quant à l’administration de la preuve.

871. – Il a été de même décidé, qu’excède ses pouvoirs le juge des référés qui constitue par son ordonnance un véritable privilège au profit d’un *créancier non privilégié*¹⁶¹⁵. La violation de la légalité est ici *particulièrement grave* : le juge a créé un privilège *non prévu par la loi*, violant ainsi les *règles impératives* qui régissent l’institution des privilèges.

¹⁶¹³ Cass. req., 10 mars 1909 : D.P. 1909. 1. 373.

¹⁶¹⁴ Cass. civ., 22 déc. 1924 : S. 1925. 1. 37. Pour déclarer que l’arrêt d’appel a commis un excès de pouvoir en se référant, pour fonder sa décision, sur des témoignages recueillis dans d’autres litiges, la Cour de cassation énonce, dans l’attendu de principe qui suit, une règle de portée générale concernant le rôle du juge quant à l’administration de la preuve : « *Attendu que les juges ne doivent former leur conviction que sur des éléments de preuve admis par la loi ; que la preuve n’est réputée faite que si elle est administrée suivant les formes de procédure et d’instruction prescrites par le Code de procédure, à moins qu’il ne soit établi que les parties y ont renoncé ; qu’elle ne peut résulter de témoignages recueillis en l’absence des parties* ».

¹⁶¹⁵ CA Paris, 6 août 1891 : D.P. 1894. 2. 307. En l’espèce, un locataire était débiteur envers son bailleur d’une somme de 1040 F à titre de loyers. Celui-ci procéda à la vente des meubles de son locataire, il se

872. – Par ailleurs, il résulte d'une jurisprudence suivie en droit des procédures collectives, qu'excède ses pouvoirs, le juge-commissaire¹⁶¹⁶ qui, au mépris des dispositions claires de l'ancien article 470 C. com.¹⁶¹⁷, rend une ordonnance autorisant la cession en bloc de tout l'actif mobilier d'une banque déclarée en faillite, et ceci *en l'absence de toute urgence*¹⁶¹⁸. L'infraction à la légalité

trouva un reliquat net de 690,65 F, somme inférieure au montant de la créance privilégiée du bailleur. Celui-ci assigna en référé devant le président du tribunal civil de la Seine le curateur à la succession vacante de son locataire, alors décédé, ainsi qu'un particulier qui se prétendait créancier chirographaire de celui-ci, d'une somme de 512 F. Celui qui se prétendait créancier du locataire décédé, forma alors opposition entre les mains du curateur pour sûreté de la prétendue créance chirographaire de 512 F. Une ordonnance de référé du 25 septembre 1889, ordonna l'attribution sur le reliquat de la vente, de ladite somme de 512 F. au profit du créancier chirographaire et, le versement du surplus, soit 178,65 F. aux mains du bailleur créancier du locataire décédé. Le bailleur interjeta appel de l'ordonnance du 25 septembre 1889. Décidant que par cette ordonnance, le juge des référés a excédé ses pouvoirs, la Cour de Paris énonce la solution d'une manière très claire dans l'attendu suivant : « *Considérant que, en constituant par son ordonnance un véritable privilège au profit du créancier opposant, le juge des référés a outrepassé son droit, et que l'ordonnance dont il s'agit est, dès lors, susceptible d'appel quel que soit le montant de l'intérêt en cause* ».

¹⁶¹⁶ Nous reviendrons plus loin, sur l'étude de la jurisprudence relative à l'application de l'appel-nullité au droit des procédures collectives et des entreprises en difficulté. Néanmoins, il nous a paru utile de faire figurer l'infraction commise par le juge-commissaire aux dispositions de l'ancien article 470 C. com., comme illustration de grief constitutif d'excès de pouvoir. Sur les développements relatifs à l'application de l'appel-nullité dans le droit des procédures collectives, v. *infra* n^{os} 1036 et s.

¹⁶¹⁷ L'ancien article 470 C. com. dispose que « la vente des objets sujets à dépérissement ou dépréciation imminente, ou dispendieux à conserver, aura lieu à la diligence des syndics, sur l'autorisation du juge-commissaire ». Et en une formule plus générale, l'ancien article 486 C. com. dispose que : « le juge-commissaire pourra, le failli entendu ou dûment appelé, autoriser les syndics à procéder à la vente des effets mobiliers ou marchandises ». Mais suivant l'interprétation généralement admise au temps où ces textes instituant le droit de la faillite, étaient en vigueur, c'est seulement pour se procurer les fonds nécessaires à l'administration de la faillite ou pour profiter d'une occasion exceptionnellement avantageuse que les syndics peuvent être autorisés à des ventes plus étendues : v. A. CHÉRON, note sous CA Toulouse, 6 mai 1929 : D.P. 1930. 2. 135.

¹⁶¹⁸ CA Toulouse, 6 mai 1929 : D.P. 1930. 2. 135, note A. Chéron. En l'espèce, par jugement du 28 janvier 1927, le tribunal de commerce de Toulouse a déclaré en état de faillite la Banque franco-italienne et a nommé des syndics pour la faillite. Les syndics de la faillite ont présenté une requête aux fins d'obtenir la cession de tout l'actif mobilier de la banque. Le juge-commissaire rendit ainsi, le 16 août 1927, une ordonnance autorisant les syndics à céder tout l'actif mobilier de la banque à une entreprise cessionnaire, « La Ruche agricole ». Le 16 novembre suivant, intervint devant un notaire à Toulouse, un acte aux termes duquel les syndics cédaient à la « La Ruche agricole » : 1- l'entier montant net des sommes revenant à ladite faillite, 2- l'entier bénéfice pouvant résulter, au profit de la faillite, des baux des divers locaux occupés par la Banque franco-italienne, 3- tous les meubles meublants et objets mobiliers situés dans les divers locaux occupés précédemment par cette banque, 4- toutes les sommes dues à un titre quelconque par des tiers à cette banque. Or, les biens cédés n'étaient ni dispendieux à conserver, ni menacés de dépréciation. L'ordonnance rendue par le juge-commissaire le 16 août 1927, contrevenait ainsi de manière flagrante aux dispositions de l'ancien article 470 C. com. C'est pour cette raison qu'en rendant cette ordonnance, le juge-commissaire avait excédé les limites de ses attributions. C'est alors qu'un créancier de la banque fit signifier aux syndics qu'il s'opposait à la réalisation de la cession et les assigna le 8 novembre 1927, devant le tribunal de commerce de Toulouse, pour obtenir l'annulation de l'ordonnance. D'autres créanciers de la banque intervinrent aux mêmes fins devant le tribunal. Le tribunal de commerce débouta les créanciers de leur demande. Ils interjetèrent appel du jugement pour le réformer et obtenir l'annulation de l'ordonnance litigieuse. Accueillant l'appel, pour par la suite annuler l'ordonnance attaquée, la cour de Toulouse énonce : « *Attendu que le juge-commissaire a cru pouvoir rendre cette ordonnance en prenant texte des termes de l'art. 470 C. com., (...); « Attendu, en effet, que des débats et de l'examen des dossiers il résulte sans contestations possibles que dans l'actif mobilier de la faillite il n'existe pas d'objet rentrant dans la catégorie de ceux énoncés dans l'art. 470 C. com. »*. Plus loin, l'arrêt

commise en l'occurrence par le juge-commissaire dans l'ordonnance incriminée, est d'une gravité telle, qu'elle a été *disqualifiée* en « acte administratif »¹⁶¹⁹. Nous pensons que cette solution peut être valablement étendue à toutes les matières du droit privé, toutes les fois que sont en cause les pouvoirs du juge quant à la décision de *conserver ou de céder des biens litigieux*.

873. – Excède ses pouvoirs, le tribunal de commerce qui décide que les biens cédés en vertu d'un plan de cession d'une société en nom collectif comprenaient les *biens personnels* des personnes physiques associées de cette société¹⁶²⁰.

874. – Excède de même ses pouvoirs, le juge-commissaire qui autorise la vente isolée des éléments d'un fonds de commerce *alors que ce mode de cession ne s'applique qu'à la vente des biens de l'entreprise*¹⁶²¹.

875. – Excède de même ses pouvoirs, le juge-commissaire qui, au mépris des dispositions de l'article L. 113-6 C. assur. dans son ancienne rédaction, *impose à l'assureur la poursuite des contrats d'assurance* souscrits par l'entreprise mise en redressement¹⁶²².

pose sur la compétence une règle de portée générale ; il énonce dans un attendu de principe que : « *les attributions d'une juridiction sont rigoureusement fixées par la loi et qu'il n'appartient ni au justiciable, ni au juge de les déterminer au gré de leur désir ; que, spécialement, s'appuyer sur un art. du Code de commerce pour statuer sur des faits ou sur des actes étrangers à cette disposition légale, c'est commettre une illégalité, sans doute de bonne foi en l'espèce ; – Attendu que le juge-commissaire, en accueillant la requête des syndicats, a complètement méconnu la nature et la mesure de ses attributions ; qu'il devait scrupuleusement rechercher si les motifs invoqués étaient sérieusement étayés par les éléments de la faillite et s'ils permettaient l'application de l'art. 470 C. com. ; qu'il a, dans l'espèce, consacré une mesure n'entrant nullement dans les cas prévus par cet article, et qu'ainsi il a statué en dehors de la limite de ses attributions (...)* ».

Le pourvoi contre l'arrêt de la cour de Toulouse du 6 mai 1929 fut rejeté par : Cass. civ., 1^{er} mai 1934 : D.H. 1934. 345.

¹⁶¹⁹ La cour de Toulouse déclare dans son arrêt précité du 6 mai 1929 (v. *supra* note 1618), que : « *Dès lors, que le juge, par l'ordonnance du 16 août 1927, n'a pas pu accomplir un acte de juridiction, mais a commis une sorte d'acte administratif, sans portée juridique qui ne saurait bénéficier des dispositions inhérentes aux ordonnances légalement rendues* ».

¹⁶²⁰ Cass. com., 3 mars 1992 précit. : Bull. civ. 4, n° 103, p. 182 ; D. 1992, jur. 345, note G. Bolard ; Rép. Def. 1992, art. 35382, p. 1380, obs. J.-P. Sénéchal.

¹⁶²¹ CA Paris, 19 mai 1995 : D. 1996, somm. 87, obs. A. Honorat. Cette décision rendue sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, se rapportait à l'interprétation à donner à l'article 156 de cette loi. Elle rappelle qu'une vente d'éléments isolés du fonds de commerce ne peut constituer une vente d'unités de production au sens de l'article 156 précité. Le juge-commissaire en ordonnant cette vente a statué hors des limites de ses attributions au sens de l'ancien article 173-2° de la loi précitée. Actuellement, la cession du fonds de commerce est régie par l'article L. 642-8 C. com.

¹⁶²² Cass. com., 24 oct. 1995 : D. 1996, jur. 172, note J.-J. Barbiéri. Sur cet arrêt, v. *infra* note 1946 sous n° 1045.

876. – Dans tous ces cas de figure, l'excès de pouvoir commis découlait de la violation d'une règle de fond. Ceci conforte l'idée selon laquelle la dénaturation d'une règle de fond essentielle a été considérée comme entrant dans les motifs de l'appel-nullité¹⁶²³.

θ – Porter atteinte aux règles de non-cumul des actions en justice.

877. – Excède ses pouvoirs, le juge qui statue sur l'action pétitoire à partir de l'action possessoire, et confond ainsi les deux actions¹⁶²⁴. Dans ce cas de figure, l'excès de pouvoir s'apparente à un cas d'incompétence particulièrement flagrant.

ι – Porter atteinte aux règles régissant l'office du juge.

¹⁶²³ J.-J. BARBIÈRI, note sous Cass. com., 24 oct. 1995 précit. in D. 1996, jur. 173. – V. aussi : CA Paris, 2 juill. 1999 : D. 1999, AJ. 10. – V. aussi qui défend cette solution : M. SANTA-CROCE, *op. cit.*, pp. 468 et 469.

Sur la violation de la loi qui a pu ouvrir la voie à l'appel-nullité, v. *supra* n^{os} 850 et 851.

¹⁶²⁴ Cass. civ., 5 juin 1872 : D.P. 1872. 1. 231. En l'espèce, le litige se rapportait à un terrain où se trouvaient un lavoir et une fontaine et que les habitants de l'entourage avaient pris l'habitude de traverser pour arriver au lavoir et à la fontaine. Le propriétaire du terrain les actionne devant le juge de paix compétent pour faire décider qu'ils n'ont pas le droit de passage et les condamner au paiement de dommages-intérêts. Les défendeurs prétendent qu'ils n'ont fait qu'exercer un droit leur appartenant et demandent reconventionnellement qu'ils soient maintenus en possession de ce droit. Un jugement interlocutoire intervint par lequel le juge de paix, saisi de l'action intentée par le propriétaire, se déclare compétent pour statuer sur la demande reconventionnelle présentée par les défendeurs. Ce jugement interlocutoire n'a pas fait l'objet d'un appel. Un jugement définitif intervint le 17 avril 1869, par lequel le même juge de paix fait droit aux prétentions du propriétaire et rejette celles des défendeurs, tant dans leur exception que dans leur demande reconventionnelle. Un appel est formé contre le jugement du 17 avril 1869 par les défendeurs. Le tribunal de Charolles réforme la décision du juge de paix par un jugement du 24 déc. 1869. Le tribunal se fonde sur la permanence du droit de passage dont jouissaient les appelants, droit qui n'a pas été modifié par le partage effectué par l'acte du 20 fév. 1810 entre ceux qui ont acquis indivisément le domaine en question. Il énonce que : « *Considérant que depuis ce partage, et notamment depuis plus d'un an et jour, les appelants ont, par eux ou leurs auteurs, constamment pratiqué en toute liberté le sentier litigieux pour aller chercher à la fontaine l'eau dont ils ont besoin* ». Le tribunal poursuit un peu plus loin dans la même suite d'idées que : « *que le sentier réclamé par les appelants est aujourd'hui ce qu'il a toujours été (...)* ; – *Qu'ainsi, la servitude réclamée par les consorts Boyer et Rue (les appelants) réunit toutes de la destination du père de famille prescrite par l'art. 694 c. nap., et que les appelants auraient dû être maintenus dans la possession plus qu'annale qu'ils avaient de ce droit de passage* ». Par ailleurs, l'article 694 précité dispose : « *Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fond aliéné ou sur le fond aliéné* ». Un pourvoi en cassation fut alors formé par le propriétaire. Le moyen du pourvoi faisait valoir que le tribunal a commis un excès de pouvoir en ayant accueilli une exception présentée par voie d'action possessoire reconventionnelle et rejeté directement la demande principale en réparation de dommages, et qu'il a méconnu le principe qui interdit de cumuler le pétitoire et le possessoire. La Cour de cassation censura le jugement pour violation du principe précité de non-cumul, elle énonce : « *Attendu que sur l'action en dommages et intérêts formée par Segaud (le propriétaire) pour dommages faits à son champ, les défendeurs ont prétendu qu'il n'y avait eu de leur part que l'exercice régulier d'une servitude de passage qui leur appartenait ; – Que, ce droit de servitude étant contesté entre les parties, le juge de paix, et après lui le tribunal d'appel, cessaient d'être compétents pour connaître de la demande ; – Attendu d'autre part que, pour la rejeter, le jugement attaqué, examinant le fond même du droit, s'est uniquement fondé sur ce que les défendeurs avaient la possession plus qu'annale de la servitude litigieuse ; – Qu'il a ainsi décidé le pétitoire par le possessoire, et par là confondu les deux actions qui doivent demeurer essentiellement distinctes, à raison de la diversité de juridiction, de cause et d'objet ; – (...)* qu'il a commis un excès de pouvoir (...)

878. – En ce qui concerne l'office du juge, plus précisément ses pouvoirs quant à l'objet du litige, on a jugé que méconnaît l'étendue de ses pouvoirs, la cour d'appel qui pour rejeter la prétention de l'auteur d'un dommage relative à la réparation sous forme de rente, énonce que l'indemnisation en capital est la règle, et *qu'elle ne saurait imposer à la victime celle faite sous forme de rente*¹⁶²⁵.

879. – Concernant toujours l'office du juge dans la direction du procès ; un tribunal excède ses pouvoirs lorsque, pour contraindre un défendeur à une action en recherche de paternité à se soumettre à un examen de sang, prononce à son encontre une *astreinte* chaque fois qu'il refuse de déférer à la convocation de l'expert¹⁶²⁶.

κ – Porter atteinte à la règle de la séparation des pouvoirs.

880. – Le juge doit au demeurant, respecter dans l'exercice de ses fonctions le fameux principe de la séparation des pouvoirs, principe qui est à la base de la notion d'excès de pouvoir dans son sens technique et premier. C'est alors qu'excèdent leurs pouvoirs, les juges du premier degré qui donnent dans leur dispositif une *injonction* à une autorité administrative afin qu'elle désigne un expert¹⁶²⁷.

¹⁶²⁵ Cass. 2^{ème} civ., 21 nov. 1973 : Bull. civ. 2, n° 303, p. 243. Pour censurer l'arrêt d'appel, la Cour de cassation énonce dans un attendu de principe : « *Attendu que les juges du fond, qui apprécient souverainement l'étendue du préjudice et les modalités susceptibles d'en assurer la réparation intégrale, peuvent allouer à la victime d'un dommage, une rente à la place d'un capital réclamé* ».

¹⁶²⁶ CA Paris, 24 nov. 1981 : D. 1982, jur. 355 ; RTD civ. 1982. 203, obs. R. Perrot. Pour infirmer le jugement en ce qu'il a décidé l'astreinte en question, la Cour d'appel de Paris énonce : « *Qu'en l'espèce le principe fondamental de l'inviolabilité du corps humain s'oppose à ce que le juge civil recoure à une mesure de coercition, même d'ordre pécuniaire, afin de contraindre un individu à subir une atteinte, fût-elle légère, à son corps ; que l'art. 10 C. civ., malgré les termes généraux qu'il emploie, ne vise que les cas où la condamnation à une astreinte est légalement admissible, non ceux dans lesquels une telle mesure de contrainte aboutirait à la violation d'un principe essentiel de notre droit tel que celui qui vient d'être rappelé* ». Ayant condamné l'usage d'un tel procédé par le tribunal, la cour d'appel de Paris invite celui-ci à former sa conviction différemment, c'est ainsi qu'elle énonce : « *que le juge a seulement la faculté, que lui donne l'art. 11 CPC, lorsqu'une personne refuse d'apporter son concours à une mesure d'instruction légalement requise mettant en jeu son intégrité personnelle, de tirer toute conséquence de ce refus* ». Pour un exposé des faits de l'espèce et une analyse de cet arrêt, v. *infra* note 1721 sous n° 931.

¹⁶²⁷ Cass. soc., 23 fév. 1977 : JCP 1977. 4. 101 ; *ibid.* 1978. 2. 18897, note J. A. ; Gaz. Pal. 1977. 2. 499 ; RTD civ. 1977. 621, obs. R. Perrot. En l'espèce, un assuré social a présenté une demande de pension d'invalidité devant la Commission de recours gracieux de la Caisse régionale d'assurance-maladie de Paris. Celle-ci a rejeté sa demande. Il forma alors un recours devant la Commission de première instance qui a ordonné, par une décision avant-dire droit, une expertise judiciaire à effectuer en Algérie. Cette décision précisait de même, que l'expert serait désigné sur diligence du Directeur régional de la sécurité sociale de Paris « par les voies administratives qu'il voudra bien aviser ». Le directeur régional a interjeté appel de cette décision en soutenant qu'en demandant son intervention dans la désignation de l'expert, les premiers juges n'avaient pas respecté les dispositions des accords franco-algériens et avaient méconnu la séparation des autorités administrative et judiciaire. La cour d'appel de Paris a déclaré cet appel irrecevable au motif que, selon les textes en vigueur, une telle décision ne pouvait être frappée d'appel indépendamment du jugement sur le fond. Sur pourvoi, la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel, elle énonce : « *Attendu, cependant, que les premiers juges en donnant dans leur dispositif une injonction à une autorité administrative dans des conditions qui étaient contestées, avaient pu excéder leurs pouvoirs et méconnaître la séparation des autorités administrative et judiciaire, ce qui était une question de fond et était immédiatement susceptible d'appel* ».

λ – Porter atteinte aux immunités de juridiction.

881. – Commet incontestablement un excès de pouvoir, le juge qui statue en violation d'une immunité de juridiction¹⁶²⁸.

μ – Violier les règles régissant l'exécution provisoire.

882. – Excède ses pouvoirs, le premier président d'une cour d'appel qui arrête l'exécution provisoire d'une décision, quand celle-ci se trouve *attachée de plein droit* à une ordonnance de référé¹⁶²⁹. En condamnant comme constitutive d'excès de pouvoir la décision d'arrêter l'exécution provisoire attachée à une décision *lorsqu'elle est de droit*, la Cour de cassation exclut toute possibilité à ce qu'un « mal jugé », *même manifeste*, puisse justifier l'arrêt de l'exécution provisoire¹⁶³⁰.

883. – Bien que l'exécution provisoire puisse être arrêtée, en vertu de l'article 524 CPC, lorsqu'elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives, excède cependant ses pouvoirs le premier président qui déduit le caractère manifestement excessif des conséquences de l'exécution ordonnée d'une appréciation portée *non sur les effets de cette exécution*, mais sur *la régularité d'une mesure d'instruction*¹⁶³¹.

¹⁶²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 15 avr. 1986 : Bull. civ. 1, n° 87, p. 87 ; JCP 1986. 4. 170 ; Rev. crit. DIP 1986. 723, note G. Couchez. Sur les faits de cette espèce et la solution donnée par la Cour de cassation, v. *infra* note 1729 sous n° 937. – V. aussi qui réitère cette solution : Cass. 1^{ère} civ., 27 avr. 2004 précit. : Bull. civ. 1, n° 114, p. 93 ; RTD civ. 2004. 769, obs. Ph. Théry.

¹⁶²⁹ Cass. 2^{ème} civ., 17 juin 1987 : Bull. civ. 2, n°s 130 et 131, p. 75 ; JCP 1987. 4. 295 ; RTD civ. 1988. 184, obs. R. Perrot ; D. 1987, somm. 359, obs. P. Julien. Les deux arrêts ont l'allure de décisions de principe. Dans la première, la Cour énonce : « *Le premier président d'une cour d'appel ne peut arrêter, en cas d'appel, l'exécution provisoire d'un jugement quand celle-ci se trouve attachée de plein droit à la décision* ». De manière plus claire, la Cour énonce dans la deuxième que : « *Le juge qui arrête l'exécution provisoire attachée de plein droit à un jugement excède ses pouvoirs* ». Dans la première espèce, il s'agissait d'une ordonnance de référé ayant condamné une banque à verser au porteur de bons de caisse le montant de ces bons. Ceux-ci ont fait l'objet d'opposition au paiement, et intervention a été faite par les opposants devant le juge des référés. Les opposants ont interjeté appel de l'ordonnance de référé, et demandé l'arrêt de l'exécution provisoire attachée de plein droit à l'ordonnance. Le premier président de la cour d'appel a fait droit à leur demande et a arrêté l'exécution provisoire. C'est cette décision qui a fait l'objet du pourvoi en cassation ayant donné lieu à l'arrêt rapporté, sur le fondement de l'excès de pouvoir commis par le premier président de la cour d'appel en ce qu'il a arrêté l'exécution provisoire attachée de plein droit à la décision en question. Dans la deuxième espèce, il s'agissait d'une décision d'un Conseil de prud'hommes ayant condamné un employeur à verser à des salariés, diverses indemnités entrant dans le champ d'application de l'ancien article R. 516-37 C. trav., devenu en vertu du décret du 7 mars 2008, l'article R. 1454-28, texte fixant les jugements assortis de l'exécution provisoire. Cette décision étant assortie de l'exécution provisoire de plein droit, l'employeur en a interjeté appel et saisi le premier président de la cour d'appel d'une demande d'arrêt de l'exécution provisoire. Celui-ci a fait droit à leur demande. Ici de même, un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt en ce qu'il a excédé ses pouvoirs en arrêtant l'exécution provisoire attachée à la décision rendue par le Conseil de prud'hommes.

V. aussi qui approuve cette jurisprudence : F. KERNALÉGUEN, *op. cit.*, p. 155.

¹⁶³⁰ R. PERROT, obs. précit. pour Cass. 2^{ème} civ., 17 juin 1987 in RTD civ. 1988. 185. – V. aussi dans le même sens : H.C. & Ch. M., obs. pour Cass. 2^{ème} civ., 17 juin 1987 : Gaz. Pal. 1988. 1. somm. 36.

¹⁶³¹ Cass. 2^{ème} civ., 24 fév. 1993 : Bull. civ. 2, n° 77, p. 41 ; D. 1993, somm. 185.

v – Porter atteinte aux règles régissant l’appel.

884. – Excède ses pouvoirs, la cour d’appel qui déclare recevable l’appel formé contre un jugement rendu dans un litige relatif à une servitude de passage, qui s’était borné à impartir à la partie la plus diligente un délai pour appeler en cause des tiers à l’instance¹⁶³². L’excès de pouvoir est réalisé dans ce cas, car le jugement qui ordonne aux parties d’appeler des tiers à l’instance, ne tranche pas une partie du principal¹⁶³³ et, *n’est, par conséquent, pas de ce qui peuvent faire l’objet d’un appel indépendamment du jugement sur le fond*. La cour d’appel a, en accueillant l’appel formé, *commis une grave infraction* aux dispositions des articles 544 et 545 CPC qui réglementent l’appel différé¹⁶³⁴.

885. – L’atteinte aux règles régissant l’appel peut également caractériser ce qu’on appelle un excès de pouvoir *négatif*. Cette hypothèse se vérifie notamment, lorsqu’une cour d’appel, au mépris des dispositions de l’article 562 CPC réglementant l’effet dévolutif attaché de plein droit à l’appel, *refuse* d’exercer ses pouvoirs et renvoie les parties devant une autre juridiction pour que celle-ci, incompétente, statue sur le litige¹⁶³⁵.

ξ – Porter atteinte aux règles régissant l’expropriation.

886. – Il a été jugé que le juge de l’expropriation excède ses pouvoirs lorsqu’il prononce l’expropriation *hors des cas et conditions fixés par la loi*. Il en est ainsi lorsqu’il rend une ordonnance transférant à une commune expropriante une parcelle de terrain, alors que celle-ci, procédant à l’expropriation, *ne justifie pas* avoir procédé aux notifications individuelles d’ouverture des enquêtes d’expropriation à l’égard d’une copropriétaire¹⁶³⁶.

¹⁶³² Cass. 2^{ème} civ., 15 nov. 1995, n° de pourvoi : 93-21.721.

¹⁶³³ Sur la signification à donner au terme « principal », v. *infra* n° 927.

¹⁶³⁴ Sur l’analyse des articles 544 et 545 CPC et l’appel différé institué par ces textes, v. *infra* n° 926.

¹⁶³⁵ V. par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 22 mai 1996 précit. : Bull. civ. 2, n° 99, p. 63 ; D. 1996, IR. 157.

¹⁶³⁶ Cass. 3^{ème} civ., 13 avr. 1988 : Bull. civ. 3, n° 74, p. 43 ; D. 1988, somm. 307, obs. P. Carrias. En l’espèce, une société civile immobilière, « Les Peupliers », avait acquis des parts indivises dans des parcelles de terrain sises à Meylan, ainsi que le droit de construire relatif à des lots de la copropriété acquise. La commune de Meylan, procédant à une expropriation pour utilité publique, ne justifie pas avoir notifié à ladite société, en sa qualité de copropriétaire, ni l’ouverture de l’enquête parcellaire, ni l’ouverture de l’enquête complémentaire d’expropriation. Le juge de l’expropriation de l’Isère a, le 6 février 1985, rendu une ordonnance qui a transféré à la commune de Meylan une des parcelles de terrain appartenant à la SCI « Les Peupliers ». Celle-ci s’est pourvue en cassation contre l’ordonnance du 6 février 1985, sur le fondement de l’excès de pouvoir. L’arrêt déclare le pourvoi recevable et annule l’ordonnance attaquée comme étant effectivement entachée d’excès de pouvoir. Il énonce : « *Attendu qu’au mépris de ces textes* (les articles R. 11-22 et R. 11-30 du Code de l’expropriation), *la commune de Meylan ne justifie pas avoir notifié à la SCI « Les Peupliers », copropriétaire, ni l’ouverture de l’enquête*

Cette jurisprudence illustre une hypothèse d'excès de pouvoir découlant de *la violation de règles de fond*.

o – Porter atteinte aux règles de compétence.

887. – L'atteinte aux règles de compétence constitutive d'excès de pouvoir, peut se concrétiser dans diverses matières.

C'est ainsi qu'en droit des voies d'exécution, excède ses pouvoirs le magistrat siégeant en juge unique qui statue sur l'opposition à une demande de délivrance du certificat constatant l'inexécution par l'adjudicataire des clauses et conditions de l'adjudication alors qu'une telle décision était *réservée*, en vertu de l'article 734 de l'ancien CPC, au président du tribunal *statuant en référé*¹⁶³⁷.

parcellaire ni l'ouverture de l'enquête complémentaire alors que le fichier immobilier révélait les titres fonciers précités détenus par la réclamante » ; « *Qu'il s'ensuit que l'ordonnance susvisée est entachée d'excès de pouvoir de nature à en faire prononcer la nullité* ». Soulignons ici, que l'excès de pouvoir est au nombre des griefs limitativement définis par l'article L. 12-5 du Code de l'expropriation, comme permettant d'attaquer l'ordonnance d'expropriation. La violation de la loi est exclue de cette matière. Dans l'espèce rapportée, l'omission de la notification et la méconnaissance des droits de la demanderesse étaient plus graves qu'un vice de forme – grief prévu par ledit article L. 12-5 – *et constituaient bel et bien un excès de pouvoir*. En outre et surtout, l'ordonnance d'expropriation ne peut être attaquée que par la voie du recours en cassation. Ces dispositions reflètent la volonté du législateur de *limiter autant que possible*, les recours praticables contre l'ordonnance d'expropriation ; que ce soit par une définition stricte des griefs permettant de l'attaquer, ou par la limitation des voies de recours, en l'occurrence l'ouverture du *seul* recours en cassation à l'exclusion de toute autre voie de recours.

V. déjà : Cass. civ. 3, 18 mars 1974 : Bull. civ. 3, n° 131, p. 99. Dans cet arrêt, était en cause l'application de l'ancien article 18 du Code de l'urbanisme aux termes duquel le propriétaire d'un terrain réservé par un plan d'occupation des sols peut, à compter du jour où le plan a été rendu public, exiger de la collectivité qu'il soit procédé à l'acquisition dudit terrain dans un délai maximum de trois ans à compter de la demande. En l'espèce, un terrain appartenant à deux époux était réservé par une commune pour la création d'une voie et d'un espace vert, prévus au plan d'urbanisme directeur de celle-ci. Les propriétaires ont, par lettre recommandée avec avis de réception du 7 mai 1969, mis la commune en demeure d'acquérir le terrain, dans le délai de trois ans. Ils ont, à l'expiration de ce délai, saisi le juge de l'expropriation aux fins de transfert à la commune du terrain litigieux. Le juge de l'expropriation a accueilli leur demande. Son ordonnance rendue le 6 mars 1973, visait l'ancien article 18 précité du Code de l'urbanisme. La Cour de cassation releva que l'article 18 en question qui, lors de sa promulgation, ne concernait que les plans d'occupation des sols, a été rendu applicable, par l'ancien article 5 de la loi du 16 juillet 1971, « aux terrains réservés, par un plan d'urbanisme approuvé (...) », et, qu'à la date du 7 mai 1969, date où les propriétaires ont mis en demeure la commune d'acquérir le terrain, cette approbation n'était pas acquise en ce qui concerne celui-ci. La Cour décide, qu'en statuant ainsi, *c'est-à-dire, en faisant une fausse application des textes de loi en vigueur*, le juge de l'expropriation *a excédé ses pouvoirs*.

¹⁶³⁷ Cass. 2^{ème} civ., 10 juill. 1991 : Bull. civ. 2, n° 212, p. 112 ; Gaz. Pal. 1992. 1. somm. 149, obs. M. Véron. Cette jurisprudence a été rendue dans une matière assez rare. Il s'agissait d'une procédure de folle enchère poursuivie avant la délivrance du titre d'adjudication dans le cadre d'une saisie immobilière. Selon l'article 734 de l'ancien CPC, toute personne intéressée qui poursuivra la folle enchère dans cette hypothèse se fera délivrer par le greffier un certificat constatant que l'adjudicataire n'a point justifié de l'exécution des clauses et conditions de l'adjudication. S'il y a eu opposition à la délivrance du certificat, il sera statué à la requête de la partie la plus diligente par le président du tribunal, siégeant en état de référé, sans recours. En l'espèce une demande de délivrance du certificat prévu par l'article 734 précité, a été faite par la Banque hypothécaire européenne en vue d'être autorisée à revendre l'immeuble saisi par elle sur folle enchère. Cette demande a fait l'objet d'une opposition. Or, un magistrat siégeant en juge unique, a statué sur l'opposition faite à la demande de délivrance du certificat en question, alors – comme

888. – Le juge commis à la surveillance du registre de commerce, n'est investi d'aucun pouvoir d'appréciation quant à la validité des actes qui lui sont soumis, et, en enjoignant à un locataire-gérant à un contrat qui lui a été remis de se radier du registre, il *excède ses pouvoirs*¹⁶³⁸.

889. – En droit de l'arbitrage, il a été jugé qu'excède ses pouvoirs le juge qui refuse de donner effet à une clause compromissoire¹⁶³⁹.

890. – En droit des procédures collectives, il a été jugé qu'excède ses pouvoirs la cour d'appel, saisie d'un appel-nullité d'une décision rendue sur recours formé contre une ordonnance ayant refusé un relevé de forclusion d'une déclaration de créance, qui statue sur le fond du litige après l'annulation de cette décision, *alors qu'elle n'est absolument pas compétente pour statuer en matière de forclusion*¹⁶⁴⁰.

π – Porter atteinte aux règles qui régissent la saisine du juge.

891. – Excède ses pouvoirs, la cour d'appel qui, après avoir décidé que l'appel dont elle est saisie est irrecevable *statue au fond* sur le jugement objet de cet appel¹⁶⁴¹.

mentionné plus haut – qu'une telle décision est réservée, par l'article 734 CPC, au président du tribunal statuant en référé. Par ceci, le magistrat s'est rendu coupable d'excès de pouvoir. Saisie en appel, la cour d'appel avait admis la recevabilité de l'appel contre ce jugement, jugement entaché d'excès de pouvoir. La Cour de cassation casse sans renvoi l'arrêt d'appel. Elle décide qu'en cas d'excès de pouvoir, *seul le pourvoi en cassation est recevable* contre le jugement statuant sur la demande de délivrance du certificat prévu par l'article 734 de l'ancien CPC précité.

Actuellement, la procédure de saisie immobilière est régie par le décret n°2006-936 du 27 juillet 2006 entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007. En vertu de ce décret, le juge compétent en matière de saisie immobilière est le juge de l'exécution du tribunal de grande instance dans le ressort duquel est situé l'immeuble saisi. Le décret du 27 juillet 2006 contient des dispositions comparables à celle de l'ancien article 734. En effet, la « réitération de l'enchère » y est réglementée aux articles 100 à 106. Plus particulièrement, ce sont les articles 101 et 102 qui réglementent la procédure de l'octroi du certificat à la personne qui poursuit la réitération des enchères ; ce certificat doit constater que l'adjudicataire n'a pas justifié de la consignation du prix ou du paiement des frais. En vertu de l'article 101 précité, la personne qui poursuit la réitération des enchères fait signifier le certificat au saisi et à l'adjudicataire. Celui-ci peut, en vertu de l'article 102, « contester » le certificat dans un délai de quinze jours à dater de sa signification. Ce même article 102 interdit l'appel contre la décision du juge. Cet article dispose :

« La décision du juge de l'exécution statuant sur cette contestation n'est pas susceptible d'appel ».

C'est en ceci que le décret du 27 juillet 2006 se rapproche des dispositions de l'ancien article 734, et on peut donc considérer que la jurisprudence précitée de la deuxième Chambre civile du 10 juillet 1991 est toujours valable.

¹⁶³⁸ Cass. com., 29 avril 1997 : D. 1997, IR. 135.

¹⁶³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 9 oct. 1990 : Gaz. Pal. 1991. 2. 348, obs. H. Croze et Ch. Morel. Dans ce cas de figure, l'excès de pouvoir n'équivaut – évidemment – pas à une simple incompétence, mais bien plus, il s'agit de contester le *fondement même du pouvoir de juger*. Sur cette décision, v. *infra* note 1735 sous n° 937.

¹⁶⁴⁰ Cass. com., 30 mars 1993 : Bull. civ. 4, n° 131, p. 88 ; D. 1993, IR. 131. Sur cet arrêt, v. *infra* note 2111 sous n° 1111.

¹⁶⁴¹ Ass. plén., 15 mai 1992 : Bull. ass. plén., n° 6, p. 12. Cet arrêt se présente incontestablement comme un arrêt de principe. Il revêt une grande importance, d'autant plus qu'il émane de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Étaient en l'occurrence en cause, les règles régissant la signification des jugements.

892. – Excède de même ses pouvoirs, le tribunal qui statue sur le fond du litige *après avoir jugé l'action irrecevable*¹⁶⁴². Cette orientation jurisprudentielle, qui d'ailleurs est d'une logique *irréprochable*, a été, plus récemment, réaffirmée dans une décision très remarquable du 13 mars 2001¹⁶⁴³, décision que l'on peut qualifier de *principe*.

En l'espèce, un notaire s'était engagé à présenter une société civile professionnelle comme son successeur, moyennant un certain prix. A son décès, une distribution par contribution a été ouverte pour répartir le prix entre ses créanciers. Un jugement a notamment, admis une créance d'impôts. Ce jugement a été signifié, le 23 janvier 1984, à l'avocat de plusieurs créanciers au nombre desquels figurait le trésorier général de Bayonne. Celui-ci n'a relevé appel du jugement que le 19 mars suivant, soit après l'expiration du délai d'appel. Il soutenait que la signification était irrégulière faute d'avoir été assortie de la remise à l'avocat d'autant de copies que de parties représentées. L'arrêt d'appel déclare la signification régulière et l'appel tardif. Déclarer l'appel tardif doit en principe dessaisir les juges du second degré de statuer sur le fond du jugement. Cependant la Cour d'appel de Toulouse statue quand même sur le fond du litige ; elle décide que l'administration fiscale ne fait pas la preuve qui lui incombe qu'un grief lui a été causé du fait exclusif de l'absence de signification à son avocat du jugement critiqué, en autant de copies que de parties que cet avocat représente. Ce faisant, la Cour de Toulouse a excédé ses pouvoirs. Cassant l'arrêt d'appel, l'Assemblée plénière énonce sous le visa de l'article 562 CPC : « *Attendu qu'une cour d'appel, qui décide que l'appel dont elle est saisie est irrecevable, excède ses pouvoirs en statuant au fond sur le jugement qui a fait l'objet de cet appel* » ; « *Qu'en confirmant le jugement, alors qu'elle déclare l'appel irrecevable comme ayant été formé hors délai, la cour d'appel a violé le texte susvisé (l'article 562 CPC)* ». – V. aussi déjà dans le même sens : Cass. 2^{ème} civ., 20 juin 1985 : Bull. civ. 2, n° 123, p. 83.

¹⁶⁴² Cass. 3^{ème} civ., 4 oct. 1995 : Bull. civ. 3, n° 214, p. 144. En l'espèce, une association foncière urbaine avait conclu un contrat d'entreprise avec une société en vue de la réhabilitation d'un immeuble. Celle-ci a sous-traité une partie des travaux avec une autre société. L'entrepreneur principal ayant été placé en redressement judiciaire, le sous-traitant a assigné le maître de l'ouvrage sur le fondement de la loi du 31 déc. 1975. Le jugement de première instance a déclaré l'action directe de l'entreprise sous-traitante, irrecevable. Le motif avancé par le jugement était que l'association était déjà dissoute quand l'assignation lui a été délivrée par le sous-traitant, le 6 août 1993. Mais après avoir déclaré l'action du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage irrecevable, le jugement statue sur le fond et juge cette action mal fondée et déboute la société sous-traitante. La société sous-traitante a été déboutée au motif que le maître de l'ouvrage n'a pas connu sa présence sur le chantier, et qu'elle n'a pas adressé une mise en demeure à l'entrepreneur principal. La Cour de cassation énonce alors : « *Qu'en statuant ainsi sur le fond, alors qu'il avait dit l'action irrecevable, le Tribunal a excédé ses pouvoirs* ».

¹⁶⁴³ Cass. soc., 13 mars 2001 précit. : Bull. civ. 5, n° 92 ; D. 2002, jur. 241, note C. Puigelier. En l'espèce, les organisations d'employeurs, signataires de la convention collective nationale des personnels des organisations de travailleuses familiales, ont dénoncé, le 19 juin 1995, conformément à l'article 2-1 de ladite convention, les articles 16 et 29 de celle-ci. Parce qu'aucun accord de substitution n'est intervenu, les dispositions dénoncées ont alors cessé de produire effet le 19 septembre 1996. Trente cinq salariées employées par l'Association départementale d'aide familiale à domicile (ADAFAD), ont saisi le Conseil de prud'hommes d'une demande tendant à obtenir le maintien de leurs avantages et le paiement du rappel de salaire correspondant parce qu'elles ont estimé que les avantages prévus à l'art. 16 de la convention constituaient des avantages individuels acquis. La Cour d'appel de Lyon a, par les arrêts du 15 décembre, déclaré irrecevable l'appel interjeté par l'ADAFAD des jugements rendus par les conseils de prud'hommes de Montbrison et de Saint-Étienne. Les motifs avancés étaient que, si aux termes de l'article 40 CPC le jugement qui statue sur une demande indéterminée est, sauf dispositions contraires, susceptible d'appel, et que ce texte ne trouve pas application à l'espèce dès lors qu'il résulte des énonciations des jugements que la demande portée par les salariées devant la juridiction prud'homale avait exclusivement pour objet de paiement d'une somme d'argent dont le montant était chiffré, peu important que, pour statuer sur cette demande, le Conseil de prud'hommes était amené à se prononcer sur l'existence d'un avantage individuel qu'invoquaient les demanderesses au soutien de leur prétention. En se décidant ainsi, la Cour d'appel de Lyon a statué sur le bien-fondé de la demande des salariées *après avoir justement déclaré leur appel irrecevable*, commentant ainsi incontestablement un excès de pouvoir. La censure était inévitable. Sous le visa notamment de l'article 562 CPC, la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel, elle énonce : « *Attendu qu'une cour d'appel décide que l'arrêt dont elle est saisie est irrecevable, excède ses pouvoirs en statuant au fond sur le jugement qui a fait l'objet de cet appel ; qu'en déclarant l'appel, en tout état de cause, mal fondé, alors qu'elle l'avait déclaré irrecevable, la cour d'appel a violé le texte susvisé (l'article 562 CPC)* ».

893. – Une cour d’appel excède ses pouvoirs, lorsque dans un arrêt avant-dire droit, elle renvoie la partie la plus diligente à saisir les premiers juges « *afin qu’il soit statué contradictoirement et loyalement sur l’ensemble des éléments du dossier* »¹⁶⁴⁴. Dans ce cas de figure, l’excès de pouvoir constitue une *violation franche* des articles 561 et 562 CPC qui régissent l’effet dévolutif attaché à l’appel. Mais c’est également une illustration d’un excès de pouvoir *négatif* ; en ce sens que la cour d’appel en renvoyant la partie la plus diligente à saisir les premiers juges, *se refuse à exercer le pouvoir* que la loi lui dévolue en vertu de l’effet dévolutif de l’appel. Celui-ci, par application de l’article 561 CPC, remet la chose jugée « devant la juridiction d’appel pour qu’il soit à nouveau statué en fait et en droit ».

894. – Un tribunal excède ses pouvoirs lorsque sous couvert de rectification d’un jugement, il le modifie en retranchant une partie de son dispositif¹⁶⁴⁵, ou, s’il modifie les droits et obligations reconnus aux parties par ce jugement¹⁶⁴⁶. Ces deux cas de figure constituent une *violation flagrante* des articles 1351 C. civ. et 462 CPC.

895. – Excède ses pouvoirs, la cour d’appel qui, saisie d’un appel-nullité, statue sur le fond de la demande sans relever d’office la fin de non-recevoir d’ordre public tirée de l’interdiction faite au créancier d’agir en relevé de forclusion plus d’une année après le jugement d’ouverture de la procédure collective¹⁶⁴⁷.

¹⁶⁴⁴ Cass. 2^{ème} civ., 7 nov. 1994 précit. : Bull. civ. 2, n° 220, p. 127 ; D. 1995, IR. 10.

¹⁶⁴⁵ Cass. com., 12 mai 1992 : Bull. civ. 4, n° 182 ; D. 1992, jur. 345, note G. Bolard ; Rép. Def. 1992, art. 35382, p. 1376, obs. J.-P. Sénéchal. Bien que rendu en matière de procédures collectives, la solution donnée par cet arrêt peut être valablement généralisée ; elle met en effet en cause la violation des articles 1351 C. C. et 462 CPC dont la portée est générale. Sur cet arrêt, v. *infra* note 1703 sous n° 922.

L’article 1351 C. civ. dispose :

« L’autorité de la chose jugée n’a lieu qu’à l’égard de ce qui a fait l’objet du jugement. (...) ».

L’article 462 CPC dispose en son alinéa premier :

« Les erreurs et omissions matérielles qui affectent un jugement, même passé en force de chose jugée, peuvent toujours être réparées par la juridiction qui l’a rendu ou par celle à laquelle il est déféré, selon ce que le dossier révèle ou, à défaut, ce que la raison commande ».

¹⁶⁴⁶ Cass. com., 11 oct. 1994 : Bull. civ. 4, n° 282, p. 226 ; D. 1995, jur. 297, rapp. J.-P. Rémy. A l’instar de l’arrêt précité du 3 mars 1992, cet arrêt a été rendu en matière de procédures collectives ; la solution qu’il donne peut de même être valablement généralisée. Sur la violation des articles 1351 C.civ. et 462 CPC, l’arrêt énonce que : « *si les erreurs ou omissions matérielles affectant une décision peuvent être réparées par la juridiction qui l’a rendue, celle-ci ne peut modifier les droits et obligations reconnus aux parties par cette décision ; – attendu qu’en ajoutant au dispositif du jugement arrêtant le plan de cession la mention d’une quote-part du prix de cession (...), dont ni le principe, ni le montant n’avaient été décidés par lui, le tribunal a excédé ses pouvoirs* ». Sur cet arrêt, v. *infra* note 2101 sous n° 1105.

¹⁶⁴⁷ Cass. com., 16 nov. 1993 : Bull. civ. 4, n° 409. Dans la procédure de redressement judiciaire d’une société, deux particuliers ont déclaré leur créance plus d’une année après le jugement d’ouverture de cette procédure. Ils ont présenté une requête aux fins d’être relevés de la forclusion visée à l’ancien article 53 de la loi du 25 janvier 1985. Le juge-commissaire a rejeté leur demande. Ils ont alors formé un recours devant le tribunal, qui rétractant l’ordonnance, les a relevés de la forclusion. Le liquidateur de la société a formé un appel-nullité contre ce jugement. La cour d’appel a déclaré l’appel non fondé. Sous le visa des articles 53 précité de la loi du 25 janvier 1985 et 125 CPC, la Cour de cassation énonce : « *Attendu que pour déclarer l’appel-nullité non fondé, l’arrêt énonce que s’il est exact que le tribunal a violé la règle selon laquelle les créances non déclarées, qui n’ont pas donné lieu à un relevé de forclusion sont éteintes, cette*

ρ – Porter atteinte à l'autorité morale de la loi.

896. – Par ailleurs, il existe une jurisprudence établie selon laquelle, une juridiction commet un excès de pouvoir lorsqu'elle se permet de critiquer l'œuvre du législateur, de porter un jugement de valeur sur un texte de loi, ou de contester une certaine orientation législative¹⁶⁴⁸. Cette solution peut parfaitement s'expliquer par le principe de la séparation des pouvoirs. Le juge a pour fonction d'appliquer la loi, de trancher les litiges qui lui sont soumis, il ne possède pas le droit, ni la qualité de porter un jugement de valeur sur la loi elle-même. Ce serait à la limite *jeter le discrédit* sur un texte qui est supposé régir au mieux les relations en société.

ς – S'ingérer dans la gestion de l'entreprise.

897. – Au-delà des griefs d'excès de pouvoir se révélant devant les juridictions de droit commun, cette notion peut aussi se concrétiser devant les juridictions spéciales, ceci se vérifie surtout dans le domaine du droit social ; il s'agit précisément de la *justice prud'homale*.

violation, si critiquable qu'elle soit, ne peut fonder un appel-nullité ». Et sur l'excès de pouvoir commis, elle poursuit en décidant : « *qu'en statuant ainsi, sans relever d'office, pour annuler le jugement, la fin de non-recevoir d'ordre public tirée de l'interdiction faite au créancier d'agir en relevé de forclusion plus d'une année après le jugement d'ouverture, interdiction qui enlevait à tout juge le pouvoir de se prononcer sur le fond de la demande, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs* ». L'arrêt d'appel fut alors cassé. Aujourd'hui l'action en relevé de forclusion est régie par l'article L. 622-26 C. com. Sur le texte de cet article, v. *infra* note 2111 sous n° 1111.

¹⁶⁴⁸ Cass. Ch. réunies, 30 avr. 1908 : D.P. 1910. 1. 276, concl. Baudouin. – Et plus récemment : Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 1967 : Bull. civ. 1, n° 188, p. 137. En l'espèce, il s'agissait d'une ordonnance du juge délégué aux loyers commerciaux qui dans ses motifs, avait critiqué les dispositions du décret du 3 janvier 1966. Annulant les motifs de cette ordonnance, l'arrêt énonce : « *Attendu qu'au lieu de se renfermer dans l'examen du litige qui lui était déféré, le juge s'est livré dans ces motifs à une critique du décret du 3 janvier 1966, en contestant l'opportunité et l'efficacité des règles nouvelles de la procédure, édictées par ce texte ; qu'en formulant de telles appréciations, ce juge a transgressé les limites dans lesquelles la loi circonscrit son autorité, et manifestement excédé ses pouvoirs* ».

V. aussi qui approuve cette jurisprudence : F. KERNALEGUEN, *op. cit.*, p. 154. Cet auteur qualifie le fait pour le juge de critiquer la loi de « véritable voie de fait ».

En effet, les ordonnances rendues par le bureau de conciliation des conseils de prud'hommes constituent *le domaine de prédilection* de l'excès de pouvoir¹⁶⁴⁹. Le courant jurisprudentiel qui a suivi la réforme prud'homale donne d'intéressantes illustrations de griefs jugés comme constitutifs d'excès de pouvoir. Ce courant fut inauguré par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 mars 1975¹⁶⁵⁰ duquel il résulte, que la décision du bureau de conciliation qui a ordonné la réintégration d'un salarié dans l'entreprise a commis un « excès de pouvoir caractérisé ».

σ – Statuer « ultra petita », affirmation de la solution en matière sociale.

898. – Dans ce même contexte de justice prud'homale, il a été jugé qu'excède ses pouvoirs le bureau de conciliation qui édicte des mesures non prévues par l'ancien article R. 516-18 C. trav., aujourd'hui article R. 1454-14, en prononçant en l'occurrence une condamnation provisionnelle pour des sommes non indiquées dans la demande, et, en assortissant cette condamnation d'une astreinte, et, sans de surcroît, assurer un débat contradictoire¹⁶⁵¹.

τ – Porter atteinte aux droits de la défense.

899. – Concernant la régularité des actes précédant la procédure prud'homale, il a été, à juste titre d'ailleurs, jugé, qu'excède ses pouvoirs le bureau de conciliation qui prononce une condamnation contre un employeur *sans l'avoir régulièrement convoqué à l'audience*¹⁶⁵². Cette solution est parfaitement défendable, car la convocation irrégulière à une instance rend *entachée d'illégalité* la décision qui en a résulté. Cependant, cette illégalité est *attentatoire aux droits de la défense*, et est d'une gravité telle que la jurisprudence *la promeut au rang d'excès de pouvoir*.

¹⁶⁴⁹ R. PERROT, obs. pour Cass. soc., 8 oct. 1987 in RTD civ. 1988. 399, n° 6.

¹⁶⁵⁰ CA Paris, 20 mars 1975 : Gaz. Pal. 1975. 1. 376 ; RTD civ. 1976. 403, obs. R. Perrot ; *ibid.* 1977. 621, obs. R. Perrot. Pour les faits de cet arrêt, son analyse et les attendus de la cour de Paris, v. *infra* n° 942 et note 1741.

¹⁶⁵¹ CA Lyon, 18 mai 1982 : Gaz. Pal. 1982. 1. somm. 178 ; RTD civ. 1982. 658, n° 8, obs. R. Perrot. Un éminent auteur a approuvé sans réserves, la solution de l'arrêt. Il a en effet souligné que l'exécution provisoire est une modalité d'exécution d'un jugement qui ne se conçoit que si le jugement est lui-même intrinsèquement valable, or, il précise que si le jugement est nul dans son principe étant donné qu'il a statué sur des sommes non indiquées dans la demande, il serait « manifestement excessif » de laisser prospérer son exécution. Sur cette opinion : v. R. PERROT, obs. pour CA Lyon, 18 mai 1982 in RTD civ. 1982. 658. Il s'en suit logiquement que la décision litigieuse est *incontestablement* entachée d'excès de pouvoir.

¹⁶⁵² Cass. soc., 3 oct. 1985 : Bull. civ. 5, n° 440, p. 318 ; D. 1986, IR. 104 ; JCP 1985. 4. 353.

v – La violation *flagrante* de la législation sociale.

900. – Il résulte de nombreuses décisions rendues en matière prud'homale, une orientation jurisprudentielle établie selon laquelle commet un excès de pouvoir le bureau de conciliation qui octroie des provisions sur salaires et indemnités à un salarié alors *qu'existe une contestation sérieuse sur l'obligation de l'employeur*¹⁶⁵³, contrevenant ainsi aux dispositions de l'article R. 1454-14, § 2 C. trav.¹⁶⁵⁴.

Concernant les condamnations pécuniaires prononcées par le bureau de conciliation, il résulte de même d'une jurisprudence prud'homale constante, *qu'excède ses pouvoirs le bureau de conciliation qui alloue des provisions sur salaire dépassant la limite prévue par l'ancien article R. 516-18 C. trav.*¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁵³ V. par ex. : CA Paris, 29 mai 1976 : Gaz. Pal. 1976. 2. 688, note M. Rayroux. – CA Aix-en-Provence, 7 fév. 1983 : Gaz. Pal. 1983. 1. 331, note Ch. Dureuil ; RTD civ. 1983. 793, obs. R. Perrot.

. – Cass. soc., 15 mars 1983 : Bull. civ. 5, n° 161, p. 114. – Cass. soc., 12 juin 1986 : Bull. civ. 5, n° 304, p. 234 ; JCP 1986. 4. 245 ; RTD civ. 1987. 146, obs. R. Perrot. Pour en savoir plus sur la jurisprudence relative aux décisions rendues par le bureau de conciliation alors qu'existait une contestation sérieuse sur l'obligation de l'employeur et les arrêts précités, v. *infra* n°s 942 et s.

Pour une jurisprudence plus récente, v. : Cass. soc., 15 juin 1995, n° de pourvoi : 94-40.524 et Cass. soc., 24 janvier 1996, n° de pourvoi : 92-43.768.

V. pourtant en sens contraire : Cass. soc., 22 avr. 1992, n° de pourvoi : 88-43.882. – Cass. soc., 3 mai 1995 (1^{ère} esp.) : Procédures, 1995, n° 264, note H. Croze.

La jurisprudence admettant la dérogation à la règle du recours différé pour cause d'excès de pouvoir du bureau de conciliation qui alloue des provisions sur indemnités et salaires dans le cas où l'obligation de l'employeur est sérieusement contestable, contrevenant à la condition posée par l'ancien article R. 516-18 C. trav. pour l'octroi d'une indemnité provisionnelle, a fait l'objet de vives critiques de la part d'un éminent auteur. Il estime que cette solution est *illogique*, car pour justifier la recevabilité d'un appel immédiat, la jurisprudence commence par prendre parti sur ce qui fait l'objet même du litige quant au fond. L'auteur finit par concéder qu'une telle solution est spécifique à la justice prud'homale, et invite à s'interroger sur les raisons qui font que l'appel est si fréquent en matière prud'homale : v. R. PERROT, obs. précit. pour Cass. soc., 3 oct. 1985 in RTD civ. 1987. 146. Rappelons ici, qu'en droit processuel, la règle est que la recevabilité d'un recours *est un préalable à son bien-fondé*.

¹⁶⁵⁴ Notons ici que l'article R. 1454-14 § 2 en question, pose comme condition pour le versement au salarié notamment, de provisions sur les salaires et accessoires du salaire, et sur les indemnités de congés payés, de préavis et de licenciement, que l'existence de l'obligation *ne soit pas sérieusement contestable*. Sur la jurisprudence illustrant des hypothèses où l'obligation de l'employeur à verser des indemnités est sérieusement contestable, v. *infra* n°s 942 et s.

¹⁶⁵⁵ La jurisprudence reproduit fidèlement les dispositions dudit article R. 516-18, v. : CA Riom, 19 nov. 1975 : Gaz. Pal. 1976. 1. 33. La cour de Riom énonce : « *Attendu qu'aux termes de l'article R. 516-18 C. trav. le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes peut, lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable ordonner le versement, d'une provision sur salaires et sur indemnité de préavis dans la limite des trois derniers mois* ». Sur le texte même de l'ancien article R. 516-18 C. trav., v. *infra* n° 941.

La jurisprudence condamnant comme constitutive d'excès de pouvoir la décision du bureau de conciliation qui alloue des indemnités dépassant la limite tracée par l'article R. 516-18 précité a, au lendemain de la réforme prud'homale, été amorcée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 mai 1976¹⁶⁵⁶. Elle a été clairement réaffirmée dans des décisions ultérieures ; notamment par un *arrêt de principe* de la Chambre sociale du 3 octobre 1985¹⁶⁵⁷.

901. – Complétant cette orientation jurisprudentielle, il a été décidé qu'excède ses pouvoirs, le bureau de conciliation qui alloue au salarié des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, étant précisé que l'article R. 516-18 C. trav. *ne permet d'allouer des provisions que sur les salaires ou sur l'indemnité de préavis*¹⁶⁵⁸.

902. – Par ailleurs, il résulte d'une jurisprudence récente, qu'excède ses pouvoirs le bureau de conciliation qui, lors de la conclusion entre employeur et salarié d'une transaction qui apparaît comme ne comportant pas de concessions réciproques, *ne vérifie pas si les parties étaient informées de leurs droits respectifs*¹⁶⁵⁹.

903. – Soulignons enfin qu'il est désormais de jurisprudence constante, qu'excède ses pouvoirs le bureau de conciliation qui alloue des indemnités de préavis à l'employeur, alors qu'il est seulement compétent pour allouer les indemnités prévues par l'article R. 516-18, devenu article R. 1454-15, au salarié *à l'exclusion de l'employeur*¹⁶⁶⁰.

¹⁶⁵⁶ CA Paris, 29 mai 1976 : Gaz. Pal. 1976. 2. 688, note M. Rayroux. La cour de Paris rappelle de manière claire la règle posée par l'article R. 516-18 en question. Sur l'attendu rappelant cette règle, les faits de l'espèce et une analyse sommaire de l'arrêt, v. *infra* note 1696 sous n° 919 et note 1745 sous n° 943.

¹⁶⁵⁷ Cass. soc., 3 oct. 1985 : Bull. civ. 5, n° 439, p. 317 ; D. 1986, IR. 92 ; JCP 1985. 4. 354 ; RTD civ. 1987. 146, n° 4, obs. R. Perrot. Pour l'attendu principal de cet arrêt, v. *infra* note 1752 sous n° 944.

¹⁶⁵⁸ Cass. soc., 29 janv. 1981 : Bull. civ. 5, n° 91, p. 67 ; D. 1981, IR. 435, obs. Ph. Langlois ; JCP 1981. 4. 121 ; RTD civ. 1982. 207, obs. R. Perrot. En l'espèce, un salarié avait cité son ancien employeur en paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Une ordonnance de non-conciliation lui a alloué une provision de 5000 F. Son employeur a interjeté appel de la décision. La cour d'appel a déclaré l'appel contre cette décision irrecevable, motif était pris de ce que le versement de ladite provision ne pouvait être fait qu'en vertu de l'article R. 516-18 C. trav. Sur pourvoi en cassation de l'employeur, la Chambre sociale cassa l'arrêt attaqué sous le visa de l'article 543 CPC et de l'ancien article R. 516-19 C. trav. Elle énonce : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'article R. 516-18 ne permet d'allouer des provisions que sur les salaires ou sur l'indemnité de préavis, et que les premiers juges excédant leurs pouvoirs, avaient statué en dehors des prévisions de cet article, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* ». La décision litigieuse s'écartait des prévisions de l'article R. 516-18 C. trav. et était à ce titre susceptible d'appel immédiat conformément au droit commun. Cette jurisprudence a été interprétée comme étant une décision de principe, établissant une jurisprudence constante, v. : R. PERROT, obs. in RTD civ. 1982. 207.

¹⁶⁵⁹ Cass. soc., 24 mai 2006 : Bull. civ. 5, n° 189, p. 182.

¹⁶⁶⁰ CA Paris, 7 mars 1984 : D. 1984, IR. 366 ; RTD civ. 1985. 213, obs. R. Perrot. Cette jurisprudence a été critiquée par un éminent auteur. Celui-ci, tout en admettant que la cour de Paris ne s'éloignait pas de la vérité en affirmant que le législateur a édicté les dispositions de l'article R. 516-18 C. trav. en pensant protéger les intérêts du salarié, il a quand même estimé qu'il est gênant qu'un juge émet dans sa décision

904. – Il est raisonnable ici de se demander, face à cette jurisprudence prud'homale qui considère comme constitutives d'excès de pouvoir les décisions des bureaux de conciliation qui statuent en ne respectant pas les limites posées par l'article R. 1454-15 C. trav.¹⁶⁶¹ pour l'octroi de provisions sur salaires et indemnités de préavis, s'il s'agit véritablement ici d'un excès de pouvoir ou si ce n'agirait pas, plus exactement, d'un *cas de violation de la loi*. En effet, il est aisé d'observer que l'octroi par le bureau de conciliation de provisions sur salaires et indemnités de préavis dépassant les limites tracées par l'article R. 1454-15, *n'est pas assimilable* aux griefs constitutifs d'excès de pouvoir se rapportant aux juridictions de droit commun, analysés précédemment. Cette assertion est d'autant plus fondée que certaines décisions admettant l'appel immédiat contre les décisions du bureau de conciliation, *ne font aucunement appel à la notion d'excès de pouvoir*¹⁶⁶².

l'idée *discriminatoire* selon laquelle *une disposition a été édictée pour un plaideur et non pour son adversaire*, v. : R. PERROT, obs. pour CA Paris, 7 mars 1984 in RTD civ. 1985. 214. – Pour une opinion qui préconise de bannir toute formule tendant à rendre la juridiction prud'homale insensible aux arguments de toute une catégorie de plaideurs, v. : Y. DESDEVISES, *Dispositions communes à toutes les juridictions et procédure prud'homale : deux illustrations*, Dr. soc. 1986. 140.

Malgré les critiques qu'elle a suscitées, cette jurisprudence a été réaffirmée presque vingt ans après l'arrêt précité de la cour d'appel de Paris du 7 mars 1984, par un arrêt de la Chambre sociale qui se présente comme un arrêt de principe, v. : Cass. soc., 6 mai 1997 : Bull. civ. 5, n° 166, p. 121 ; D. 1997, IR. 135. La Cour y énonce : « *Il résulte de l'article R. 516-18 C. trav. que ce texte n'est applicable qu'à des sommes dues par l'employeur au salarié ; que la cour d'appel a donc exactement décidé que le conseil de prud'hommes avait commis un excès de pouvoir en étendant ce texte à des sommes dues à l'employeur* ».

¹⁶⁶¹ Rappelons en l'occurrence, que les provisions allouées par le bureau de conciliation ne peuvent en vertu de l'article R. 1454-15 en question, excéder six mois de salaire calculés sur la moyenne des trois derniers mois de salaire.

¹⁶⁶² V. par ex. : CA Riom, 19 nov. 1975 précit. : Gaz. Pal. 1976. 1. 33. – Cass. soc., 5 oct. 1978 : Gaz. Pal. 1978. 1. 51, note C. Loyer-Larher ; RTD civ. 1979. 196, obs. R. Perrot ; *ibid.* 1981. 691, n° 3, obs. R. Perrot.

905. – Nous pensons que, mises à part les décisions susmentionnées que nous considérons comme *marginales*, la jurisprudence promeut les cas de dépassement par les bureaux de conciliation des limites posées par ledit article R. 1454-15, *d'une violation d'un texte à un grief d'excès de pouvoir*. C'est dans le but avéré de ne pas laisser prospérer des décisions qui n'ont cure des dispositions limitatives prescrites par l'article R. 1454-15 C. trav.¹⁶⁶³, est de pouvoir ainsi, par le recours au grief d'excès de pouvoir de *faire échec à la règle du recours différé*¹⁶⁶⁴. Mais aussi, ces solutions s'expliquent par la tendance de la jurisprudence de sanctionner par l'excès de pouvoir les violations des *règles de fond*¹⁶⁶⁵.

Les griefs illustratifs d'excès de pouvoir se concrétisant dans la justice prud'homale, revêtent – il est vrai – des caractéristiques particulières eu égard à la spécificité de la matière, mais *ils ne donnent pas moins de riches enseignements sur la notion*.

φ – Violer les règles garantissant le respect du principe de contradiction.

906. – Par le choix de cet intitulé, nous n'entendons aucunement viser la violation du principe de contradiction *dans sa généralité*. Il ne s'agit pas purement et simplement, de la violation du principe du contradictoire. En effet, la Chambre mixte de la Cour de cassation avait, par un arrêt fondamental du 28 janvier 2005¹⁶⁶⁶, décidé que *la violation du principe de la contradiction n'est pas constitutive d'excès de pouvoir*.

¹⁶⁶³ En ce sens : R. PERROT, obs. pour Cass. soc., 3 oct. 1985 in RTD civ. 1987. 146. L'auteur émet sans réserve cette opinion, ceci malgré les vives critiques qu'il fait du grand développement que connaît la notion d'excès de pouvoir en matière prud'homale, et les méfaits qui accompagnent ce développement.

¹⁶⁶⁴ Rappr. : Y. DESDEVISES, *Dispositions communes à toutes les juridictions et procédure prud'homale : deux illustrations*, art. précit., 142. Cet auteur estime que la jurisprudence *s'écarter des textes* pour ouvrir dans certains cas l'appel immédiat contre les décisions du bureau de conciliation. Il aurait été plus conforme à la réalité d'avancer l'idée selon laquelle la jurisprudence cherche à sanctionner les décisions des bureaux de conciliation qui ne respectent pas les limites posées par les textes pour l'octroi de provisions sur salaires et indemnités, par le recours à une notion qui contourne les prohibitions légales, telle l'excès de pouvoir.

¹⁶⁶⁵ Rappr. : J.-P. SÉNÉCHAL, obs. sous Cass. com., 3 mars 1992 in Rép. Def. 1992, art. 35382, § 8, p. 1382.

¹⁶⁶⁶ Cass. Ch. mixte, 28 janv. 2005 : Bull. civ. Ch. mixte, n° 1, p. 1 ; D. 2005, IR. 386, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 2006, pan. 548, note P. Julien et N. Fricéro. Sur cet arrêt, v. *infra* note 1738 sous n° 938.

907. – C'est la Chambre commerciale qui par un important arrêt rendu récemment, est venue *modérer* la sévérité de cette solution. Il résulte en effet d'un arrêt du 16 juin 2009¹⁶⁶⁷ rendu par cette juridiction, que « *constitue un excès de pouvoir, le fait pour un juge, qui se prononce en matière de réalisation de l'actif du débiteur en liquidation judiciaire, de statuer sans que le débiteur ait été entendu ou dûment appelé* ».

La violation du principe du contradictoire commise par le juge se déduit clairement du texte de l'attendu, sans pour autant que ce principe n'y figure nommément ou soit visé *dans sa généralité*. Il est possible donc de considérer que la Chambre commerciale n'ait pas voulu *totalemment* abandonner la jurisprudence du 28 janvier 2005¹⁶⁶⁸, mais seulement d'y apporter *une dérogation* pour le droit des entreprises en difficulté lorsque des *règles de procédure* ont été violées¹⁶⁶⁹. Désormais, et d'après l'arrêt du 16 juin 2009, il doit être connu que le fait de ne pas entendre, ni même convoquer, un débiteur dans le cadre de la vente de l'autorisation ou de l'injonction du juge-commissaire relativement à la vente de ses actifs dans sa procédure de liquidation judiciaire, *constitue un excès de pouvoir*¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶⁷ Cass. com., 16 juin 2009 : Bull. civ. 4, n° 82 ; D. 2009. 2521, note J. Théron ; Lexbase heb. éd. Gén., n° 359 (juillet 2009), obs. E. Le Corre-Broly. En l'espèce, un particulier, propriétaire indivis d'un immeuble, est placé en liquidation judiciaire. Saisi d'une demande tendant à voir ordonner la vente de la part indivise du débiteur, le juge-commissaire rejette la demande. Le liquidateur frappe d'un recours devant le tribunal la décision du juge-commissaire. Le tribunal va réformer la décision et cela sans entendre, ni même convoquer le débiteur. Ce dernier, ou plus exactement ses héritiers, vont frapper la décision du tribunal d'un appel nullité. En rupture avec sa position traditionnelle et considérant que la cour d'appel a, à bon droit, déclaré recevable l'appel-nullité, la Cour de cassation va rejeter le pourvoi en énonçant l'attendu reproduit plus haut.

¹⁶⁶⁸ Rapp. : E. Le Corre-Broly, obs. pour Cass. com., 16 juin 2009 précit. in Lexbase heb. éd. Gén., n° 359 (juillet 2009).

¹⁶⁶⁹ Certains ont au contraire estimé que la solution posée par l'arrêt se circonscrit à la seule « *matière de réalisation de l'actif du débiteur en liquidation judiciaire* », v. : J. THÉRON, note sous Cass. com., 16 juin 2009 in D. 2009. 2521.

¹⁶⁷⁰ E. Le Corre-Broly, obs. précit. pour Cass. com., 16 juin 2009 in Lexbase heb. éd. Gén., n° 359 (juillet 2009).

Rendu en matière de procédures collectives, l'arrêt du 16 juin 2009, arrêt de principe, a vocation à déborder le strict cadre dans lequel il a été rendu puisqu'il met en cause la violation du principe du contradictoire, et statue au visa de l'article 14 CPC. Ce texte en vertu duquel « *nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* », est le *premier* d'une série d'articles situés dans la section quatrième relative à « la contradiction », celle-ci est située dans le chapitre premier relatif aux « principes directeurs du procès », ce chapitre est lui-même situé dans le Livre premier du Code de procédure civile relatif aux « dispositions communes à toutes les juridictions », d'où l'importance qui s'attache à la référence faite par l'arrêt à l'article 14 CPC.

908. – Soulignons cependant que la solution de cet arrêt n'est plus d'actualité depuis le décret du 12 février 2009 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté et modifiant les procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble¹⁶⁷¹. Néanmoins, nous pensons que la solution qu'il a donnée ne conserve pas moins une valeur certaine et aura vocation à s'appliquer dans les cas d'interdiction des voies des recours, cas existant toujours dans la matière.

L'importance de cette solution s'explique par la considération que l'excès de pouvoir s'est trouvé constitué lorsque la violation des règles de procédure du droit des procédures collectives *a abouti concrètement à une violation du principe du contradictoire*. Il s'agit au premier plan *d'une violation de règles de procédure essentielles du droit des entreprises en difficulté* qui visent à assurer la convocation et la défense du débiteur, violation qui se concrétise en une grave atteinte au principe du contradictoire. C'est pour cette raison sans doute, que l'arrêt du 16 juin 2009 n'a pas mentionné de manière générale dans son attendu, la violation du principe de contradiction.

¹⁶⁷¹ En effet, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a abrogé l'article L. 661-5 C. com. Avant l'abrogation de cet article, la décision du juge-commissaire qui autorise ou ordonne la vente d'un bien meuble ou immeuble du débiteur en liquidation judiciaire était susceptible d'un recours devant le tribunal, et l'appel de cette décision n'était ouvert qu'au ministère public. Depuis le décret du 12 février 2009, qui s'applique aux procédures ouvertes à compter du 15 février 2009, l'ordonnance du juge-commissaire qui autorise ou ordonne la vente d'un bien meuble ou immeuble du débiteur en liquidation judiciaire est susceptible d'un recours directement porté devant la cour d'appel.

909. – Par ailleurs, il est intéressant de remarquer que certaines décisions antérieures à l'arrêt précité du 16 juin 2009 ont, sans aucunement viser l'excès de pouvoir, considéré que la violation du principe du contradictoire *peut valablement fonder un appel-nullité*¹⁶⁷².

Cette richesse jurisprudentielle indique sans doute que le principe du contradictoire suscite et suscitera encore et toujours la controverse, et qu'il faut s'attendre à des développements en cette matière.

Passons à présent à l'examen des griefs que la jurisprudence ne considère pas comme constitutifs d'excès de pouvoir.

B. – Les griefs jugés comme non constitutifs d'excès de pouvoir.

910. – A l'instar de ce qui en a été pour l'analyse des griefs jugés comme constitutifs d'excès de pouvoir, la jurisprudence ancienne donne d'importants enseignements sur les griefs qui ont été jugés comme non constitutifs d'excès de pouvoir.

Une jurisprudence séculaire et constante décide que, ne constitue point un excès de pouvoir la fausse interprétation par le juge de la loi qu'il est chargé d'appliquer¹⁶⁷³. Cette solution est parfaitement logique, car la fausse interprétation de la loi constitue une *violation de la loi* et ne revêt aucunement la gravité de l'excès de pouvoir¹⁶⁷⁴.

¹⁶⁷² V. par ex. : CA Paris, 22 mars 1989 précit. : Gaz. Pal. 1990. 1. 163, note J.-P. Marchi ; D. 1989, IR. 133 ; RTD com. 1989. 760, obs. B. Grelon. – Cass. com., 14 fév. 1995 : Bull. civ. 4, n° 45, p. 39. L'espèce concernait la procédure de redressement judiciaire d'un particulier. Le juge-commissaire avait ordonné à la SNCF de reprendre, et sous astreinte de 3000 francs par jour pendant 3 mois, les relations contractuelles qui la liaient à ce dernier. La SNCF a formé un recours devant le Tribunal de commerce contre l'ordonnance précitée ; celui-ci rejeta le recours. La SNCF a invoqué à l'appui de ce recours, le fait que le tribunal a été saisi sur requête par l'administrateur et qu'il n'y avait pas eu de débat contradictoire. La SNCF a alors formé un appel-nullité contre le jugement précité. La cour d'appel déclare irrecevable cet appel-nullité au motif que le fait pour le tribunal d'avoir confirmé l'ordonnance du juge-commissaire, *ne constitue pas un vice grave affectant la validité du jugement*. Sous le visa de l'article 16 CPC et de l'ancien article 173-2° de la loi du 25 janvier 1985, l'arrêt énonce pour casser l'arrêt attaqué : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le jugement confirmatif de l'ordonnance avait consacré la violation du principe de la contradiction, de sorte qu'était recevable l'appel-nullité formé contre ce jugement, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

Cet arrêt se rapporte à l'article 173-2° précité, texte aujourd'hui abrogé, mais il conserve toujours un sens et une valeur certains car il se rapporte également à l'application de l'article 16 CPC, et illustre l'exigence de respecter, lors de la procédure de redressement judiciaire, le principe du contradictoire.

V. aussi : Cass. com., 28 avr. 1998 : Bull. civ. 4, n° 134, p. 107 ; JCP 1998. 4. 2332 ; Rép. Def., 15 août 1998, n° 15-16, p. 948, note P. Le Cannu.

¹⁶⁷³ Cass. req., 10 fév. 1868 précit. : D.P. 1868. 1. 422. – Cass. req., 20 fév. 1907 précit. : D.P. 1907. 1. 112. – V. aussi dans le même sens : Cass. req., 14 mai 1907 précit. : D.P. 1907. 1. 360. – V. aussi qui approuve cette solution : M. WALINE, *La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs*, op. cit., p. 229.

¹⁶⁷⁴ Concernant les liens entre l'excès de pouvoir et la violation de la loi, nous avons précédemment énoncé que l'excès de pouvoir appartient à la violation de la loi, mais il ne confond pas avec celle-ci, v. *supra* n°s 855 et 856.

911. – Il résulte de même d’une jurisprudence séculaire que *l’incompétence ne peut être assimilée à un excès de pouvoir*¹⁶⁷⁵. Cette solution complète et éclaire nos précédents propos rapprochant certains griefs constitutifs d’excès de pouvoir de l’incompétence, *quand celle-ci revêt un caractère particulièrement grave*. Ainsi, l’ancienne jurisprudence apporte sur ce point particulier une précision supplémentaire ; si l’excès de pouvoir s’apparente parfois à l’incompétence, *celle-ci ne peut être assimilée à un excès de pouvoir*. Concernant la comparaison entre ces deux notions, on a depuis longtemps considéré que l’excès de pouvoir est *plus grave que l’incompétence*, plus précisément, il est plus grave que *l’incompétence absolue*¹⁶⁷⁶.

Concernant toujours la compétence, la jurisprudence décide aujourd’hui, qu’une cour d’appel saisie d’un contredit de compétence qui se limite à prononcer la nullité du jugement et déboute la demanderesse de son contredit, *n’excède pas ses pouvoirs*¹⁶⁷⁷.

912. – Par ailleurs, la jurisprudence ancienne décidait de même, que *l’absence de motivation n’est pas constitutive d’excès de pouvoir*¹⁶⁷⁸. Cette solution a été jadis appliquée aux recours contre les décisions des juges de paix, juridiction aujourd’hui révolue.

¹⁶⁷⁵ Cass. req., 8 juill. 1902 précit. : D.P. 1902. 1. 424. En l’espèce, le juge de paix du quatrième arrondissement de Lille s’était trompé sur sa compétence. La Chambre des requêtes rappelle qu’en application de la loi du 25 mai 1838, les jugements des juges de paix ne peuvent être attaqués devant la Cour de cassation que pour excès de pouvoir, et pour ce motif, rejette le pourvoi en cassation formé contre le jugement du juge de paix de Lille. – V. aussi dans le même sens mais de manière moins claire : Cass. req., 26 avr. 1892 précit. : D.P. 1893. 1. 162. – V. aussi qui approuve cette solution : M. WALINE, *La notion judiciaire de l’excès de pouvoirs, op. cit.*, p. 230.

Pourtant une très ancienne décision énonce que l’incompétence peut équivaloir à un excès de pouvoir, v. : Cass. req., 4 janv. 1853 : D.P. 1853. 1. 14. Dans le même ordre d’idées, la jurisprudence décide que ne constitue pas non plus un excès de pouvoir, l’erreur sur la compétence : Cass. req., 13 juin 1903 : D.P. 1904. 1. 510.

¹⁶⁷⁶ Note anonyme sous : Cass. req., 26 avr. 1892 : D.P. 1893. 1. 162. Cette opinion rejoint celle d’un auteur contemporain qui a estimé que l’excès de pouvoir est une notion superlative par rapport à l’incompétence, v. : R. PERROT, obs. précit. pour CA Paris, 20 mars 1975 in RTD civ. 1977. 622.

Sur le courant doctrinal classique qui assimilait l’excès de pouvoir à l’incompétence, v. *supra* n° 845.

¹⁶⁷⁷ Cass. 2^{ème} civ., 13 janv. 1988 : Bull. civ. 2, n° 18, p. 10.

¹⁶⁷⁸ Cette solution est constante dans la jurisprudence relative aux recours contre les décisions des juges de paix, v. : Cass. req., 30 mai 1854 précit. : D.P. 1854. 1. 323. – Cass. req., 10 fév. 1868 précit. : D.P. 1868. 1. 422. – Cass. req., 9 juill. 1894 précit. : D.P. 1894. 1. 512. – V. aussi qui approuve cette solution : M. WALINE, *La notion judiciaire de l’excès de pouvoirs, op. cit.*, p. 229.

Concernant précisément l'obligation de motivation, un certain courant jurisprudentiel considérait que la violation de l'obligation de motivation constituait un cas d'ouverture de l'appel-nullité¹⁶⁷⁹, *sans pour autant la qualifier d'excès de pouvoir*.

913. – Cependant, il semble que la jurisprudence la plus récente adopte une solution contraire. Il résulte en effet d'une décision de la Cour de cassation du 20 février 2007¹⁶⁸⁰, que l'absence de motivation *ne constitue pas un excès de pouvoir*, ni ne peut, par conséquent, fonder un appel-nullité. L'espèce, il est vrai, mettait en cause un texte aujourd'hui abrogé et concernait l'appel-nullité formé contre le jugement rendu sur l'opposition faite contre la décision d'un juge-commissaire ayant ordonné la vente aux enchères publiques d'un immeuble appartenant à un particulier mis en liquidation judiciaire et à son épouse, mais nous pensons quand même que la solution de l'arrêt reste valable aujourd'hui et *peut être valablement généralisée*¹⁶⁸¹. Cette assertion est d'autant plus vraie qu'un arrêt de la Chambre commerciale du 24 mars 2009 a, de manière claire et générale, affirmé que *la violation de l'obligation de motivation ne constitue pas un excès de pouvoir*¹⁶⁸².

¹⁶⁷⁹ Cette jurisprudence considérait que l'absence de motivation des jugements constitue *la violation d'un principe fondamental de procédure civile* et par conséquent, peut valablement fonder un appel-nullité, v. par ex. : Cass. com., 6 déc. 1994, n° de pourvoi : 92-18.158. – CA Dijon, 23 oct. 2001 : JCP 2002. 4. 1348.

¹⁶⁸⁰ Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007 : Bull. civ. 1, n° 61, p. 56 ; Gaz. Pal. 21 juill. 2007, n° 202, p. 32 ; *ibid.* 18 mars 2008, n° 78, p. 17 ; RTD com. 2007. 459, obs. J.-L. Vallens ; RTD civ. 2007. 386, obs. R. Perrot.

¹⁶⁸¹ A dire vrai, c'est – seulement – implicitement qu'il résulte dudit arrêt du 20 février 2007, que l'omission de motiver un jugement n'est pas constitutive d'excès de pouvoir. En l'espèce, deux personnes mariées une première fois en Israël, avaient demandé la dissolution de leur union, pour se remarier immédiatement entre eux en France, mais sans attendre que leur mariage israélien soit dissout. Le mari a été alors mis en liquidation judiciaire, le mandataire-liquidateur avait obtenu du juge-commissaire l'autorisation de faire vendre aux enchères publiques l'appartement acquis par les deux époux. Ceux-ci formèrent opposition contre l'ordonnance du juge-commissaire, le tribunal saisi avait confirmé l'ordonnance de mise en vente. Ils interjetèrent alors appel de cette décision en invoquant un excès de pouvoir qui seul permettait d'échapper à l'interdiction d'un appel ordinaire. Ils reprochaient au jugement attaqué un défaut de motivation pour n'avoir pas répondu à un moyen de défense inattendu fondé sur la nullité de leur mariage ! Les époux avaient déduit que leur mariage célébré en France était entaché d'une nullité d'ordre public pour cause de bigamie. L'appartement mis en vente aux enchères publiques était censé avoir été acquis alors qu'ils étaient toujours mariés sous le régime de droit commun en Israël qui est celui de la séparation des biens. Le juge d'appel ne fut pas sensible à ces prétentions ; il avait déclaré irrecevable l'appel formé contre le jugement qui a ordonné la vente de l'immeuble. C'est alors que les époux trouvèrent convenable de soutenir que le jugement attaqué a été rendu « en violation d'un principe essentiel de procédure », et qu'ils avaient ainsi été victimes d'un excès de pouvoir qui est de nature à justifier l'ouverture de leur appel, donc la cassation de l'arrêt qui l'avait déclaré irrecevable. La première Chambre civile rejette le pourvoi contre cet arrêt d'irrecevabilité. Elle en profite aussi pour énoncer ce qui peut constituer la base d'une définition de l'excès de pouvoir, elle précise que celui-ci consiste pour le juge à méconnaître « l'étendue de son pouvoir de juger ». Pour une appréciation critique de la notion jurisprudentielle d'excès de pouvoir, v. *infra* n°s 922.

Notons que depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008, cette jurisprudence n'est plus d'actualité en ce qui concerne les ordonnances du juge-commissaire ordonnant la vente d'un bien immeuble ou meuble du débiteur. Celles-ci sont désormais susceptibles de recours *directement* devant la cour d'appel. Pour une affirmation claire de cette solution, v. : CA Limoges, 29 mai 2008, n° RG : 07/01696.

Ceci rend donc sans utilité la question de recevabilité de l'appel-nullité contre les jugements rendus sur recours contre les ordonnances du juge-commissaire. Cependant, la solution de l'arrêt *ne conserve pas*

914. – Concernant la matière spécifique de la jurisprudence prud’homale, il a été jugé que ne commet pas d’excès de pouvoir le bureau de conciliation *qui viole le principe de la contradiction*¹⁶⁸³.

On se demande alors, dans quelle mesure il est possible de faire le rapprochement entre la justice prud’homale et la justice de droit commun¹⁶⁸⁴.

915. – Autrefois, la jurisprudence sanctionnait par la nullité les décisions rendues en matière de procédures collectives *qui n’assuraient pas le respect du principe du contradictoire*¹⁶⁸⁵. Actuellement, la position de la Cour de cassation sur ce point se révèle être plus nuancée. Celle-ci avait, dans l’arrêt de principe précité du 28 janvier 2005¹⁶⁸⁶, décidé que *la violation du principe du contradictoire ne constitue pas un excès de pouvoir*. Quoique se prêtant à la critique, cette décision fut réaffirmée par une décision, *elle-même de principe*, du 17 novembre 2005¹⁶⁸⁷, ainsi que par d’autres décisions ultérieures¹⁶⁸⁸.

moins une valeur certaine, et est toujours valable, car elle contient l’affirmation claire que l’appel-nullité n’est recevable qu’en cas d’excès de pouvoir.

¹⁶⁸² Cass. com., 24 mars 2009, n° de pourvoi : 07-15.879.

¹⁶⁸³ Cass. soc., 21 fév. 2007, n° de pourvoi : 04-48.255.

¹⁶⁸⁴ Soulignons qu’en ce qui concerne les décisions *des bureaux de jugement* des Conseils de prud’homme, la jurisprudence la plus récente sanctionne par la nullité les décisions rendues par ceux-ci lorsqu’il y a *violation du principe du contradictoire*, v. par ex. : Cass. soc., 19 janv. 1999, n° de pourvoi : 96-44.487. – Cass. soc., 20 janv. 1999, n° de pourvoi : 97-40.100. – Cass. soc., 17 fév. 1999, n° de pourvoi : 96-45.264. – Cass. soc., 23 juin 1999, n° de pourvoi : 97-41.723. – Cass. soc., 24 mai 2000, n° de pourvoi : 98-40.654. – Cass. soc., 11 mai 1999 : Bull. civ. 5, n° 212, p. 155. – Cass. soc., 18 mai 1999 : Bull. civ. 5, n° 221, p. 162. – Et plus récemment : Cass. soc., 13 sept. 2005 : Bull. civ. 5, n° 255, p. 224 ; Lexbase heb. éd. Aff., n° 187 du 27 oct. 2005, obs. P.-M. Le Corre. – Cass. soc., 23 sept. 2009, n° de pourvoi : 08-41.929. On peut se demander à quel point la comparaison entre les sanctions appliquées aux décisions rendues par les bureaux de conciliation et celles rendues par les bureaux de jugement peut être pertinente quant à la notion d’excès de pouvoir, étant donné que le régime du recours différé s’applique aux *seules décisions du bureau de conciliation* à l’exclusion de celles rendues par les bureaux de jugement.

¹⁶⁸⁵ V. par ex. : CA Nancy, 13 janv. 1988 : Rev. proc. coll. 1988. 386, n°s 4 et 5, obs. B. Soinnie. – CA Grenoble, 3 fév. 1988 : Gaz. Pal. 1988. 2. 477, note Ph. Benezera. – CA Versailles, 23 avr. 1992 : RJ com. 1992, n° 1351, p. 307, note J.-L. Vallens. Dans la procédure de redressement d’une coopérative de commerçants spécialisés dans la vente d’articles de bijouterie, le tribunal de Pontoise adoptait un plan de redressement complexe comportant deux volets : le transfert du patrimoine de la société coopérative à sa filiale et la cession des actions de cette dernière pour un prix symbolique à une nouvelle société moyennant apurement au passif. Le jugement arrêtant ce plan a été annulé par la cour de Versailles : le tribunal a adopté le plan de cession sur la base d’offres initiales modifiées par les repreneurs, après la clôture des débats et sans que ces modifications aient été communiquées aux autres parties. La cour de Versailles énonce : « *Considérant que les repreneurs ont modifié leur offre sans que les autres repreneurs en aient eu connaissance, (...); que même s’il s’agissait d’une amélioration, il était nécessaire que cette modification soit portée à la connaissance des parties (...)* ». Et la cour de poursuivre que : « *Considérant que la loi et le décret de 1985 exigent une transparence complète des propositions des repreneurs, que c’est en violation du principe de contradiction et des dispositions sus-rappelées de la loi de 1985 que les premiers juges ont statué, que pour ce motif, le jugement doit être annulé* ». – V. aussi : Cass. com., 30 mars 1993 : Bull. civ. 4, n° 132, p. 89. Dans cette espèce se rapportant à la procédure de redressement judiciaire de deux sociétés, un appel-nullité a été exercé contre deux ordonnances rendues par le juge-commissaire. La cour d’appel saisie de ce recours a annulé d’office lesdites ordonnances, et, *sans avoir invité les parties à présenter leurs observations*. C’est l’arrêt d’appel accueillant lui-même l’appel-nullité qui a été censuré, pour *violation du principe de la contradiction*. Pour en savoir plus sur cet arrêt, v. *infra* note 1685 sous n° 915, et note 1810 sous n° 973. – V. aussi : Cass. com., 14 fév. 1995 précit. : Bull. civ. 4,

916. – La méconnaissance par la jurisprudence du principe du contradictoire avait été sévèrement critiquée¹⁶⁸⁹, et il était légitime de penser que la question n'était pas définitivement tranchée¹⁶⁹⁰. En effet, dans l'arrêt du 28 janvier 2005, la Cour de cassation a procédé par voie d'affirmation, et n'a pas contribué par la solution donnée à éclairer la notion d'excès de pouvoir.

n° 45, p. 39. – Cass. com., 7 juill. 1998, n° de pourvoi : 96-13.248. Sur cet arrêt, v. *infra* note 1903 sous n° 1032. – Cass. soc., 27 nov. 2001: Bull. civ. 5, n° 366, p. 291.

¹⁶⁸⁶ Cass. Ch. mixte, 28 janv. 2005 précit.: Bull. civ. Ch. mixte, n° 1, p. 1 ; D. 2005, IR. 386, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 2006, pan. 548, note P. Julien et N. Fricéro. La Chambre mixte énonce très clairement dans son attendu que : « *ne constitue pas un excès de pouvoir la violation du principe de la contradiction (...)* ». Cet arrêt est venu confirmer la décision précitée du 28 avril 1998 qui avait déjà énoncé cette règle mais de façon moins générale, v. : Cass. 1^{ère} civ., 28 avr. 1998 : Bull. civ. 1, n° 151, p. 100 ; RGDP 1998. 654, obs. G. Wiederkehr. Pour les faits, la solution et l'attendu de l'arrêt, v. *infra* note 1725 sous n° 933. – V. aussi dans le même sens : Cass. 2^{ème} civ., 17 nov. 2005 : Bull. civ. 2, n° 293, p. 260 ; D. 2005, AJ. 3085, obs. A. Lienhard. Sur les faits et une analyse de l'espèce, v. *infra* note 1687 et note 1808 sous n° 971.

¹⁶⁸⁷ Cass. 2^{ème} civ., 17 nov. 2005 précit. : Bull. civ. 2, n° 293, p. 260 ; D. 2005, AJ. 3085, obs. A. Lienhard. En l'espèce, une société ayant pris à bail plusieurs locaux a été mise en liquidation judiciaire. La société bailleuse ayant fait délivrer à ladite société un commandement de payer des loyers arriérés visant la clause résolutoire figurant au bail. Elle mit en demeure celle-ci d'opter pour la poursuite ou pour la résiliation du bail. Le mandataire liquidateur fit alors connaître qu'il envisageait de céder le fonds de commerce. Le juge-commissaire ayant autorisé la cession du fonds de commerce, la société bailleuse a formé opposition à cette ordonnance. Le juge-commissaire ayant rejeté la demande de la société bailleuse tendant à la résiliation du bail, celle-ci a de même formé opposition à cette ordonnance. Par jugement du 12 juin 2003, le tribunal de commerce de Lyon a joint les deux instances, annulé les ordonnances attaquées, constaté la résiliation du bail et ordonné au mandataire liquidateur de la société débitrice de libérer les locaux. Celui-ci a alors formé appel-nullité contre le jugement du 12 juin 2003. La Cour d'appel déclara l'appel irrecevable. Le moyen du pourvoi reprochait, notamment, à l'arrêt d'appel d'avoir violé les dispositions de l'article 447 CPC, en ce qu'il n'a pas observé la règle de l'imparité du nombre de juges requise pour la délibération des jugements. Il reprochait de même à l'arrêt d'appel l'existence dans le texte du jugement, de mentions incompatibles entre elles et qui laissaient incertaine la composition du tribunal lors du délibéré, de sorte que la Cour de cassation ne pouvait exercer son contrôle sur la régularité de la décision rendue. Il était par ailleurs reproché à la Cour d'appel d'avoir violé le principe du contradictoire, en ce qu'elle a estimé que le juge pouvait fonder sa décision uniquement sur l'absence de paiement des loyers, sans provoquer sur ce point les explications des parties. La deuxième Chambre civile ne retint aucun des arguments avancés. Elle rejeta le pourvoi et énonça dans un attendu de principe que : « *ne constituent un excès de pouvoir ni la violation des règles relatives à la composition des juridictions ni la violation du principe de la contradiction* ».

¹⁶⁸⁸ V. par ex. : CA Toulouse, 16 janv. 2008, n° RG : 06/05039. Il est intéressant de remarquer que cet arrêt vise les principes fondamentaux de procédure civile dans leur *généralité*, il énonce que : « *la violation d'un principe fondamental de procédure, tel celui du contradictoire, ne constitue pas un excès de pouvoir lequel n'existe que lorsque le juge use de prérogatives que la loi ne lui a pas dévolues, dépasse les attributions qu'elle lui a conférées ou, à l'inverse, refuse de juger ou de se reconnaître un pouvoir que la loi lui confère* ».

¹⁶⁸⁹ G. WIEDERKEHR, obs. pour Cass. 1^{ère} civ., 28 avr. 1998 in RGDP 1998. 654. L'auteur rappelle que la contradiction est « l'âme du procès », il estime que la violation du principe du contradictoire vaut bien en gravité un excès de pouvoir, à supposer qu'elle n'en soit pas un. – V. aussi : O. STAES, *Aspects procéduraux de la réforme des difficultés des entreprises*, Dr. et Pat. 2006, n° 146, p. 60. L'auteur critique l'arrêt précité de la deuxième Chambre civile du 17 novembre 2005 (v. *supra*). Il estime que cette décision est critiquable car elle refuse de sanctionner la méconnaissance du principe *le plus essentiel de la procédure*, qu'est le principe de la contradiction.

¹⁶⁹⁰ En ce sens : P. JULIEN et N. FRICÉRO, obs. pour Cass. ch. mixte, 28 janv. 2005 in D. 2006, pan. 548.

917. – Les solutions des arrêts précités du 28 janvier 2005, 20 février 2007 et 17 novembre 2007, ne devraient pas étonner car elles ont été annoncées par un arrêt de la deuxième Chambre civile du 29 janvier 2004 duquel il résulte, « *qu’aucun excès de pouvoir ne peut résulter de la violation d’une règle de procédure* »¹⁶⁹¹. La formule très générale de l’arrêt, permet qu’elle puisse valablement englober la violation du principe du contradictoire ainsi que l’obligation de motivation.

918. – Cependant, un changement s’est heureusement manifesté avec l’arrêt précité de la Chambre commerciale du 16 juin 2009¹⁶⁹². Cet arrêt avait jugé comme constitutif d’excès de pouvoir, le fait pour le juge de statuer en matière de réalisation de l’actif du débiteur en liquidation judiciaire *sans avoir entendu ou dûment appelé celui-ci*¹⁶⁹³. Il marque le retour de la Cour de cassation vers une solution *plus nuancée* quant à la sanction à réserver à la violation en droit des entreprises en difficulté, de règles qui visent à garantir le respect du principe du contradictoire, mais – pensons-nous – *sans pour autant remettre en cause la jurisprudence consacrée par l’arrêt précité du 28 janvier 2005*.

919. – Concernant toujours les principes fondamentaux de procédure civile, la Cour de cassation et après avoir pendant un certain temps jugé dans le sens de la nécessité pour les bureaux de conciliation de motiver leurs ordonnances, tend à considérer aujourd’hui que l’absence de motivation de celles-ci *ne suffit pas à elle seule à caractériser un excès de pouvoir*¹⁶⁹⁴. Cette solution apparaît être en contradiction¹⁶⁹⁵ avec l’orientation suivie au lendemain de la réforme prud’homale du début des années soixante-dix. En effet, la jurisprudence de l’époque insistait, sur la nécessité de *motiver* les décisions rendues par les bureaux de conciliation des Conseils de prud’hommes¹⁶⁹⁶ ; cette orientation fut d’ailleurs confortée par d’éminents auteurs¹⁶⁹⁷.

¹⁶⁹¹ Cass. 2^{ème} civ., 29 janv. 2004 : Bull. civ. 2, n° 31, p. 25 ; JCP 2004. 4. 1559.

¹⁶⁹² Cass. com., 16 juin 2009 précit. : Bull. civ. 4, n° 82 ; D. 2009. 2521, note J. Théron ; Lexbase heb. éd. Gén., n° 359 (juillet 2009), obs. E. Le Corre-Broly.

¹⁶⁹³ Sur ce point, v. *supra* n° 907.

¹⁶⁹⁴ Cass. soc., 21 nov. 1990 : Bull. civ. 5, n° 579, p. 350 ; RTD civ. 1991. 403, obs. R. Perrot ; D. 1990, IR. 292. – V. aussi : Cass. soc., 7 juin 1995 : Bull. civ., 5, n° 187, p. 138 ; Procédures, 1995, n° 264 (2^{ème} esp.), note H. Croze. A l’instar de l’arrêt précité de la Chambre sociale du 21 novembre 1990, cet arrêt relève que si l’absence de motivation peut constituer un « vice de forme », elle ne suffit pas à elle seule à rendre l’ordonnance attaquée entachée d’excès de pouvoir. A la différence de l’arrêt du 21 novembre 1990, dans cet arrêt, la solution est énoncée de manière plus claire, dans un attendu concis qui se présente comme un attendu de principe – V. aussi dans le même sens, pour un grief constitutif non pas d’absence de motivation mais seulement d’*insuffisance de motivation* : Cass. soc., 16 déc. 1998, n° de pourvoi : 96-44.533.

¹⁶⁹⁵ Il est possible que cette contradiction ne soit qu’apparente. En effet, l’arrêt du 21 nov. 1990 dit « à elle seule », ce qui laisse implicitement entendre que l’absence de motivation *peut constituer un excès de pouvoir* si elle est accompagnée d’autres circonstances « aggravantes », si l’on peut dire, v. en ce sens : R.

Commentant cette solution, un auteur a estimé qu'il n'est pas possible d'en déduire que l'absence de motivation *ne constitue jamais un excès de pouvoir*¹⁶⁹⁸. On se demande dans quelle mesure il est possible de souscrire à cette opinion, eu égard au dernier état de la jurisprudence, révélé par l'arrêt précité du 20 février 2007, qui s'oriente vers une *solution contraire*.

920. – Concernant les mesures qui peuvent être prises par les bureaux de conciliation pour assurer l'exécution de leurs décisions, il a été jugé que ne commet pas d'excès de pouvoir la décision qui ordonne la communication de bons de travail journaliers et assortit cette mesure d'une astreinte pour en assurer l'exécution¹⁶⁹⁹. Cette solution doit être pleinement approuvée, elle fait prévaloir une interprétation assez souple des dispositions du paragraphe premier de l'article R. 1454-14 C. trav., qui correspond le mieux à l'esprit de la législation sur la conciliation prud'homale.

PERROT, obs. pour Cass. soc., 21 nov. 1990 in RTD civ. 1991. 403. Les faits de l'espèce aident à comprendre la solution ; en effet, le défendeur condamné au versement d'une provision n'avait pas daigné comparaître devant le bureau de conciliation et pour cette raison, aucune objection n'a été formulée de sa part sur le caractère sérieusement contestable de son obligation. Le défendeur attendit d'être condamné pour subitement déployer tout l'arsenal juridique que l'on associe habituellement à l'excès de pouvoir, notamment le défaut de motivation sur le caractère sérieusement contestable de son obligation. Conformément au droit commun, il est *certain* que la défaillance du défendeur ne dispense pas le juge de l'obligation de motiver sa décision. L'absence de motivation ayant été qualifiée par l'arrêt de « vice de forme », elle pourrait donner lieu à un moyen de nullité ultérieurement, éventuellement devant le bureau de jugement du Conseil, mais elle ne peut – en considération des faits de l'espèce – être promue au rang d'un excès de pouvoir.

¹⁶⁹⁶ CA Paris, 29 mai 1976 précit. : Gaz. Pal. 1976. 2. 688, note M. Rayroux. Pour relever que la décision attaquée était dépourvue de motivation, l'arrêt de la Cour de Paris énonce dans un attendu à portée générale que : « *La condition première de l'application de l'art. R. 516-18 (ancien) C. trav. est comme dans les matières de la compétence de la juridiction des référés, la reconnaissance, motivée, par la juridiction de ce que l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable ; qu'à cet égard il y a lieu de relever que la décision attaquée ne comporte aucune motivation justifiant l'acceptation, par les premiers juges, du principe, comme du montant, de l'indemnité réclamée au titre du préavis* ». Sur les faits de l'espèce et une analyse de l'arrêt, v. *infra* note 1745 sous n° 943. – V. aussi : CA Paris, 10 mai 1976 (Le Parisien Libéré c. Exbourse) précit. : Gaz. Pal. 1976. 1. 389. Cette décision insiste sur l'obligation de motivation dans deux de ses attendus, elle a, par ailleurs, le mérite de préciser que la motivation *ne peut consister en une simple formule de style*, elle énonce à cet égard que : « *La reproduction sans autre explication, sous forme de clause de style stéréotypée, de la formule du texte « ...que l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable... » ne pouvant être considérée comme un motif valable* ». – V. aussi mais de façon moins générale : Cass. soc., 8 oct. 1987 précit. : Bull. civ. 5, n° 553, p. 351 ; JCP 1987. 4. 382 ; Gaz. Pal. 1987. 2. pan. 286 ; RTD civ. 1988. 399, obs. R. Perrot.

¹⁶⁹⁷ M. KIRSCH, concl. pour CA Paris, 10 mai 1976 précit. : Gaz. Pal. 1976. 1. 427. – R. PERROT, obs. précit. pour CA Paris, 10 mai 1976 (deux espèces) in RTD civ. 1976. 628.

¹⁶⁹⁸ En ce sens : R. PERROT, obs. précit. pour Cass. soc., 21 nov. 1990 in RTD civ. 1991. 403.

¹⁶⁹⁹ Cass. soc., 13 fév. 2008, n° de pourvoi : 06-43.928. En l'espèce, plusieurs salariés d'EDF-GDF ont attiré leur employeur devant la juridiction prud'homale pour obtenir le paiement d'indemnités de déplacement. Le bureau de conciliation a ordonné, sous astreinte, la communication par l'employeur des bons de travail journaliers, puis a liquidé cette astreinte et en a augmenté le montant. Les sociétés ont alors relevé appel-nullité contre ces décisions. Devant la Cour de cassation, elles reprochaient à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté la demande tendant à juger que le bureau de conciliation avait excédé ses pouvoirs et voir prononcer la nullité des astreintes. Le moyen du pourvoi faisait valoir que les pouvoirs attribués au bureau de conciliation par l'ancien article R. 516-18 C. trav. doivent être interprétés de manière restrictive, de sorte que, commet un excès de pouvoir le bureau de conciliation qui ordonne, sous astreinte, à l'employeur de communiquer des bons de travail journaliers. Était en effet en cause, l'interprétation à donner au paragraphe premier de l'actuel article R. 1454-14 C. trav. Il résulte de ce paragraphe premier que le bureau

921. – Par ailleurs, il résulte de l'arrêt précité du 17 novembre 2007 que la violation des règles relatives à la composition des juridictions n'est pas constitutive d'excès de pouvoir¹⁷⁰⁰. Dans le même ordre d'idées il est permis d'affirmer, que le non-respect du principe d'imparité des juges composant une juridiction n'est pas plus constitutif d'excès de pouvoir, ni n'est de nature à ouvrir au profit du justiciable un appel-nullité¹⁷⁰¹.

L'analyse faite de la jurisprudence sur les griefs qu'elle juge comme non constitutifs d'excès de pouvoir va nous permettre de donner un jugement de valeur sur cette notion.

de conciliation peut, ordonner « la délivrance, le cas échéant, sous peine d'astreinte, de certificats de travail, de bulletins de paie et de toute pièce que l'employeur est tenu légalement de délivrer ».

La Cour de cassation rejette le pourvoi contre l'arrêt. Elle n'adopte pas une interprétation restrictive de l'article R. 1454-14 précité ; sa décision se base sur un rapprochement entre le paragraphe premier de ce texte et le paragraphe deuxième *in fine*. Celui-ci dispose que le bureau de conciliation peut prendre « toutes mesures nécessaires à la conservation des preuves ou des objets litigieux ». La Cour donne pour motivation que, le bureau de conciliation dispose, en vertu de cet article, du pouvoir d'ordonner toutes mesures nécessaires à l'instruction ou à la conservation des preuves, et qu'en assortissant l'ordonnance de communiquer des bons de travail d'une astreinte pour en assurer l'exécution, il n'avait commis aucun excès de pouvoir. – Rapp. déjà : CA Paris, 10 mai 1976 précit. : Gaz. Pal. 1976. 1. 389 (Le Parisien Libéré c. Exbourse). – V. dans le même sens pour une décision qui, sous astreinte, a ordonné la remise d'une lettre de licenciement : Cass. soc., 4 déc. 1990 : Bull. civ. 5, n° 612, p. 370. – V. aussi dans le même sens, pour une décision à laquelle il était reproché de préjuger au fond du litige pour avoir ordonné la remise d'une lettre de licenciement : Cass. soc., 5 juin 1991, n° de pourvoi : 87-43.455.

¹⁷⁰⁰ Cass. 2^{ème} civ., 17 nov. 2005 précit. : Bull. civ. 2, n° 293, p. 260 ; D. 2005, AJ. 3085, obs. A. Lienhard. Rappelons que cet arrêt a confirmé la solution donnée par l'arrêt précité de la Chambre mixte du 28 janvier 2005. La jurisprudence semble revenir vers une solution plus nuancée, v. : Cass. com., 16 juin 2009 précit. : Bull. civ. 4, n° 82 ; D. 2009. 2521, note J. Théron ; Lexbase heb. éd. Gén., n° 359 (juillet 2009), obs. E. Le Corre-Broly. Sur cet arrêt, v. *supra* note 1687 et *infra* note 1808 sous n° 971.

¹⁷⁰¹ En ce sens : E. Le Corre-Broly, obs. précit. pour Cass. com., 16 juin 2009 précit. in Lexbase heb. éd. Gén., n° 359 (juillet 2009).

C. – Appréciation critique.

922. – Devant cette grande diversité de griefs que la jurisprudence juge être constitutifs d'excès de pouvoir, on peut légitimement se demander si la notion jouit d'assez de consistance, et partant, s'il est possible d'en synthétiser le contenu. On craint que son imprécision¹⁷⁰² et sa « fluidité » rendent difficile, voire impossible, d'en former une idée assez cohérente. Au sens strict, l'excès de pouvoir est constitué lorsque le tribunal dessaisi de l'affaire, statue de nouveau sur celle-ci¹⁷⁰³. Cependant, la notion dépasse de loin cette dimension, si bien que *la violation de la loi* peut glisser en excès de pouvoir¹⁷⁰⁴.

923. – Si la « casuistique arbitraire »¹⁷⁰⁵ de la jurisprudence démontre que la Cour de cassation refuse de se lier les mains par une notion univoque de l'excès de pouvoir¹⁷⁰⁶, il peut néanmoins être trouvé des éléments de définition.

Des éléments de définition peuvent être trouvés dans une jurisprudence récente. Il résulte en effet de l'arrêt précité de la première Chambre civile du 20 février 2007 que l'excès de pouvoir consiste pour le juge « à méconnaître l'étendue de son pouvoir de juger »¹⁷⁰⁷. Cette conception de la notion d'excès de pouvoir fut *fidèlement* reprise par les juridictions du fond¹⁷⁰⁸.

¹⁷⁰² L'imprécision du critère de l'excès de pouvoir a été dénoncée, et on a suggéré que soient adoptés des critères généraux et précis comme la violation des droits de la défense et l'excès de pouvoir au sens propre, celui rattaché à la violation de la séparation des pouvoirs, v. : G. BOLARD, note sous Cass. com., 3 mars 1992 et 12 mai 1992 in D. 1992, jur. 348, 1^{ère} col.

¹⁷⁰³ V. par ex. : Cass. com., 12 mai 1992 précit. : Bull. civ. 4, n° 182 ; D. 1992, jur. 345, note G. Bolard ; Rép. Def. 1992, art. 35382, p. 1376, obs. J.-P. Sénéchal.

¹⁷⁰⁴ Certains auteurs ont, au contraire, parlé de glissement de l'excès de pouvoir vers la violation de la loi, v. : J. BORÉ et L. BORÉ, *op. cit.*, n° 73.34. Nous pensons plus exactement, que c'est la violation de la loi qui glisse vers l'excès de pouvoir. – Sur ce point, v. *supra* n° 856.

¹⁷⁰⁵ L'expression est de J.-J. BARBIÈRI : note précit. sous Cass. com., 24 oct. 1995 in D. 1996, jur. 173.

¹⁷⁰⁶ G. BOLARD, note précit. sous Cass. com., 3 mars 1992 et 12 mai 1992 in D. 1992, jur. 347, 2^{ème} col. – V. aussi : A. FISSELIÈRE, *La défense en justice dans le procès civil*, thèse Rennes, 1979, SRT Grenoble, spéc. n° 215. Cet auteur souligne que la jurisprudence a entendu donner une « plus grande souplesse » à la notion d'excès de pouvoir, qui dépasserait son sens strict en vertu duquel c'est un cas d'ouverture en cassation dans l'hypothèse d'un empiètement de l'autorité judiciaire sur le pouvoir législatif ou exécutif, et que, cette notion est employée par elle pour sanctionner une « incompétence plus grave que les autres ».

¹⁷⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007 précit. : Bull. civ. 1, n° 61, p. 56 ; Gaz. Pal. 21 juill. 2007, n° 202, p. 32 ; *ibid.* 18 mars 2008, n° 78, p. 17 ; RTD civ. 2007. 386, obs. R. Perrot.

¹⁷⁰⁸ V. par ex. : CA Cæn, 9 oct. 2008, n° RG 08/01887.

Remarquons cependant que certaines juridictions du fond s'en tiennent toujours à une conception *plus traditionnelle* de l'excès de pouvoir, qui vise *l'usage par le juge de prérogatives que la loi ne lui a pas dévolues, le dépassement par celui-ci des attributions qu'elle lui a conférées ou, son refus de juger ou de se reconnaître un pouvoir que la loi lui confère*, v. par ex. : CA Toulouse, 16 janv. 2008 précit., n° RG : 06/05039. Pour l'attendu de cet arrêt, v. *infra* note 1854 sous n° 997.

Cette définition *restrictive* donnée de la notion marque une tendance récente de la Cour de cassation de débarrasser celle-ci de toutes les approximations que, dans le but de contourner la loi, l'on qualifie d'excès de pouvoir¹⁷⁰⁹. C'est vers ce même but que convergent les solutions récentes de la jurisprudence, notamment celle qui découle de l'arrêt de la Chambre mixte du 28 janvier 2005 qui *ne considère plus* la violation du principe de la contradiction comme constitutive d'excès de pouvoir¹⁷¹⁰, et celle qui découle des arrêts de la première Chambre civile du 20 février 2007¹⁷¹¹ et de la Chambre commerciale du 24 mars 2009¹⁷¹², qui ne considèrent plus comme constitutif d'excès de pouvoir *le manquement à l'obligation de motivation*.

924. – C'est alors que, si l'excès de pouvoir a pendant un certain temps connu une extension de sorte à *englober la violation de la loi*, plus précisément la violation d'une règle de fond essentielle¹⁷¹³, on note une tendance actuelle à le débarrasser des références liées aux principes fondamentaux de procédure.

En effet, après avoir pendant une certaine période connu une importante *extension*¹⁷¹⁴, on constate aujourd'hui chez la Cour de cassation une nette tendance à vouloir *restreindre* la notion d'excès de pouvoir, tendance amorcée par l'arrêt du 28 janvier 2005, ce qui a pour conséquence de remettre en cause *toute* la jurisprudence antérieure sur l'excès de pouvoir.

Après l'examen de la définition qu'adopte actuellement le droit positif de la notion d'excès de pouvoir, il nous étudier l'effet qui s'attache à celui-ci lorsque la loi institue le recours différé.

¹⁷⁰⁹ R. PERROT, obs. pour Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007 in RTD civ. 2007. 387.

Précisons qu'avant l'amorce de cette tendance représentée par l'arrêt du 20 février 2007, un auteur avait remarqué que la Cour de cassation adoptait une notion extensive de l'excès de pouvoir qui inclut *certaines violations très sérieuses de la loi*, v. : G. BOLARD, note précit. sous Cass. com., 3 mars 1992 et 12 mai 1992 in D. 1992, jur. 348, 2^{ème} col. A présent, on peut se demander dans quelle mesure cette assertion si fondée pour le temps où elle a été rendue, demeure valable aujourd'hui.

¹⁷¹⁰ Cass. Ch. mixte, 28 janv. 2005 précit. : Bull. civ. Ch. mixte, n° 1, p. 1 ; D. 2005, IR. 286 ; *ibid.* 2006, pan. 548, note P. Julien et N. Fricéro. – Cass. 2^{ème} civ., 17 nov. 2005 précit. : Bull. civ. 2, n° 293, p. 260 ; D. 2005, AJ. 3085, obs. A. Lienhard. Sur cet arrêt, v. *supra* note 1687 et *infra* note 1808 sous n° 971.

¹⁷¹¹ Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007 précit. : Bull. civ. 1, n° 61, p. 56 ; Gaz. Pal. 21 juill. 2007, n° 202, p. 32 ; *ibid.* 18 mars 2008, n° 78, p. 17 ; RTD civ. 2007. 386, obs. R. Perrot.

¹⁷¹² Cass. com., 24 mars 2009 précit., n° de pourvoi : 07-15.879.

¹⁷¹³ V. par ex. : Cass. com., 3 mars 1992 précit. : D. 1992, jur. 345, note G. Bolard ; Bull. civ. 4, n° 103, p. 182 ; Rép. Def. 1992, art. 35382, p. 1380, obs. J.-P. Sénéchal. – Cass. com., 24 oct. 1995 précit. : D. 1996, jur. 172, note J.-J. Barbiéri.

On a parlé de « l'effacement de l'excès de pouvoir au profit de la loi », v. : J.-J. BARBIÈRI, note précit. sous Cass. com., 24 oct. 1995 : D. 1996, jur. 173. Nous pensons qu'il s'agit au contraire, d'une *extension* de la notion d'excès de pouvoir. Celle-ci dépasse la violation d'un principe fondamental de l'organisation judiciaire au sens strict, pour aussi comprendre *les cas de violation flagrante de la loi*.

Sous-par. 3 : L'effet attaché à l'excès de pouvoir en matière de recours différé.

925. – Il arrive que le législateur pour des raisons de bonne administration de la justice, interdise le recours immédiat contre un jugement rendu en cours d'instance, qu'il ne permette le recours contre ce jugement qu'avec le jugement sur le fond.

Comme cet intitulé l'indique, de telles mesures prises par le législateur peuvent concerner aussi bien l'appel que le pourvoi en cassation.

Dans la présente perspective du recours différé, l'appel immédiat contre un jugement rendu un cours d'instance ne sera possible que si ce jugement remplit certaines conditions ou s'il possède des caractéristiques précises¹⁷¹⁵.

Cette règle s'applique notamment aux jugements avant-dire droit, ou plus généralement, aux décisions rattachées à la *procédure*. C'est ainsi que ces jugements ne pourront faire l'objet d'un appel qu'avec le jugement sur le fond. C'est ce qu'on désigne par « l'appel différé ».

926. – L'appel différé peut être vu comme une *interdiction temporaire* de l'appel, mais il s'agit *seulement* d'une interdiction temporaire.

Le législateur a réglementé l'appel différé dans un texte de portée générale qu'est l'article 545 CPC. Ce texte dispose :

« Les autres jugements ne peuvent être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond, que dans les cas spécifiés par la loi ».

Cet article prescrit l'application de l'appel différé à l'égard de jugements définis de *manière résiduelle* ; c'est pour cette raison qu'il faut se référer aux textes qui le précèdent pour en comprendre la teneur et la portée. L'article 545 fait partie d'une suite de textes dont on ne peut le séparer. Ce texte se situe dans le chapitre premier du sous-titre deuxième relatif aux « voies ordinaires de recours ». Le chapitre premier de ce sous-titre se rapporte à l'*appel*. L'article 545 en question se situe dans la sous-section première de ce chapitre, celle-ci étant incluse dans la section première qui se rapporte au « droit d'appel ». La sous-section première où est situé l'article 545 précité, se rapporte elle-même aux « jugements susceptibles d'appel ».

¹⁷¹⁴ Rappr. : G. BOLARD, note précit. sous Cass. com., 3 mars 1992 et 12 mai 1992 in D. 1992, jur. 348, 2^{ème} col.

¹⁷¹⁵ Ne possède pas, par exemple, les caractéristiques qui lui permettent de faire l'objet d'un appel immédiat, le jugement qui impartit aux parties d'appeler des tiers à l'instance, v. Cass. 2^{ème} civ., 15 nov. 1995 précit., n° de pourvoi : 93-21.721.

L'article 543 CPC édicte le principe de la recevabilité de l'appel contre toutes les décisions juridictionnelles¹⁷¹⁶. La lecture de l'article 544 CPC permettra d'interpréter l'article 545. L'article 544 dispose :

« Les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal.

Il en est de même lorsque le jugement qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, met fin à l'instance ».

927. – Ces textes montrent que le critère adopté pour imposer l'appel différé à l'encontre d'un jugement est celui de pouvoir déterminer si ce jugement *a ou non tranché une partie du principal*. Il faudrait donc s'arrêter sur l'acception à donner au qualificatif de principal¹⁷¹⁷. Nous pensons que ce n'est pas du tout – comme on aurait pu à tort le penser –, celui d'avoir ordonné ou non une mesure provisoire ou une mesure d'instruction. Ces éléments constituent *l'objet du jugement* à l'égard duquel l'appel différé est imposé par le législateur, mais, *ne permettent pas en eux-mêmes de décider de la recevabilité ou non de l'appel immédiat* à l'encontre des jugements qui les ordonnent.

Selon la Cour de cassation, le « principal » au sens de l'article 544 CPC s'entend pour chacune des parties, de « *l'objet du litige la concernant* »¹⁷¹⁸.

¹⁷¹⁶ Pour le texte de l'article 543 CPC, v. *infra* n° 995.

¹⁷¹⁷ Un auteur a tenté une définition à donner au qualificatif « principal », v. : D. FOUSSARD, note sous Cass. 2^{ème} civ., 7 janv. 1999 : Rev. arb. 1999. pp. 277 à 280. L'auteur avance l'idée qu'on peut donner deux acceptions au qualificatif « principal ». Dans la première acception, le principal serait entendu comme désignant le « fond ». Ce terme lui-même peut être entendu de deux manières. Il peut soit désigner la satisfaction matérielle recherchée par le plaideur ; c'est alors que, dans ce sens donné au terme de « fond », trancher le principal c'est consacrer ou nier le droit subjectif revendiqué par l'auteur de la demande. Il peut aussi s'entendre du résultat de toute opération intellectuelle, consignée par le dispositif, et mettant en œuvre une règle de droit substantiel. C'est – selon ce même auteur toujours – qu'à cette dernière interprétation que se rallie la jurisprudence dominante. En somme, selon cette manière d'entendre le terme de « fond », le juge se prononce sur le fond dès lors qu'*il prend une décision en considération d'une règle substantielle*, et ceci même si sa décision n'est qu'une étape dans la solution à donner au litige, comme lorsqu'il se prononce sur la qualification d'un acte ou d'un fait, ou sur le droit applicable au litige. Dans ces cas le juge tranche le principal même si sa décision n'est qu'une étape dans le procès. Dans la seconde acception, le principal serait entendu comme désignant l'« essentiel ». Dans cette acception, l'essentiel s'oppose à l'« accessoire » ou au « secondaire ». La jurisprudence n'a jamais tenté d'assimiler l'essentiel au principal. L'auteur invite à se méfier de la distinction entre essentiel et accessoire, mais souligne quand même que cette distinction peut parfois être utile. C'est le cas, selon l'auteur même, lorsque le litige porte non sur un contentieux des droits mais sur un contentieux de la légalité. Il explique que le propre du contentieux de la légalité – à la différence du contentieux des droits – est d'anéantir un acte pour créer un vide. Il faudra par la suite combler ce vide en mettant sur pied une autre procédure. L'auteur arrive à la conclusion que c'est cet anéantissement de l'acte incriminé qui constitue la *finalité* et la *raison* du recours et, il est difficile de n'y pas voir le principal. C'est dans cette perspective propre au contentieux de la légalité, que *le principal s'identifie à l'essentiel*.

La question de savoir si un jugement a ou non tranché une partie du principal n'entre pas dans le cadre de la présente étude, il a cependant été évoqué ici car cette question constitue le critère de recevabilité de l'appel immédiat contre les jugements rendus en cours d'instance.

¹⁷¹⁸ Cass. 2^{ème} civ., 24 mai 1984 : Bull. civ. 2, n° 91, p. 65. – Cass. 1^{ère} civ., 7 juill. 1993 : Bull. civ. 1, n° 242, p. 167.

928. – Les dispositions des articles 543 et suivants CPC, textes rattachés à l’ouverture de la voie d’appel, doivent être lues et interprétées en coordination avec celles de l’article 170 du même Code. Cet article est le texte de base régissant les voies de recours contre les jugements relatifs à l’exécution d’une mesure d’instruction. L’article 170 CPC dispose :

« Les décisions relatives à l’exécution d’une mesure d’instruction ne sont pas susceptibles d’opposition ; elles ne peuvent être frappées d’appel ou de pourvoi en cassation qu’avec le jugement sur le fond ».

L’article 170 se situe en effet dans le sous-titre deuxième se rapportant au Titre VII du Code de procédure civile. Celui-ci se rapporte à « l’administration judiciaire de la preuve ». Le sous-titre deuxième où se situe l’article 170 est lui-même relatif aux « mesures d’instruction ». Cet article 170 se rapporte plus précisément à la section deuxième du chapitre premier de ce sous-titre ; cette section se rapporte elle-même à « l’exécution des mesures d’instruction ».

929. – A la différence des articles 543 et suivants précités qui régissent les possibilités d’appel contre les jugements avant-dire droit intervenant en cours d’instance, l’article 170 CPC édicte *le principe du recours différé*¹⁷¹⁹ contre les jugements ordonnant l’exécution d’une mesure d’instruction.

Les rapports existants entre les articles 543 et suivants CPC d’une part, et l’article 170 du même code, d’autre part, sont celles *de particulier au général*. Ce dernier texte régleme l’appel différé aussi bien que le pourvoi différé, qui sera examiné plus loin.

Les règles par lesquelles est institué l’appel différé ayant été rappelées, il convient à présent d’examiner l’effet de l’excès de pouvoir sur *l’institution de l’appel différé*.

Dans ces deux arrêts, la Cour de cassation a employé *textuellement*, la phrase plus haut reproduite.

¹⁷¹⁹ Il s’agit bien ici de *recours différés*, car c’est l’appel qui est différé aussi bien que le pourvoi en cassation.

930. – La notion d’excès de pouvoir possède en effet cette particularité, de rendre l’appel contre une décision *immédiatement* recevable lorsque précisément, la loi a imposé que l’appel contre cette décision *soit différé*. Cette dérogation apportée à la règle de l’appel différé s’explique par la *gravité du vice* dont est atteinte la décision, pour laquelle il devient alors nécessaire de permettre *la recevabilité immédiate de l’appel*, pour sanctionner, *sans délai*, ce vice¹⁷²⁰.

931. – Cette solution a été affirmée par la jurisprudence avec beaucoup de clarté, dans une décision mettant en jeu le recours à une expertise sanguine¹⁷²¹, mais qui – pensons-nous – a vocation à être étendue à toutes les décisions ordonnant une mesure d’expertise¹⁷²².

La recevabilité de l’appel immédiat malgré les dispositions des articles 544 et 545 CPC, a été récemment réaffirmée dans une espèce où un tribunal s’est rendu coupable d’excès de pouvoir en statuant *en violation d’une immunité de juridiction*¹⁷²³.

¹⁷²⁰ En ce sens : S. GUINCHARD et F. FERRAND, *Procédure civile, op. cit.*, n° 1672. – J. A., note sous Cass. soc., 23 fév. 1977 précit. : JCP 1978. 2. 18897. – R. PERROT, obs. pour Cass. soc., 23 fév. 1977 précit. in RTD civ. 1977. 621.

¹⁷²¹ CA Paris, 24 nov. 1981 précit. : D. 1982, jur. 355 ; RTD civ. 1982. 203, obs. R. Perrot. Il s’agissait en l’espèce d’un procès en recherche de paternité naturelle dans lequel la mère, demanderesse, avait demandé au tribunal d’ordonner une expertise sanguine. Le père prétendu ne s’est pas opposé à cette mesure que le tribunal avait ordonnée par un jugement avant-dire droit. Mais par la suite le père prétendu, changeant d’avis, avait refusé de se soumettre à l’expertise. En présence d’une telle situation le tribunal de Paris, par un nouveau jugement avant-dire droit, a décidé, pour tenter de l’y contraindre, qu’il serait passible d’une astreinte de 2000 F chaque fois qu’il refuserait de déférer aux convocations de l’expert. Le père prétendu fit appel de ce jugement en soutenant que le fait d’assortir d’une astreinte la décision ordonnant l’examen des sangs constituait une contrainte allant à l’encontre des droits de chacun à assurer le respect de son intégrité personnelle. La Cour de Paris lui donna raison. Elle accueille l’appel interjeté contre le deuxième jugement avant-dire droit, et énonce : « *Considérant qu’il résulte des dispositions combinées des art. 544 et 545 CPC que les jugements avant-dire droit ne peuvent être frappés d’appel indépendamment des jugements sur le fond ; que spécialement, pour les jugements qui, comme celui dont appel, sont relatifs à l’exécution d’une mesure d’instruction, l’art. 170 CPC reprend une règle identique ; que cependant cette règle subit une exception lorsque la décision critiquée enfreint un principe fondamental de telle sorte qu’il apparait que le juge a outrepassé ses pouvoirs* ».

¹⁷²² L’annotateur de l’arrêt au recueil Dalloz, après avoir souligné que la décision de la cour de Paris du 24 nov. 1981, n’a pas de précédent, a considéré que cette décision s’inscrit dans le courant si vivace de la protection des libertés individuelles et qu’elle a – selon lui toujours – vocation à être étendue à toutes les investigations d’ordre médical, sur cette opinion hautement approuvable, v. : J. MASSIP, note sous l’arrêt précité au D. 1982, jur. 356. Un éminent auteur, commentant l’arrêt, s’est demandé si le jugement qui ordonne une astreinte appartient vraiment à la catégorie des décisions avant-dire droit qui échappent à tout appel immédiat. Il estime que ce jugement, étant donné qu’il emporte condamnation immédiate à une peine privée exécutoire sans attendre – qu’est l’astreinte –, il est difficilement concevable qu’il ne soit pas immédiatement déféré à la cour d’appel afin que sa légalité soit contrôlée, sur cette opinion, v. : R. PERROT, obs. pour CA Paris, 24 nov. 1981 in RTD civ. 1982. 205.

Nous pensons que la solution inaugurée par l’arrêt précité du 24 nov. 1981 doit être pleinement approuvée et, elle peut être étendue à toutes les décisions ordonnant une mesure d’instruction, que ces décisions concernent une expertise d’ordre médical ou qu’elles se rapportent à des mesures d’ordre purement matériel ne se rapportant aucunement au corps humain. L’essentiel de ce point de vue c’est le fait que le juge ait transgressé ses pouvoirs ; une telle infraction à la légalité ne doit pas rester impunie. L’appel immédiat doit être considéré admis dans ce cas contre la décision qui ne peut en principe faire l’objet d’un appel qu’avec le jugement sur le fond.

¹⁷²³ Cass. 1^{ère} civ., 27 avr. 2004 précit. : Bull. civ. 1, n° 114, p. 93 ; RTD civ. 2004. 769, obs. Ph. Théry.

932. – Plus, en dehors des dispositions des articles 544 et 545 précités et celles de l'article 170 du même code, la recevabilité de l'appel immédiat contre les décisions entachées d'excès de pouvoir, a été étendue aux décisions avant-dire droit qui émanent des commissions spéciales – telles les commissions rattachées aux caisses d'assurance maladie –, lorsque celles-ci excèdent leurs pouvoirs en méconnaissant la séparation des autorités administrative et judiciaire¹⁷²⁴.

933. – Nous pensons que la recevabilité de l'appel immédiat pour sanctionner les décisions entachées d'excès de pouvoir est une solution *qui peut être généralisée à toutes les décisions avant-dire droit*, qu'elles soient rendues par application des articles 544, 545 CPC ou de l'article 170 du même code. La jurisprudence a en effet, eu l'occasion de clairement l'affirmer concernant les décisions rendues par application des articles 544 et 545¹⁷²⁵. La même solution devait logiquement s'étendre aux décisions rendues par application de l'article 170 CPC.

934. – En plus des cas dans lesquels le législateur institue l'appel différé, il en existe d'autres où c'est le *pourvoi en cassation* qui est différé. Examinons dans ce qui suit, les textes par lesquels le législateur institue le pourvoi différé contre un jugement rendu en dernier ressort.

L'exercice du pourvoi en cassation est différé en application de l'article 608 CPC. Ce texte dispose :

« Les autres jugements en dernier ressort ne peuvent être frappés de pourvoi de cassation indépendamment des jugements sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi ».

¹⁷²⁴ V. par ex. : Cass. soc., 23 fév. 1977 précit. : JCP 1977. 4. 101 ; *ibid.* 1978. 2. 18897, note J. A. ; Gaz. Pal. 1977. 2. 499 ; RTD civ. 1977. 621, obs. R. Perrot. Sur les faits de cet arrêt, et la solution de la Cour de cassation, v. *infra* note 1627 sous n° 880.

¹⁷²⁵ Cass. 1^{ère} civ., 28 avr. 1998 précit. : Bull. civ. 1, n° 151, p. 100 ; RGDP 1998. 654, obs. G. Wiederkehr. En l'espèce, un avocat du barreau de Nice avait refusé d'obtempérer aux injonctions répétées de son bâtonnier de ne plus intervenir, compte tenu des règles déontologiques, dans l'intérêt de l'un de ses clients. Une plainte a alors été déposée contre l'avocat pour manquement à ses obligations de délicatesse et de dignité. Le bâtonnier demanda à l'un des membres du conseil de l'Ordre de dresser rapport et saisit le conseil d'une procédure disciplinaire. *In limine litis*, l'avocat excipe de la nullité de la procédure d'enquête au motif que le rapporteur n'a pas dressé procès-verbal des auditions auxquelles il avait procédé. Le conseil de l'Ordre considère cependant, que la procédure était régulière et qu'il n'y a pas lieu de statuer sur la demande en nullité. Il désigne en conséquence l'un de ses membres pour procéder à l'instruction contradictoire de l'affaire. L'avocat interjette alors appel. La Cour de cassation le déclare irrecevable sur le fondement des articles 544 et 545 CPC ; elle énonce dans un attendu de principe que : « les dispositions des articles 544 et 545 ne reçoivent exception qu'en cas d'excès de pouvoirs ; que ne constitue pas un tel excès la violation du principe de la contradiction ». Rappelons que l'arrêt du 28 avr. 1998 a été confirmé par l'arrêt précité de la Chambre mixte du 28 janvier 2005, v. : Cass. Ch. mixte, 28 janv. 2005 : Bull. civ. Ch. mixte, n° 1, p. 1 ; D. 2005, IR. 386, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 2006, pan. 548, note P. Julien et N. Fricéro.

Les termes employés par l'article 608, montrent que ce texte ne peut être lu qu'à la lumière des textes qui le précèdent. L'article 608 est en effet situé dans le chapitre troisième relatif au « pourvoi en cassation », sous la section première de ce chapitre relative à « l'ouverture du pourvoi en cassation ». Ce chapitre lui-même se rapporte aux « voies extraordinaires de recours ».

Il faudra se référer, pour lire et valablement interpréter l'article 608, aux articles 606 et 607 du même code. Ces deux textes disposent respectivement :

« Les jugements en dernier ressort qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être frappés de pourvoi en cassation comme les jugements en dernier ressort qui tranchent tout le principal » (Article 606 CPC).

« Peuvent être également frappés de pourvoi en cassation les jugements en dernier ressort qui, statuant sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, mettent fin à l'instance » (Article 607 CPC).

935. – Les articles 607 et 608 CPC peuvent ensemble être rapprochés de l'article 544 précité, texte réglementant l'appel différé. Ces textes comportent des dispositions nettement comparables. Cependant, ce qui les différencie, c'est la considération que les articles 606 à 608 CPC concernent les jugements rendus en dernier ressort, alors que ce n'est nullement le cas pour l'article 544 CPC. Ainsi, à l'instar de celui-ci, les articles 606 à 608 adoptent le même critère pour admettre la recevabilité du pourvoi immédiat contre un jugement rendu en dernier ressort, c'est celui de pouvoir déterminer si ce jugement *a ou non tranché une partie du principal*¹⁷²⁶.

¹⁷²⁶ Notamment, ne tranche pas une partie du principal, la décision qui refuse de rétracter l'autorisation de rechercher un élément de preuve accordée par une ordonnance sur requête de l'une des parties, v. : Cass. 2^{ème} civ., 19 avr. 1985 : Bull. civ. 2, n° 83, p. 57. Soulignons que dans cette décision, c'est sous le visa des articles 150 et 608 CPC, que la deuxième Chambre civile emploie le substantif « fond » pour désigner le « principal » employé dans le texte. Ne tranche pas non plus une partie du principal, ni ne met fin à l'instance, l'arrêt qui se borne à déclarer irrecevable l'appel interjeté contre un jugement qui avait rejeté la demande en nullité d'une expertise ordonnée avant-dire droit, v. : Cass. 2^{ème} civ., 9 mai 1985 : Bull. civ. 2, n° 96, p. 65. – v. aussi dans le même sens, pour un arrêt qui infirme un jugement rendu par le bureau de jugement d'un Conseil de prud'hommes et renvoie les parties de nouveau devant un bureau de jugement, pour qu'il soit statué sur le fond du litige : Cass. soc., 24 nov. 1988 : Bull. civ. 5, n° 627, p. 401. Ne met pas non plus fin à l'instance, l'arrêt qui se borne à statuer sur une exception de procédure, et ceci, malgré l'existence de clauses compromissaires qui étaient de nature à retirer aux juridictions étatiques le pouvoir de juger et d'écarter l'application des articles 607 et 608 CPC, v. : Cass. 1^{ère} civ., 6 nov. 1990 : Rev. arb. 1991. 73 ; D. 1990, IR. 271 ; Gaz. Pal. 1991. 2. 348, obs. H. Croze et Ch. Morel.

Ne peut non plus être frappée de pourvoi en cassation indépendamment du jugement sur le fond, la décision qui a seulement déclaré une action recevable et ordonné une mesure d'instruction : Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995 : Bull. civ. 1, n° 193, p. 139 ; D. 1995, IR. 142.

936. – Soulignons que l'idée de « concentration » du contentieux est l'une des justifications du pourvoi différé¹⁷²⁷ : c'est en application, pour partie, de l'idée qu'on impose au justiciable, face à une décision de procédure, *d'attendre* la décision au fond¹⁷²⁸. Il est aussi parfaitement logique d'avancer que c'est cette même idée de « concentration » du contentieux qui justifie l'appel différé. C'est ce qui *rapproche* le pourvoi différé de l'appel différé.

937. – Examinons à présent, si les deux institutions entretiennent des analogies quant à l'effet de l'excès de pouvoir sur le jugement pour lequel est imposé le pourvoi différé. Autrement dit, il nous faut savoir si l'excès de pouvoir possède le même effet en ce qui concerne les restrictions à l'exercice immédiat du pourvoi en cassation, en l'occurrence, celui de rendre le pourvoi en cassation *immédiatement* recevable.

C'est en dépit de l'interdiction du pourvoi immédiat en cassation instituée par l'article 608 CPC, que la jurisprudence admet en effet la recevabilité *immédiate* du pourvoi lorsque la décision rendue en application de ce texte est *entachée d'excès de pouvoir*¹⁷²⁹. C'est ce qu'on a dénommé « une ouverture à cassation marginale »¹⁷³⁰.

V. aussi un arrêt illustrant le cas d'un appel contre une décision qui entraîne un appel pour le tout : CA Paris, 10 mai 1976 précit. : Gaz. Pal. 1976. 1. 424, concl. M. Kirsch, note anon. Sur cet arrêt, v. *supra* note 1522 sous n° 837 et note 1696 sous n° 919.

¹⁷²⁷ D. FOUSSARD, note précit. sous Cass. 2^{ème} civ., 7 janv. 1999 in Rev. arb. 1999. 281.

¹⁷²⁸ D. FOUSSARD, *ibid.*, p. 281.

¹⁷²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 15 avr. 1986 précit. : Bull. civ. 1, n° 87, p. 87 ; JCP 1986. 4. 170 ; Rev. crit. DIP 1986. 723, note G. Couchez. En l'espèce, la demanderesse de nationalité française, avait assigné en divorce son mari de nationalité péruvienne, fonctionnaire à Paris de l'UNESCO. Le tribunal de grande instance, au vu de documents d'où il résultait que le défendeur possédait une carte d'identité l'assimilant à un membre de mission diplomatique, avait décidé qu'il bénéficiait de l'immunité de juridiction et a débouté la demanderesse de son action en divorce, déclarant irrecevable cette demande. La cour d'appel, a, au contraire, refusé à l'intimé cette immunité et a renvoyé la cause et les parties devant le tribunal pour qu'il soit jugé au fond. Le mari se pourvut en cassation contre l'arrêt d'appel lui refusant le bénéfice de l'immunité de juridiction octroyée par la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques. La défenderesse combattait la recevabilité du pourvoi en cassation en se fondant sur les dispositions de l'article 608 CPC.

Jugeant dans le sens de la recevabilité du pourvoi, la Cour de cassation énonce dans un attendu de principe, que : « *mais attendu que, malgré les termes de l'article 608 le pourvoi est immédiatement recevable en cas d'excès de pouvoir ; que le juge qui statue en violation d'une immunité de juridiction, excède ses pouvoirs ; qu'il s'ensuit que le pourvoi fondé sur cette violation est immédiatement recevable* ». La décision a, par ailleurs, pour intérêt d'avoir précisé que le moyen tiré de l'immunité de juridiction constitue une *fin de non-recevoir*, et non une exception d'incompétence comme l'avait décidé la cour d'appel.

¹⁷³⁰ C. PUIGELIER, note sous Cass. soc., 13 mars 2001 in D. 2002, jur. 242.

Décidée pour le cas où une cour d'appel a statué en violation d'une immunité de juridiction¹⁷³¹, cette solution a été affirmée *dans sa généralité*¹⁷³² et *appliquée à d'autres matières*.

Il en est notamment ainsi de l'ordonnance du premier président d'une cour d'appel, entachée d'excès de pouvoir pour avoir arrêté l'exécution provisoire attachée de plein droit à une décision¹⁷³³; le pourvoi immédiat contre cette ordonnance est *inévitablement* recevable.

Il en est de même de l'arrêt d'appel qui, au mépris des dispositions des articles 544 et 545 CPC, a déclaré recevable l'appel formé contre un jugement rendu en cours d'instance *qui n'a pas tranché dans son dispositif une partie du principal, ni n'a mis fin à l'instance*; l'arrêt étant ainsi entaché d'excès de pouvoir¹⁷³⁴.

A été jugé *immédiatement recevable*, le pourvoi contre la décision qui écarte l'application d'une clause compromissoire¹⁷³⁵.

¹⁷³¹ Cass. 1^{ère} civ., 15 avr. 1986 précit. : Bull. civ. 1, n° 87, p. 87 ; JCP 1986. 4. 170 ; Rev. crit. DIP 1986. 723, note G. Couchez.

¹⁷³² Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995 précit. : Bull. civ. 1, n° 193, p. 139 ; D. 1995, IR. 142. L'arrêt affirme dans un attendu de principe que : « *Attendu qu'il résulte de la combinaison des textes susvisés (les articles 606 à 608 CPC) que ne peut être reçu, indépendamment de la décision à intervenir sur le fond, un pourvoi en cassation frappant un arrêt qui a seulement déclaré une action recevable et ordonné une mesure d'instruction sans trancher une partie du principal ; que, toutefois, le pourvoi est immédiatement recevable lorsque la décision attaquée est entachée d'excès de pouvoir* ».

¹⁷³³ Cass. 2^{ème} civ., 17 juin 1987 précit. : Bull. civ. 2, n°s 130 et 131 (deux espèces), p. 75 ; JCP 1987. 4. 295 ; RTD civ. 1988. 184, obs. R. Perrot ; D. 1987, somm. 359, obs. P. Julien. Sur la décision de la Cour dans les deux arrêts et les faits qui s'y rapportent respectivement, v. *supra* note 1629 sous n° 882.

¹⁷³⁴ Cass. 2^{ème} civ., 15 nov. 1995 précit., n° de pourvoi : 93-21.721. L'arrêt a l'allure d'un arrêt de principe ; son attendu renferme une règle abstraite et de portée générale. L'arrêt énonce : « *Le pourvoi formé contre un jugement en dernier ressort, qui statue sans trancher une partie du principal et sans mettre fin à l'instance, est immédiatement recevable en cas d'excès de pouvoir* ». Il s'agissait en l'espèce, d'un litige relatif à une servitude de passage ; le tribunal de grande instance de Perpignan saisi de ce litige s'était borné à impartir à la partie la plus diligente un délai pour appeler en cause des tiers à l'instance. Par application des articles 544 et 545 CPC, cette décision n'était pas de celles qui peuvent faire l'objet d'un appel indépendamment du jugement sur le fond, étant donné que même décidant d'une mesure provisoire – en l'occurrence celle d'impartir à une partie au litige d'appeler d'autres à l'instance –, elle ne tranche pas une partie du principal, ni met fin à l'instance. Appel ayant été formé contre ce jugement, la Cour d'appel de Montpellier, déclare cet appel recevable. En déclarant l'appel recevable contre ce jugement, celle-ci a commis un excès de pouvoir. Sur pourvoi, la Cour de cassation casse sans renvoi – par application de l'article 627 CPC –, l'arrêt de la Cour de Montpellier, et, déclare irrecevable l'appel formé contre le jugement précité rendu par le tribunal de grande instance de Perpignan. – V. aussi dans le même sens, pour un arrêt entaché d'excès de pouvoir, n'ayant pas tranché une partie du principal ni mis fin à l'instance : Cass. 2^{ème} civ., 7 nov. 1994 précit. : Bull. civ. 2, n° 220, p. 127 ; D. 1995, IR. 10.

¹⁷³⁵ Cass. 1^{ère} civ., 9 oct. 1990 précit. : Gaz. Pal. 1991. 2. 348, obs. H. Croze et Ch. Morel. En l'espèce, les tribunaux français ont été saisis d'un litige mettant en cause un étranger. Ce dernier invoque l'existence d'une clause compromissoire que la Cour saisie avait refusé d'appliquer. La Cour de cassation précise que l'exception d'incompétence fondée sur l'existence d'une clause compromissoire « ne concerne pas la répartition de la compétence entre les Tribunaux étatiques des différents pays mais tend à retirer à ces Tribunaux le pouvoir de juger les différends relatifs à ce contrat », ce qui est une solution tout à fait défendable. Il ne s'agit pas ici d'une simple incompétence, mais on conteste le *fondement même* du pouvoir de juger, v. : H. CROZE et Ch. MOREL, obs. in Gaz. Pal. 1991. 2. 348.

Mais en l'occurrence, le plus important reste de souligner, que le refus par le juge français d'appliquer la clause compromissoire constitue un *véritable* excès de pouvoir. C'est ce grief qui en l'espèce, justifie la recevabilité du pourvoi immédiat contre la décision refusant d'appliquer la clause compromissoire. Sur les griefs constitutifs d'excès de pouvoir, v. *supra* n°s 910 et s.

A de même été jugé immédiatement recevable, le pourvoi contre l'arrêt qui rejette l'exception d'incompétence tirée de l'existence d'une convention d'arbitrage en retenant que la mise en œuvre de la procédure d'arbitrage n'a plus lieu d'intervenir, *sans constater que la convention d'arbitrage était manifestement nulle*¹⁷³⁶.

La recevabilité immédiate du pourvoi en cassation, a de même été décidée à l'égard d'un arrêt qui a accueilli le contredit de compétence formé contre un jugement ayant déclaré incompétente la juridiction étatique en raison de la stipulation d'une clause d'arbitrage, *alors qu'il appartenait à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence*¹⁷³⁷.

938. – La recevabilité du pourvoi immédiat *pour excès de pouvoir*, contre les décisions rendues par application des articles 606 à 608 CPC, est une *solution constante*, souvent rappelée par les décisions de la Cour de cassation¹⁷³⁸.

¹⁷³⁶ Cass. 2^{ème} civ., 20 déc. 2001 : Rev. arb. 2002. 716. En l'espèce, une société avait acquis des actions sociales de plusieurs cédants. Elle assigna avec son administrateur judiciaire, ceux-ci devant un tribunal de commerce en paiement d'une certaine somme, en application d'une clause compromissoire stipulée dans la convention de garantie de passif assortissant la cession d'actions. Les défendeurs ont invoqué la clause compromissoire, le tribunal de commerce s'est déclaré incompétent au profit du tribunal arbitral. La société et son administrateur judiciaire ont formé contredit à cette décision. La cour d'appel rejeta l'exception d'incompétence. Elle retint que la mise en œuvre de l'arbitrage n'a pas lieu d'intervenir dès lors que la créance de la société n'est plus objet à discussion et que son action devant le tribunal de commerce tend exclusivement à obtenir la condamnation des cédants au paiement du solde de ladite créance désormais certaine et exigible. Ayant statué ainsi sans constater que la convention d'arbitrage était manifestement nulle, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs. La Cour de cassation décide pour casser l'arrêt d'appel : « *qu'en statuant ainsi, sans constater que la convention d'arbitrage était manifestement nulle, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs* ».

Cet arrêt est intéressant en ce qu'il rappelle la solution désormais acquise de la recevabilité immédiate du pourvoi en cassation en cas d'excès de pouvoir. Sur l'attendu de l'arrêt, v. *infra* note 1738 sous n° 938.

¹⁷³⁷ Cass. 2^{ème} civ., 27 juin 2002 : Rev. arb. 2002. 717. Les faits de cet arrêt se rattachent de même, comme celui précité du 20 décembre 2001 (v. cité *supra* note 1736) à une exception d'incompétence. En l'espèce, une Cour d'appel avait accueilli le contredit de compétence formé par une société contre un jugement ayant déclaré incompétente la juridiction étatique en raison de la stipulation d'une clause d'arbitrage dans le contrat qui la liait à une autre société. Pour affirmer la compétence des juridictions étatiques, l'arrêt énonce qu'à défaut de véritable différend sur l'interprétation du contrat, il n'y a pas lieu de renvoyer les parties devant la juridiction arbitrale. La Cour d'appel a ainsi excédé ses pouvoirs. La deuxième Chambre civile décide pour casser l'arrêt d'appel : « *qu'en statuant ainsi alors qu'il appartenait à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, la Cour d'appel a excédé ses pouvoirs* ».

¹⁷³⁸ V. : Cass. 1^{ère} civ., 26 juin 2001 : Bull. civ. 1, n° 185, p. 117. – Cass. 2^{ème} civ., 20 déc. 2001 précit. : Rev. arb. 2002. 716. Cet arrêt réaffirme la solution dans un attendu de principe en énonçant que : « *le pourvoi en cassation est immédiatement recevable en cas d'excès de pouvoir* ». – V. aussi, qui reprend textuellement le même attendu : Cass. 2^{ème} civ., 27 juin 2002 précit. : Rev. arb. 2002. 717. – V. aussi : Cass. 2^{ème} civ., 16 oct. 2003 : Bull. civ. 2, n° 305, p. 250. – Cass. Ch. mixte, 28 janv. 2005 précit. : Bull. civ. Ch. mixte, n° 1, p. 1 ; D. 2005, IR. 386, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 2006, pan. 548, note P. Julien et N. Fricéro. Cette décision est sans nul doute un arrêt de principe ; sous le visa des articles 606 à 608 CPC, l'arrêt énonce que : « *sauf dans les cas spécifiés par la loi, les jugements en dernier ressort qui ne mettent pas fin à l'instance ne peuvent être frappés de pourvoi en cassation indépendamment des jugements sur le fond que s'ils tranchent dans leur dispositif tout ou partie du principal* ». Après avoir rappelé le principe, l'arrêt précise la dérogation à cette règle, et énonce : « *qu'il n'est dérogé à cette règle, comme à toute autre règle interdisant ou différant un recours, qu'en cas d'excès de pouvoir* ». – V. aussi : Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 2005 : Bull. civ. 2, n° 120, p. 109. – V. aussi mais de manière moins générale : Cass. 1^{ère} civ., 8 nov. 2005 : Bull. civ. 1, n° 402, p. 336.

939. – A la différence du droit français, le droit libanais ne distingue pas entre les hypothèses où l'appel est différé et celles où le pourvoi en cassation est différé. Il régleme dans un seul et même texte ces deux hypothèses en les unifiant par celle de *recours différé*. C'est alors que le nouveau Code de procédure civile libanais pose à l'article 615, le principe d'application du recours différé à toutes les décisions rendues en cours d'instance, et énumère les décisions qui échappent à ce principe. Ce texte dispose :

« Les jugements rendus en cours d'instance ne peuvent faire l'objet d'un recours qu'avec le jugement qui met fin à l'instance, font cependant exception à ce principe :

- 1 - Le jugement qui ordonne la suspension de l'instance.
- 2 - Le jugement qui déclare irrecevable une demande d'intervention.
- 3 - Le jugement qui rejette ou accueille de prêter le serment décisoire.
- 4 - Le jugement qui ordonne le partage d'un bien indivis, sa cession ou la liquidation d'une société ou d'une succession.
- 5 - Le jugement qui tranche un des points du litige en étant assorti de l'exécution par provision.
- 6 - Les jugements provisoires.

Le recours exercé contre les jugements sus énumérés ne dessaisit pas le tribunal des autres points du litige et ne fait pas obstacle à la poursuite de l'instance dans tous les points non rattachés au jugement attaqué ».

Un intérêt certain s'attache à savoir si l'énumération de l'article 615 est énonciative, ou si elle est limitative. Nous pensons qu'il s'agit d'une énumération *limitative*, car cette énumération se rapporte à des exceptions, et les exceptions doivent être interprétées *restrictivement*.

940. – Ont été ci-dessus exposées des hypothèses d'appel différé, ainsi que de pourvoi en cassation différé. Concernant le droit libanais, nous avons analysé le texte siège de la matière, qui pose le principe de l'application du *recours différé* à l'égard de *toutes* les décisions rendues au cours de l'instance, et, énumère de manière *limitative* les décisions rendues au cours de l'instance qui peuvent faire l'objet d'un recours immédiat.

941. – Il existe par ailleurs une parfaite illustration de *recours différé*, s'appliquant à l'appel aussi bien qu'au pourvoi en cassation. Cette illustration de recours différé relève du droit social ; il s'agit de la réglementation applicable aux recours formés contre les ordonnances du bureau de conciliation des conseils de prud'hommes. C'est ainsi que l'article R. 1454-16 C. trav. – ancien article R. 516-19 – impose en son deuxième alinéa, que les décisions prises en application des articles R. 1454-14 et R. 1454-15 C. trav. – anciennement article R. 516-18 C. trav. – *ne soient susceptibles de recours qu'avec le jugement sur le fond*. L'article R. 1454-16 précité dispose :

« Les décisions prises en application des articles R. 1454-14 et R. 1454-15 sont provisoires. Elles n'ont pas autorité de chose jugée au principal (...).

Elles ne peuvent être frappées d'appel ou de pourvoi en cassation qu'en même temps que le jugement sur le fond (...) ».

Le bureau de conciliation est compétent pour prendre certaines décisions concernant les droits des salariés. C'est en effet, en vertu de l'article R. 1454-14 C. trav., que le bureau de conciliation peut, lorsque *l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable*, ordonner le versement, notamment, de « provisions sur les salaires et accessoires du salaire ainsi que les commissions », et, le « versement de provisions sur les indemnités de congés payés, de préavis et de licenciement ».

L'article R. 1454-15 C. trav. pose des restrictions aux ordonnances rendues en vertu de l'article R. 1454-14 précité, en ce qu'il dispose que le montant total des provisions allouées en vertu dudit article, *ne peut excéder* six mois de salaire calculés sur la moyenne des trois derniers mois de salaire.

942. – La jurisprudence décide que, lorsque le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes se rend coupable d'excès de pouvoir¹⁷³⁹ dans les ordonnances qu'il rend, celles-ci *deviennent susceptibles de recours immédiat*.

¹⁷³⁹ Sur des illustrations de griefs commis par les bureaux de conciliation des conseils de prud'hommes, et jugés comme constitutifs d'excès de pouvoir, ainsi que sur notre opinion relativement à l'application par la jurisprudence de cette notion aux ordonnances eux rendues, v. *supra* n^{os} 897 à 905.

La jurisprudence consécutive à la réforme de la procédure prud'homale donne de nombreuses illustrations sur cette orientation jurisprudentielle ; elle a été inaugurée par un arrêt de la cour d'appel de Paris – précédemment cité – du 20 mars 1975¹⁷⁴⁰. Rappelons que cet arrêt avait très remarquablement énoncé que le bureau de conciliation a commis un « excès de pouvoir caractérisé » en ordonnant la réintégration d'un salarié licencié dans l'entreprise¹⁷⁴¹.

L'arrêt du 20 mars 1975, fut suivi par deux arrêts, très remarquables, rendus par la cour d'appel de Paris le 10 mai 1976, se présentant comme des *arrêts de principe*. Il résulte de la première décision, une réaffirmation *implicite* de la recevabilité de l'appel immédiat en cas d'excès de pouvoir commis par le bureau de conciliation¹⁷⁴². Au contraire, une réaffirmation pure et simple de cette même solution découle de la seconde décision, puisqu'avait été déclaré *recevable*, cependant *mal fondé*, l'appel immédiat interjeté contre une décision qui avait refusé qu'un employeur fût représenté à l'audience de conciliation par son avocat¹⁷⁴³.

¹⁷⁴⁰ CA Paris, 20 mars 1975 : Gaz. Pal. 1975. 1. 376 ; RTD civ. 1976. 403, obs. R. Perrot ; *ibid.* 1977. 621, obs. R. Perrot.

V. par ex. qui approuve cette jurisprudence : F. KERNALEGUEN, *op. cit.*, p. 157.

¹⁷⁴¹ En l'espèce, le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes de Villeneuve-Saint-Georges, a, par une décision du 16 janvier 1975, ordonné la réintégration d'un salarié qui avait été congédié par l'entreprise qui l'employait. Celle-ci interjeta appel de la décision, au motif que le bureau de conciliation a, par cette décision, outrepassé ses pouvoirs. Le licenciement en question n'ayant pas été précédé par l'entretien préalable du salarié ; l'entreprise employeur, demande à la cour d'appel de Paris de constater que le défaut d'entretien préalable n'a pas rendu caduc le licenciement intervenu à l'encontre du salarié intimé. Celui-ci souleva devant la cour d'appel de Paris l'irrecevabilité de l'appel contre la décision du bureau de conciliation, au motif que ladite décision ne pouvait, par application de l'ancien article R. 516-18 C. trav., faire l'objet d'un appel qu'avec le jugement sur le fond. La cour d'appel de Paris reçut l'appel formé contre la décision. Elle décide que le bureau de conciliation, en ordonnant la réintégration du salarié, a *préjugé au fond*, et a ainsi rendu sa décision *susceptible d'appel immédiat*, et énonce que : « *Si aux termes de ce dernier article (l'ancien article R. 516-18 C. trav. devenu l'article R. 1454-15 C. trav.), le bureau de conciliation peut ordonner la délivrance des documents sociaux, le versement d'une provision sur salaire, des mesures d'instruction, des mesures nécessaires à la conservation des preuves ou des objets litigieux, cette énumération ne comporte pas l'accomplissement de la formalité de l'article 241 de la loi du 13 juillet 1973 ni la réintégration du salarié dans l'entreprise ; que ces deux mesures exclusives de toute conservation des preuves sont, de la compétence du bureau de jugement* » ; « *qu'en les prescrivant, le bureau de conciliation a commis un excès de pouvoir caractérisé ; qu'il a préjugé au fond et qu'à ce titre sa décision est susceptible d'appel* ».

¹⁷⁴² CA Paris, 10 mai 1976 (Le Parisien Libéré c. Exbourse) : Gaz. Pal. 1976. 1. 389 ; *ibid.* 424, concl. M. Kirsch. Il est vrai que l'arrêt réitère la solution de la recevabilité de l'appel immédiat en cas d'excès de pouvoir, mais il semble aussi résulter de l'arrêt qu'il n'admet cette recevabilité qu'en cas d'excès de pouvoir et à l'exclusion de tout autre grief, de quelle que nature qu'il soit, et quelle que soit sa gravité et – chose curieuse – si ce grief est d'habitude assimilé à l'excès de pouvoir. C'est ce qui va être démontré. Les faits de l'espèce sont simples : une ordonnance rendue le 9 avr. 1975 par le bureau de conciliation du Conseil de prud'hommes de Paris a ordonné le paiement par la société « Le Parisien Libéré » à son salarié, demandeur devant le Conseil, la somme de 2,194,63 F à titre de salaires. La société condamnée a interjeté appel de l'ordonnance, a demandé que son appel soit déclaré recevable et que l'ordonnance soit annulée pour incompétence, excès de pouvoir et violation de la loi. La société défenderesse contestait le bien-fondé de la demande, au motif que le demandeur n'avait pas rapporté la preuve que les salaires demandés correspondaient à un travail effectif, et faisait valoir que les salaires réclamés avaient en partie fait l'objet d'offres réelles. La défenderesse reprochait au bureau de conciliation, non pas un excès de pouvoir et partant, une décision rendue en dehors du cadre de l'ancien article R. 516-18 C. trav., mais d'avoir ordonné le paiement de salaires alors que, selon elle, existait une *contestation sérieuse* relativement à l'obligation de l'employeur de payer les salaires réclamés. Au surplus, il était reproché à l'ordonnance

attaquée de ne pas avoir exposé les prétentions des parties, de ne pas avoir répondu aux conclusions de la défenderesse, et surtout, de *n'être pas motivée*. Pour examiner la recevabilité de cet appel, la cour de Paris se livre à une analyse des objectifs recherchés par la réforme prud'homale de l'époque, elle énonce à cet égard : « *Considérant qu'avant la réforme instaurée par le décret n° 75-783 du 12 sept. 1974, les pouvoirs du bureau de conciliation étaient limités à la constatation de l'accord ou du désaccord des parties, le dossier, dans ce dernier cas, étant transmis directement au bureau de jugement ; qu'ainsi la division fondamentale de la procédure prud'homale en deux étapes (...) ne permettait pas au salarié d'obtenir rapidement par une décision exécutoire, (...) les salaires ou préavis impayés (...)* » ; « *ainsi que, dans un souci de rapidité et d'efficacité, le législateur par le nouveau texte a décidé d'étendre les pouvoirs du bureau de conciliation (...)* ». Pour le texte intégral de cet attendu, v. *infra* note 1746 sous n° 943. Poursuivant son analyse, la cour de Paris prend position sur l'étendue des pouvoirs conférés au bureau de conciliation par ladite réforme, elle énonce que : « *les pouvoirs ainsi donnés à une juridiction paritaire sont exceptionnels, ce qui entraîne, en contrepartie, une interprétation stricte de ceux-ci, ladite juridiction ne pouvant par exemple statuer sur des questions dont le texte ne lui a pas expressément délégué la connaissance* ». Ayant tranché en faveur d'une interprétation stricte des pouvoirs du bureau de conciliation, la cour de Paris pose le problème de droit, elle énonce : « *qu'en l'espèce, il n'est pas reproché au bureau d'avoir, outrepassé ses pouvoirs ou d'être sorti du cadre de l'art. R. 516-18, puisqu'il a statué sur des salaires dans la limite des trois derniers mois mais de n'avoir pas usé de ceux-ci conformément aux vœux du texte comme aux règles générales de rédaction des décisions judiciaires* ». Ainsi la cour précise que ce n'est pas un excès de pouvoir qui était reproché à l'encontre de l'ordonnance attaquée, mais bien d'avoir statué alors qu'existait une contestation sérieuse sur le droit du salarié. A cet égard, elle fait le rapprochement entre la juridiction des référés et les pouvoirs du bureau de conciliation exercés en vertu de l'ancien article R. 516-18 C. trav., la juridiction des référés ne pouvant statuer s'il existe une contestation sérieuse sur les droits des parties. La cour poursuit dans une longue explication sur la distinction des jugements « faisant grief » et des jugements « ne faisant pas grief ». Appliquant les critères dégagés au cas d'espèce, elle décide que l'ordonnance litigieuse se qualifie en une décision « faisant grief » et précise que : « *la décision serait peut-être autrefois rentrée dans la catégorie jurisprudentielle des jugements mixtes ou implicitement mixtes, l'appel étant alors immédiatement recevable* ». Cependant, revenant vers l'interprétation des objectifs recherchés par l'institution par la réforme prud'homale, à l'ancien article R. 516-19 C. trav., de l'appel différé, elle énonce : « *que le texte exceptionnel de l'art. R. 516-19, d'esprit restrictif, est absolument formel et impératif, qu'il s'inscrit d'ailleurs dans une longue tradition réglementaire qui avec une efficacité certaine s'attache à dégager la procédure de toutes sortes de complications et de chicanes ; qu'ainsi les dispositions de cet article (...), excluent formellement l'appel immédiat* ». Ayant ainsi clairement énoncé l'interdiction de l'appel immédiat, et faisant le rapprochement avec la procédure des référés, elle énonce : « *que cette solution résulte de la volonté délibérée du législateur auquel le juge ne peut se substituer même s'il relève après d'autres que la décision s'apparente par sa nature à l'ordonnance de référé de laquelle l'appel immédiat est permis* ». Après ce rapprochement avec la procédure des référés, la Cour, pour déclarer l'appel irrecevable, décide que : « *quelle que soit l'importance des vices dénoncés à l'appui d'un appel immédiat, (la Cour) ne peut que constater que le bureau de conciliation a statué dans le cadre de l'art. R. 516-18 et qu'à ce titre sa décision qui, par ailleurs n'a pas dans son dispositif tranché une partie du principal, n'est pas susceptible, en application de l'art. R. 516-19, (...), d'un recours immédiat (...)* ». L'arrêt admet que si le bureau de conciliation sort du cadre défini par l'ancien article R. 516-18 pour ses compétences, il commet sans doute un excès de pouvoir et sa décision sera susceptible de recours immédiat. Cependant, l'arrêt ne semble pas considérer que l'existence d'une contestation sérieuse sur les droits puisse être constitutif d'excès de pouvoir, ce qui est critiquable au vu de la jurisprudence en vigueur, et que, même si celle-ci constitue un vice, au même titre que l'absence de motivation dont est entachée l'ordonnance, ces vices ne suffisent pas à rendre l'appel immédiat recevable à l'encontre de l'ordonnance. Par ailleurs, ce qui pourrait faire douter de la portée de la décision, c'est l'allusion faite que l'ordonnance ne tranche pas dans son dispositif une partie du principal. Nous pensons quand même, que cette indication est surabondante et ne doit pas nous empêcher de constater que c'est une décision importante, qui réaffirme une solution acquise même si cette réaffirmation est partielle, excluant les griefs d'existence de contestation sérieuse et d'absence de motivation.

¹⁷⁴³ CA Paris, 10 mai 1976 (Le Parisien Libéré c. Khripounoff) : Gaz. Pal. 1976. 1. 424, concl. M. Kirsch, note anon. En l'espèce, la société « Le Parisien libéré » avait été atraite par un de ses salariés devant le bureau de conciliation de prud'hommes de Paris. A l'audience de conciliation du 5 juin 1975, les parties ont comparu : le demandeur en personne, et la société « Le Parisien libéré » représentée par un avocat. Le bureau de conciliation se déclara en partage de voix sur la validité de la représentation de la société par un avocat. Rappelons qu'en effet, l'article R. 1454-13 C. trav. impose la comparution personnelle du défendeur, à moins que celui-ci justifie, en temps utile, d'un motif légitime d'absence, alors dans ce cas, « il peut être représenté par un mandataire muni d'un écrit l'autorisant à concilier en son nom et pour son compte ». Le demandeur, quant à lui, ne s'opposait pas à ce que la société défenderesse soit représentée par un avocat. A l'audience du 1^{er} juillet 1975, le même bureau de conciliation refusait de considérer que la défenderesse était valablement représentée par un avocat. L'Ordre des avocats intervint à l'audience du

943. – De nombreuses décisions ont suivi, qui ont admis le recours immédiat contre les décisions du bureau de conciliation, lorsqu'il a été jugé que celui-ci *a commis un excès de pouvoir*¹⁷⁴⁴.

1^{er} juillet 1975 du fait qu'y a été écartée la représentation de la défenderesse. Était donc en cause, de manière principale, la question de la représentation de la société défenderesse par un avocat, et de manière incidente, celle de l'intervention de l'Ordre des avocats. En ce qui concerne cette dernière question, une jurisprudence constante décide que cette intervention est recevable dans une instance prud'homale : v. les références citées par l'avocat général KIRSCH in Gaz. Pal. 1976. 2. 425. Le principe en matière prud'homale, est *la comparution en personne*. La représentation devient possible en cas de motif légitime d'absence, et seulement dans ce cas. L'ordonnance précitée du 1^{er} juillet 1975, donne pour motivation du refus d'admettre la représentation de la société le « Parisien libéré », que le fait qu'elle ait donné pouvoir à un avocat de la représenter *ne constitue pas un motif légitime d'absence*. Sur ce, l'ordonnance considéra la défenderesse comme défaillante devant le bureau de conciliation. En effet, l'avocat n'avait en l'espèce présenté aucun motif légitime d'absence de la société autre que son pouvoir de la représenter. Il aurait dû – selon les conclusions de l'avocat général KIRSCH – présenter un *motif précis* sur l'absence de son mandant. Le « Parisien libéré » interjeta appel de l'ordonnance du 1^{er} juillet 1975. La Cour d'appel de Paris, adoptant les conclusions de l'avocat général, a posé que l'ordonnance en question comportait deux décisions ; la première déclarant la défenderesse absente défaillante à défaut de représentation valable, la seconde ordonnant, en l'absence de la défenderesse, le paiement au demandeur la somme de 4000 F à titre de salaire. Elle estima que c'est la première décision qui comporte une violation de la loi et porte atteinte aux droits de la défense, sur la recevabilité de l'appel immédiat contre cette décision, elle énonce que : « *les moyens de l'appel immédiat dont la Cour est saisie se résument à deux refus injustifiés par la juridiction saisie régulièrement dans le cadre de l'(ancien) art. R. 516-18, d'admettre la représentation de la société par Me Ader, (...) défaut de motif justifiant l'attribution à Khripounoff (le demandeur) d'une somme de 4000 F à titre de salaire* » ; « *que la recevabilité d'un tel appel paraît pouvoir être admise pour la première partie de la décision* ». Après avoir admis la recevabilité de l'appel immédiat pour la première décision, elle énonce : « *que cette décision étant intimement liée à la seconde, il apparaît que la recevabilité de son appel devrait entraîner la recevabilité de l'appel pour le tout, l'ensemble de la décision étant vicié par la violation des droits de la défense qui résulterait ipso facto, d'un refus de représentation non justifié (...)* ».

Ayant admis l'appel recevable, la cour se prononçant sur son bien-fondé, énonce : « *que la représentation par l'avocat d'un plaideur (...) doit être admise devant le bureau de conciliation mais à une condition, que l'absence de son mandant ait un motif légitime qu'il appartient au bureau d'apprécier* ». Ayant rappelé la règle applicable, elle énonce, pour décider que l'appel était cependant mal fondé, et confirmer l'ordonnance attaquée : « *qu'il est constant que le pouvoir présenté par Me Ader ne comportait aucun motif légitime d'absence de son client ; (...) que le pouvoir en question ne constitue pas en lui-même un motif légitime d'absence du représentant légal de la société ; que les premiers juges, qui ont constaté que l'employeur n'avait pas justifié d'un motif légitime d'absence, ont donc régulièrement motivé leur décision (...)* ».

¹⁷⁴⁴ V. par ex. pour une hypothèse où le bureau de conciliation a alloué une provision pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et rupture abusive du contrat de travail : Cass. soc., 29 janv. 1981 précit. : Bull. civ. 5, n° 91, p. 67 ; D. 1981, IR. 435, obs. Ph. Langlois ; JCP 1981. 4. 121 ; RTD civ. 1982. 207, obs. R. Perrot. – Pour une hypothèse où le bureau de conciliation a ordonné une astreinte non prévue par l'ancien article R. 516-18 C. trav, v. : CA Lyon, 18 mai 1982 précit. : Gaz. Pal. 1982. 1. somm. 178 ; RTD civ. 1982. 658, n° 8, obs. R. Perrot. – Pour une hypothèse où le bureau de conciliation a alloué une indemnité de préavis à l'employeur, demandeur en conciliation, v. : CA Paris, 7 mars 1984 : D. 1984, IR. 366 ; RTD civ. 1985. 213, obs. R. Perrot. – Pour une hypothèse où le bureau de conciliation a ordonné une provision sur salaire dépassant la limite prévue par l'ancien article R. 516-18 C. trav., v. : Cass. soc., 3 oct. 1985 précit. : Bull. civ. 5, n° 439, p. 317 ; D. 1986, IR. 92 ; JCP 1985. 4. 354 ; RTD civ. 1987. 146, n° 4, obs. R. Perrot.

Il en est notamment ainsi, lorsque l'obligation de l'employeur est l'objet d'une *contestation sérieuse* et que le bureau de conciliation *se prononce sur le fond*¹⁷⁴⁵. Soulignons à cet égard, que *la condition première* de l'octroi par le bureau de conciliation de provisions sur les indemnités de congés payés, de préavis et de licenciement, ainsi que des provisions sur les salaires et accessoires du salaire, est *la reconnaissance par lui du caractère non sérieusement contestable de la créance*¹⁷⁴⁶.

¹⁷⁴⁵ CA Paris, 29 mai 1976 précit. : Gaz. Pal. 1976. 2. 688, note M. Rayroux. En l'espèce, le bureau de conciliation du Conseil de prud'hommes de Paris a, par une décision du 4 novembre 1975, condamné une société et un GIE à payer à un salarié la somme de 46,684 F à titre d'indemnité de préavis. Les sociétés condamnées ont interjeté appel de la décision et demandé son annulation, au motif que le bureau de conciliation a excédé ses pouvoirs et s'est prononcé sur le fond, alors qu'il y a avait en la cause – selon elles – contestation sérieuse. Le salarié à son tour, conclut à l'irrecevabilité de l'appel et demanda la confirmation de la décision attaquée. La Cour se prononçant sur la compétence du bureau de conciliation à prendre la décision, énonce que : « *Considérant qu'aux termes de l'art. R. 516-18 C. trav. (devenu art. R. 1454-14) le bureau de conciliation est habilité à ordonner le versement, non pas de l'indemnité de préavis elle-même, mais d'une provision à valoir sur le montant de cette indemnité, "dans la limite des trois derniers mois" et "lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable"* ». Après avoir relevé que la décision qui a alloué l'indemnité de préavis n'était pas motivée, la cour de Paris décide que le bureau de conciliation a, en prenant cette décision, *excédé ses pouvoirs*, elle énonce que : « *L'employeur contestant ainsi, non seulement le principe, mais le montant même de l'indemnité de délai-congé, il s'ensuit que le bureau de conciliation n'était pas fondé à allouer, à titre de « provision sur indemnité de préavis », le montant intégral de l'indemnité réclamée de ce chef; qu'il apparaît dès lors, que les premiers juges ont commis un excès de pouvoir en ordonnant le versement, à titre provisionnel, d'une somme qui est susceptible de se révéler, non pas inférieure, mais nettement supérieure au montant justifié de cette indemnité* ». Après avoir constaté l'existence de l'excès de pouvoir, la cour admet la recevabilité de l'appel, elle énonce : « *qu'en se prononçant sur la responsabilité de la rupture et en allouant en totalité l'indemnité réclamée à ce titre par le salarié et ce, en négligeant au surplus la contestation sérieuse du montant, sinon du principe, de cette indemnité, le bureau de conciliation a préjugé au fond; qu'à ce titre sa décision est susceptible d'appel et doit être annulée en ce que précisément, elle a anticipé sur la décision du juge du fond* ». – V. aussi pour des hypothèses où l'obligation de l'employeur était sérieusement contestable : CA Riom, 19 nov. 1975 : Gaz. Pal. 1976. 1. 33. – CA Aix-en-Provence, 7 fév. 1983 précit. : Gaz. Pal. 1983. 1. 331, note Ch. Dureau ; RTD civ. 1983. 793, obs. R. Perrot. – Cass. soc., 15 mars 1983 : Bull. civ. 5, n° 161, p. 114. V. aussi : Cass. soc., 24 janv. 1996, n° de pourvoi : 92-43768. – V. aussi plus récemment : Cass. soc., 15 juin 1995, n° de pourvoi : 94-40.524 et Cass. soc., 22 mars 2007, n° de pourvoi : 05-42.488.

¹⁷⁴⁶ CA Paris, 10 mai 1976 (Le Parisien Libéré c. Exbourse) précit. : Gaz. Pal. 1976. 1. 389. Suivant les conclusions de l'avocat général, l'arrêt énonce la règle sur ce point : « *Que le ministère public, dans ses observations, s'attache-t-il à démontrer que la condition première d'application du texte (l'art. R. 516-18 ancien C. trav.) en ce qui concerne les salaires est, comme en matière de référé, la reconnaissance motivée par la juridiction « que l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable » ; que le sens et la portée de cette formule ne sont pas d'interprétation aisée en dehors des situations simples (...); qu'autrement la juridiction doit la déduire des éléments qui sont présentés et l'affirmer si elle y croit ou, plus prudemment, s'abstenir lorsque les éléments nécessaires à la formation d'une conviction objective font défaut* ». – V. aussi l'attendu de l'arrêt reproduit *infra* note 1742 sous n° 942. – V. : M. KIRSCH, concl. pour CA Paris, 10 mai 1976 (deux espèces) précit. : Gaz. Pal. 1976. 1. 427. L'avocat général Kirsch estime en effet que l'existence d'une créance de salaire non sérieusement contestable, est une condition « essentielle » à l'octroi de provisions par les bureaux de conciliation aux salariés par application de l'ancien article R. 516-18 C. trav. A côté de cette condition, jugée essentielle, il mentionne deux autres conditions, il faut qu'il s'agisse d'un salaire, et, que ce salaire se rapporte aux trois derniers mois. – V. aussi dans le même sens et de manière très claire : CA Paris, 29 mai 1976 précit. : Gaz. Pal. 1976. 2. 688, note M. Rayroux. Pour l'attendu de l'arrêt qui fait ce rapprochement, v. *supra* note 1656 sous n° 900. Cette solution a de même été approuvée et défendue par l'annotateur de l'arrêt, v. : M. RAYROUX, note sous CA Paris, 29 mai 1976 précit. in Gaz. Pal. 1976. 2. 690.

Constitue notamment une contestation sérieuse de la créance, la contestation sur la *qualification de la relation contractuelle* qui lie le demandeur à l'employeur défendeur dans l'instance prud'homale¹⁷⁴⁷. Constitue de même une contestation de nature à *faire obstacle* à ce que le bureau de conciliation puisse valablement allouer des indemnités à titre de salaire, la contestation sur *la réalité du travail fourni*¹⁷⁴⁸.

L'inexistence de contestation sérieuse sur la créance du salarié suppose que le conseiller prud'homal puisse se tenir *suffisamment aux apparences*¹⁷⁴⁹, pour rendre sa décision. Il est interdit au conseiller d'invoquer des droits discutés pour fonder sa décision, car ceci préjugerait de *l'existence de contestations sérieuses sur les droits en litige*¹⁷⁵⁰. L'existence d'une contestation sérieuse sur les droits en litige aura par ailleurs, pour conséquence de rendre l'affaire de la compétence du bureau du jugement¹⁷⁵¹.

¹⁷⁴⁷ V. Cass. soc., 15 mars 1983 précit. : Bull. civ. 5, n° 161, p. 114. En l'espèce, l'employeur, une société immobilière et agricole, assignée devant le bureau de conciliation et condamnée à payer deux provisions sur salaire, faisait valoir que le demandeur était un mandataire social et non un salarié, ce qui selon elle, constituait une contestation sérieuse sur l'existence de son obligation. La société forma un contredit de compétence devant la Cour d'appel de Caen qui fut déclaré irrecevable. La Cour de cassation censura l'arrêt d'appel, au motif que la contestation sur la nature du contrat qui lie le demandeur à la société défenderesse, constituait bien *une contestation sérieuse sur l'obligation de l'employeur de payer les salaires* et impliquait un excès de pouvoir commis par le bureau de conciliation. L'excès de pouvoir rendait immédiatement recevable l'appel contre la décision litigieuse.

¹⁷⁴⁸ Cass. soc., 5 oct. 1978 : Gaz. Pal. 1978. 1. 51, note C. Loyer-Larher ; RTD civ. 1979. 196, obs. R. Perrot ; *ibid.* 1981. 691, n° 3, obs. R. Perrot. En l'espèce, une société avait été condamnée par le bureau de conciliation à payer une provision sur salaire dans la limite des trois derniers mois. Celle-ci ayant fait appel sans attendre le jugement sur le fond, elle soutenait qu'il n'était pas établi qu'eût été fourni un travail justifiant l'allocation de salaires. Le recours fut déclaré irrecevable conformément à la prohibition de l'ancien article R. 516-19 C. trav., au motif que la décision avait été prise dans les limites tracées par l'ancien article R. 516-18 C. trav. La Cour de cassation censura l'arrêt d'appel. En effet, la société ayant soutenu qu'il n'était pas établi qu'un travail fût fourni, ce qui impliquait l'existence d'une contestation sérieuse de l'employeur et par conséquent la non-réunion des conditions d'application de l'ancien article R. 516-18 précité. La Cour d'appel ne répondit pas à ces conclusions, ce qui entraîna la censure de l'arrêt. Celui-ci fut effectivement censuré au visa de l'article 455 CPC, texte qui prescrit la motivation des jugements.

Un éminent auteur a approuvé l'orientation que cette jurisprudence annonce. Il estime que cette orientation incitera les bureaux de conciliation à vérifier si l'obligation de l'employeur est ou non sérieusement contestable ; c'est une jurisprudence favorable à l'appel immédiat lorsque la décision du bureau de conciliation n'est pas suffisamment motivée, v. : R. PERROT, obs. pour Cass. soc., 5 oct. 1978 in RTD civ. 1979. 196. – V. déjà pour une décision soulignant l'absence de motivation d'une ordonnance d'un bureau de conciliation : CA Paris, 29 mai 1976 précit. : Gaz. Pal. 1976. 2. 688, note M. Rayroux. – V. aussi pour une ordonnance non motivée : CA Aix-en-Provence, 7 fév. 1983 précit. : Gaz. Pal. 1983. 1. 331, note Ch. Dureuil ; RTD civ. 1983. 793, obs. R. Perrot.

¹⁷⁴⁹ CA Paris, 10 mai 1976 (Le Parisien Libéré c. Exbourse) précit. : Gaz. Pal. 1976. 1. 389. La Cour de Paris, suivant en ceci les conclusions de l'avocat général, énonce concernant les pouvoirs du bureau pour statuer sur l'affaire que : « *le bureau ne peut statuer s'il s'élève une contestation sérieuse sur le droit des parties, qu'il doit s'expliquer clairement sur les faits allégués (d'où la nécessité de la motivation) et, en tout cas, ne peut statuer que sur des apparences ou dans le domaine des apparences puisqu'il n'a pas le droit de trancher le fond* ».

V. aussi : M. KIRSCH, concl. précit. pour CA Paris, 10 mai 1976 (deux espèces) : Gaz. Pal. 1976. 1. 427. L'avocat général M. Kirsch estime qu'il est possible de faire le rapprochement entre la procédure des ordonnances du bureau de conciliation et la procédure des référés. Il explique que les dispositions de l'article R. 1454-16 C. trav., ancien article R. 516-19, sont inspirées des articles du décret du 9 septembre 1971 relatif au référé. En effet, à l'instar de la procédure des référés, la procédure instituée par l'article R. 1454-16 interdit au bureau de se prononcer sur le litige qui lui est soumis *s'il ne peut suffisamment se fier aux apparences* et s'il doit par conséquent, avoir à examiner le bien-fondé de la demande du salarié.

944. – La solution jurisprudentielle permettant de déroger à la règle du recours différé posée par le deuxième alinéa de l'article R. 1454-16 C. trav. en cas d'excès de pouvoir commis par le bureau de conciliation, est souvent réitérée dans les décisions de la Chambre sociale de la Cour de cassation¹⁷⁵², certaines à l'allure *d'arrêts de principe*¹⁷⁵³.

Cette orientation jurisprudentielle a de même été clairement réaffirmée dans des décisions récentes¹⁷⁵⁴.

945. – Pour tenter d'expliquer cette solution, il faut partir de l'idée que *le principe c'est l'appel immédiat des décisions de justice*, et que l'appel différé qui est une dérogation à ce principe doit donc être interprété *restrictivement*¹⁷⁵⁵. C'est en partant de cette idée qu'on a avancé pour expliquer la solution de la recevabilité de l'appel immédiat, *malgré sa prohibition par la loi*, que ne sont susceptibles d'appel différé que les décisions prises, comme l'indique l'article R. 1454-16 C. trav., *en application de l'article R. 1454-14 C. trav.*, et ainsi, deviennent susceptibles d'appel immédiat les ordonnances prises *en dehors des prévisions* de l'article R. 1454-14 C. trav.¹⁷⁵⁶.

Il arrive que la jurisprudence fasse expressément le rapprochement entre les ordonnances du bureau de conciliation et la procédure des référés, lorsque, notamment, elle évoque la condition du caractère non contestable de l'obligation, v. : CA Paris, 29 mai 1976 précit. : Gaz. Pal. 1976. 2. 688, note M. Rayroux. Pour l'attendu de l'arrêt qui fait ce rapprochement, v. *supra* note 1656 sous n° 900.

¹⁷⁵⁰ M. KIRSCH, concl. précit. pour CA Paris, 10 mai 1976 (deux espèces) : Gaz. Pal. 1976. 1. 424.

¹⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 428.

¹⁷⁵² V. Cass. soc., 3 oct. 1985 précit. : Bull. civ. 5, n° 439, p. 317 ; D. 1986, IR. 92 ; JCP 1985. 4. 354 ; RTD civ. 1987. 146, n° 4, obs. R. Perrot. La Chambre sociale rappelle cette solution de manière très claire, elle énonce : « *L'appel des décisions du bureau de conciliation est recevable, indépendamment de l'appel du jugement sur le fond, lorsque ce bureau, en accordant au salarié une provision sur salaire dépassant la limite prévue à l'article R. 516-18 C. trav., a excédé comme en l'espèce ses pouvoirs* ». V. aussi mais de manière moins générale : Cass. soc., 8 oct. 1987 : Bull. civ. 5, n° 553, p. 351 ; JCP 1987. 4. 382 ; Gaz. Pal. 1987. 2. pan. 286 ; RTD civ. 1988. 399, obs. R. Perrot.

¹⁷⁵³ V. Cass. soc., 12 juin 1986 : Bull. civ. 5, n° 304, p. 234 ; JCP 1986. 4. 245 ; RTD civ. 1987. 146, obs. R. Perrot. Cet arrêt se présente incontestablement comme un arrêt de principe, la Cour y énonce : « *Les décisions du bureau de conciliation du Conseil de prud'hommes sont susceptibles d'appel immédiat en cas d'excès de pouvoir, quel que soit le montant de la demande* ». En l'espèce, un bureau de conciliation de Conseil de prud'hommes a condamné un employeur à verser à un salarié une certaine somme à titre d'indemnité de préavis. L'employeur interjeta appel de la décision, qui invoquait à l'appui de son recours qu'étaient imputés au salarié des faits susceptibles de constituer une faute grave, privative des indemnités de rupture. La Cour d'appel estima ainsi que l'obligation de l'employeur était sérieusement contestable et qu'il n'était donc pas possible d'allouer une indemnité en vertu de l'ancien article R. 516-18 C. trav., les conditions de ce texte n'étant pas réunies. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt, après avoir énoncé l'attendu plus haut reproduit.

¹⁷⁵⁴ Pour un rappel implicite de cette solution, v. : Cass. soc., 2 mai 2001, n° de pourvoi : 98-45.541 et Cass. soc., 11 juin 2002, n° de pourvoi : 00-42.888. Pour un rappel clair de cette même solution, v. : Cass. soc., 29 janv. 1998, n° de pourvoi : 96-40.333. – V. aussi dans le même sens mais de façon moins claire : Cass. soc., 26 oct. 1999, n° de pourvoi : 98-41.995. Et pour un arrêt de principe récent rappelant cette même solution, v. : Cass. soc., 22 mars 2007, n° de pourvoi : 05-42.488.

¹⁷⁵⁵ En ce sens : M. KIRSCH, concl. précit. pour CA Paris, 10 mai 1976 in Gaz. Pal. 1976. 1. 428.

946. – C’est ainsi que, dans la même optique, la jurisprudence considère qu’*outrépasse ses pouvoirs*, le bureau de conciliation qui statue *en dépassant le cadre défini* par l’article R. 1454-14 C. trav.¹⁷⁵⁷

Cette opinion peut expliquer en partie la solution de recevabilité de l’appel mais, elle n’est pas suffisante. La jurisprudence faisant appel à la notion d’excès de pouvoir, elle ne se contente pas de constater que la décision a été prise en dehors des prévisions de l’article R. 1454-14 C. trav., autrement dit, elle ne s’arrête pas à la constatation d’une violation des prescriptions du texte, mais va *au-delà de ceci*, vers *la constatation d’un grief d’excès de pouvoir*¹⁷⁵⁸.

L’arrêt précité de la cour d’appel de Paris du 10 mai 1976 (Le Parisien Libéré c. Khripounoff) : Gaz. Pal. 1976. 1. 424, rappelle lui-même dans un de ses attendus, la règle en ce qui concerne le droit de recours et l’application de l’appel différé exclusivement aux prévisions de l’ancien article R. 516-18 C. trav., et énonce que : « *Le recours différé prévu par l’art. R. 516-19, exorbitant du droit commun puisque la procédure parallèle du référé prud’homal instauré par la section VII prévoit un délai d’appel de quinze jours conforme aux dispositions générales du droit en la matière (art. 490 CPC), paraît devoir être réservé uniquement aux décisions prises “en application de l’art. R. 516-18 comme l’article le précise lui-même”* ».

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 428.

¹⁷⁵⁷ CA Paris, 10 mai 1976 (Le Parisien Libéré c. Exbourse) précit. : Gaz. Pal. 1976. 1. 389. La cour de Paris fonde ses motifs sur le caractère *exceptionnel* des pouvoirs conférés au bureau de conciliation en vertu de l’article R. 1454-14 précité. Elle énonce que : « *dans un souci de rapidité et d’efficacité, le législateur par le nouveau texte (le décret du 12 sept. 1974) a décidé d’étendre les pouvoirs du bureau de conciliation (...), il lui a aussi donné le pouvoir d’ordonner le règlement de salaires impayés sous forme de provisions sur salaires ou sur indemnité de préavis dans la limite des trois derniers mois à la condition expresse que la juridiction ait reconnu que l’existence de l’obligation n’était pas sérieusement contestable* » ; « *Considérant que les pouvoirs ainsi donnés à une juridiction paritaire sont exceptionnels, ce qui entraîne, en contrepartie, une interprétation stricte de ceux-ci, ladite juridiction ne pouvant par exemple statuer sur des questions dont le texte ne lui a pas expressément déféré la connaissance* ». La Cour de Paris entend dire, que le bureau de conciliation qui statue sur des questions dont la connaissance ne lui a pas été expressément déférée, *excède sans aucun doute* ses pouvoirs. Elle poursuit et énonce : « *qu’en l’espèce, il n’est pas reproché au bureau d’avoir, outrepassé ses pouvoirs ou d’être sorti du cadre de l’art. R. 516-18, puisqu’il a statué sur des salaires dans la limite des trois derniers mois (...)* ».

¹⁷⁵⁸ Sur les rapports ente la violation des textes régissant la procédure de conciliation prud’homale et le grief d’excès de pouvoir, v. *supra* n^{os} 897 à 905.

947. – Il demeure important de préciser que c'est l'appel-nullité qui sanctionne l'excès de pouvoir dont est entachée la décision attaquée, c'est en effet, *précisément* ce recours d'origine prétorienne qui devient *immédiatement recevable par dérogation aux règles du recours différé* pour que soit obtenue la nullité de la décision arguée d'excès de pouvoir. Cette précision est nécessaire car la plupart des décisions ne prennent pas le soin de préciser *la nature véritable* du recours jugé recevable lorsque c'est le recours différé ou, plus précisément l'appel différé qui est en mis en échec. Nous pouvons quand même citer l'arrêt du 10 mai 1976 précité, dans lequel la cour d'appel de Paris énonce clairement que c'est l'appel *voie de nullité*, qui peut sanctionner l'ordonnance arguée d'excès de pouvoir pour laquelle l'appel différé s'applique¹⁷⁵⁹. Un constat analogue résulte, mais de manière moins claire, d'une décision du 13 février 2008¹⁷⁶⁰. Par ailleurs, l'examen du dispositif des décisions rendues sur les recours exercés contre les ordonnances du bureau de conciliation révèle, que ces décisions *se bornent à prononcer la nullité* des ordonnances attaquées¹⁷⁶¹. La constatation que c'est *véritablement* l'appel-nullité qui devient immédiatement recevable pour sanctionner l'excès de pouvoir, lorsque le recours différé est imposé par la loi, conforte l'idée selon laquelle, l'interdiction de tout recours immédiat établie par l'article R. 1454-16 C. trav. s'applique à l'appel *voie de réformation* à l'exclusion de l'appel *voie de nullité*¹⁷⁶², ou – plus simplement – l'appel-nullité.

¹⁷⁵⁹ CA Paris, 10 mai 1976 (Le Parisien Libéré c. Exbourse) précit. : Gaz. Pal. 1976. 1. 389. Pour se prononcer sur la recevabilité de l'appel interjeté contre l'ordonnance du 9 avril 1975 du bureau de conciliation du Conseil de prud'hommes de Paris, aux fins d'en obtenir l'annulation, l'arrêt se prononce sur *la nature du recours* qui doit en principe être employé pour obtenir la nullité des décisions rendues en matière prud'homale, et énonce dans un attendu à portée générale, que : « *cette nullité ne peut être demandée que par les voies de recours prévues par la loi, notamment par l'appel, voie de recours ordinaire ouverte en toutes matières, même gracieuses, contre les jugements de première instance (...)* ». La cour poursuit, appliquant le principe susénoncé à l'ordonnance attaquée, et énonce que : « *cette annulation ne pourrait être décidée actuellement que dans le cadre d'un appel immédiatement recevable (...)* ». En l'espèce, l'appel-nullité a été déclaré irrecevable ; la cour de Paris ayant estimé que les vices entachant l'ordonnance, quelle que fût leur importance, ne peuvent rendre l'appel immédiat recevable, car le bureau de conciliation a statué en respectant le cadre défini par les textes. Sur les faits de l'espèce, ainsi qu'une analyse de la décision, v. *supra* notes 1746, 1749 et 1757. En faveur de cette solution, v. : R. PERROT, obs. pour CA de Paris, 10 mai 1976 (deux espèces) in RTD civ. 1976. 627.

¹⁷⁶⁰ Cass. soc., 13 fév. 2008 précit., n° de pourvoi : 06-43.928. Nous pouvons en effet lire dans le premier attendu de l'arrêt, que les appelants employeurs – en l'occurrence les sociétés EDF et GDF – ont « relevé appel-nullité » des décisions litigieuses du bureau de conciliation. Sur les faits de cet arrêt et une analyse sommaire de la décision, v. *supra* note 1699 sous n° 920.

¹⁷⁶¹ V. par ex. : CA Paris, 20 mars 1975 précit. : Gaz. Pal. 1975. 1. 376 ; RTD civ. 1976. 403, obs. R. Perrot ; *ibid.* 1977. 621, obs. R. Perrot. – CA Riom, 19 nov. 1975 précit. : Gaz. Pal. 1976. 1. 33. – CA Paris, 29 mai 1976 : Gaz. Pal. 1976. 2. 688, note M. Rayroux. – CA Paris, 5 avr. 1995 : D. 1996, somm. 139, obs. P. Julien.

¹⁷⁶² C. LOYER-LARHER, note sous Cass. soc., 5 oct. 1978 in Gaz. Pal. 1978. 1. 52 et les réf. citées.

948. – Cette constatation démontre de même qu’il existe des liens *très étroits* entre l’excès de pouvoir et l’appel-nullité. L’excès de pouvoir constituant *incontestablement*, un des fondements de l’appel-nullité, mais aussi, ce grief est sanctionné par un appel-nullité déclaré *immédiatement recevable* lorsqu’il touche une décision pour laquelle l’appel est différé.

En définitive, c’est la notion d’excès de pouvoir qui permet de déroger à la prohibition de l’appel immédiat et de rendre l’appel *immédiatement* recevable. Notion permettant de *braver* la prohibition légale de l’appel immédiat, il serait à cet égard intéressant de faire le rapprochement entre l’excès de pouvoir et la subsidiarité, celle-ci en tant que notion permettant de *combler* les lacunes du droit.

Sous-par. 4 : Appréciation du lien entre subsidiarité et excès de pouvoir.

949. – L’observation semble indiquer que l’excès de pouvoir constitue souvent la *condition ultime* pour l’ouverture d’un recours là où le législateur entend *restreindre le plus possible*, parfois même *supprimer*, les voies de recours contre une décision de justice.

Il en est notamment ainsi en matière d’arbitrage pratiqué dans le droit du travail. C’est alors qu’en vertu de l’article L. 2524-6 C. trav., les sentences arbitrales rendues dans le cadre d’un accord collectif de travail, ne sont susceptibles d’aucun recours à *l’exception du recours pour excès de pouvoir*. L’article L. 2524-6 dispose : « Les sentences arbitrales sont motivées. Elles ne peuvent faire l’objet que du recours pour excès de pouvoir devant la cour supérieure d’arbitrage (...) ».

Il en est aussi de même en matière d’expropriation ; c’est alors que, l’excès de pouvoir est au nombre des *griefs limitativement définis* par l’article L. 12-5 C. exprop.¹⁷⁶³, permettant d’attaquer l’ordonnance d’expropriation, *la violation de la loi étant exclue en cette matière*.

C’est sous cet angle particulier que l’excès de pouvoir *s’apparente à la subsidiarité*. Et l’on pourrait affirmer qu’il constitue le *fondement typique* des recours exclusifs déterminés par la loi.

¹⁷⁶³ Cass. 3^{ème} civ., 13 avr. 1988 précit. : Bull. civ. 3, n° 74, p. 43 ; D. 1988, somm. 307, obs. P. Carrias.

950. – L'étude de l'effet attaché à l'excès de pouvoir ne nous intéresse pas au seul point de vue de l'admission des recours immédiats, autant que c'est la *particularité* de la notion elle-même que nous voulons mettre en valeur à travers ses « vertus », très controversées d'ailleurs¹⁷⁶⁴, qui permettent de *contourner* la prohibition légale des recours immédiats.

Nous pouvons voir que des liens très étroits existent entre subsidiarité et excès de pouvoir. Si celui-ci a la « vertu » de braver toutes les prohibitions légales¹⁷⁶⁵, la subsidiarité elle, concourt, par le biais de ses diverses applications en droit privé telles l'appel-nullité, à *un but comparable*.

951. – Mais la subsidiarité, se donne – ou plus exactement parlant – possède elle-même les caractéristiques pour s'auto-maîtriser. A dire vrai, elle constitue *en elle-même* un instrument pour contrôler les notions dévastatrices. L'excès de pouvoir est vu aujourd'hui comme une notion *redoutable* qu'il est nécessaire de maîtriser, et c'est vers ce but que s'orientent les dernières tendances de la jurisprudence, qui visent à *épurer* autant que possible la notion pour *limiter* les possibilités qu'elle possède de *braver* les interdictions légales posées à l'exercice des voies de recours¹⁷⁶⁶.

952. – Il est vrai que l'analyse de la jurisprudence ainsi que les développements consacrés à l'excès de pouvoir sont assez longs. Ils se justifient néanmoins *parfaitement* au vu de l'état actuel du droit positif ; la jurisprudence ayant en effet, dans l'arrêt de principe – précité – du 28 janvier 2005¹⁷⁶⁷, limité les cas d'ouverture d'un pourvoi-nullité contre les jugements rendus en dernier ressort qui ne mettent pas fin à l'instance à *la seule constatation d'un excès de pouvoir*, et ceci à *l'exclusion* de la violation des principes fondamentaux de procédure civile, ou de tout autre grief.

953. – Cette nouvelle orientation du droit positif donne encore une plus grande ampleur à la notion d'excès de pouvoir, et justifie l'importance de la *place qu'elle occupe désormais dans l'ouverture des voies de recours subsidiaires*.

¹⁷⁶⁴ V. par ex. les observations critiques de R. PERROT, in RTD civ. 1977. 621. Cet auteur – dont l'opinion a été précédemment citée – considère que l'excès de pouvoir « fait office d'élément perturbateur » dans le déroulement du procès.

¹⁷⁶⁵ V. *supra* n° 852.

¹⁷⁶⁶ Sur cette jurisprudence, v. *infra* n°s 978 et s.

¹⁷⁶⁷ Sur le fameux arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 28 janv. 2005, v. notes 1940, 1666, 1686, 1710, 1724 et 1738.

À côté de l'excès de pouvoir, la violation d'un principe fondamental de procédure civile constitue de même un des fondements de l'appel-nullité.

Par. 2 : La violation d'un principe fondamental de procédure civile.

954. – Il convient en premier de tenter un examen du contenu de la notion de principes fondamentaux de procédure civile (sous-par. 1^{er}), pour par la suite en évaluer la place, au vu de la jurisprudence actuelle, dans la théorie des recours-nullité (sous-par. 2).

Sous-par. 1^{er} : La richesse de la notion de principes fondamentaux de procédure.

955. – Les principes fondamentaux de procédure civile recouvrent une *diversité d'éléments*. Parmi les principes fondamentaux de procédure civile, est notamment compris le principe du *respect des droits de la défense*. Mais ces principes vont bien au-delà de la notion des droits de la défense, et comprennent *notamment* le principe du contradictoire.

La notion de principe fondamental de procédure est assez large et imprécise. Certains arrêts n'emploient pas la formule conventionnelle de « violation d'un principe fondamental de procédure », mais celle plus abrégée d'« irrégularité grossière »¹⁷⁶⁸. La Cour de cassation n'a pas, quant à elle, énuméré limitativement les principes fondamentaux de procédure¹⁷⁶⁹.

Les règles du Code de procédure civile se trouvent en outre, aujourd'hui complétées par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Spécialement, l'article 6 de cette Convention pose le droit pour le citoyen à *un procès équitable*¹⁷⁷⁰.

¹⁷⁶⁸ CA Douai, 16 juill. 1987 : Gaz. Pal. 1987. 2. 693 ; JCP (E) 1988. 2. 15114, n° 11, obs. M. Cabrillac et M. Vivant.

¹⁷⁶⁹ Ch. LEBEL, note sous Cass. com., 28 mai 1996 in Pet. Aff. du 9 mai 1997, n° 56, p. 13.

¹⁷⁷⁰ Soulignons que la jurisprudence, notamment, en droit des procédures collectives, fait application de l'article 6 précité de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, sans – fait significatif – faire aucunement référence à un texte du Code de procédure civile, ou à tout autre texte de nature interne, v. par ex. : Cass. com., 11 mars 1997 : D. 1997, IR. 87 ; D. aff. 1997. 483 ; *ibid.* 396.

Sur le texte de cet article, v. *supra* note 1481 sous n° 828.

956. – Le principe du respect des droits de la défense constitue une notion cohérente et jouissant d’une certaine *autonomie*¹⁷⁷¹ par rapport aux autres principes et concepts désignés sous l’expression générique de « principes fondamentaux de procédure civile ». Sera ainsi étudié en premier, le principe du respect des droits de la défense (A), pour que par la suite soient examinés les autres principes et éléments compris parmi les principes fondamentaux de procédure (B).

A. – Le principe du respect des droits de la défense.

957. – Il n’est pas de doute que l’inviolabilité des droits de la défense constitue l’un des principes généraux *les plus essentiels* du droit judiciaire¹⁷⁷², et, le libre exercice de ceux-ci est un principe non écrit mais *immuable et impératif* du droit positif¹⁷⁷³.

Le principe du respect des droits de la défense est consacré dans un texte *fondamental* du Code de procédure civile, qui en est l’article 14. Ce texte dispose :
« Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée ».

Ce texte de portée générale est complété par les dispositions de celui qui lui succède ; l’article 15 du même Code donne les prescriptions qui permettent de *concrètement* mettre en œuvre ce principe. Ce texte dispose :
« Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu’elles produisent et les moyens de droit qu’elles invoquent, afin que chacune soit à même d’organiser sa défense ».

958. – Le Code de procédure civile contient également d’autres textes qui *convergent* vers le principe du respect des droits de la défense. Il en est notamment ainsi de l’article 455 qui impose au juge l’obligation de motiver ses jugements. Ce texte dispose :
« Le jugement doit exposer succinctement les prétentions des parties et leurs moyens. (...). Le jugement doit être motivé ».

¹⁷⁷¹ Rapp. : N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n° 272.

¹⁷⁷² P. HÉBRAUD, obs. in RTD civ. 1964. 160. – J. NORMAND, obs. in RTD civ. 1978. 185. – J. LEMÉE, *La règle « pas de nullité sans grief » depuis le nouveau Code de procédure civile*, RTD civ. 1982. 23, spéc. p. 49, n° 49.

¹⁷⁷³ M. KIRSCH, concl. précit. pour CA Paris, 10 mai 1976 in Gaz. Pal. 1976. 1. 426.

A la différence des articles 14 et 15 précités qui se situent dans le chapitre relatif aux « principes directeurs du procès », plus précisément sous la section quatrième qui se rapporte à la « contradiction ». L'article 455 est contenu dans son Titre XIV qui est relatif au *jugement*. Il se situe dans le chapitre premier de ce titre qui se rapporte aux « dispositions générales », et succède à l'article 454 qui énumère les mentions indispensables à la validité du jugement.

959. – A côté de ces textes du Code de procédure civile qui imposent de manière franche le principe du respect des droits de la défense, celui-ci *inspire* de même plusieurs lois de la République française¹⁷⁷⁴. Cependant, aucune de ces lois n'en donne une *définition exhaustive*¹⁷⁷⁵. Ceci démontre la difficulté qu'on a à définir la notion.

960. – Il est quand même possible de concevoir une idée des droits de la défense en juxtaposant les textes qui les consacrent¹⁷⁷⁶. En analysant ces différents textes, il peut être formé un concept général du principe du respect des droits de la défense.

961. – En droit libanais, le nouveau Code de procédure civile édicte des règles analogues à celles précitées, qui visent à *assurer le respect des droits de la défense*. C'est ainsi que l'article 372 NCPC lib. dispose que :

« Il ne peut absolument être prononcé de jugement contre une partie qui n'a pas été entendue ou été mise en mesure de se défendre ».

Il existe de même dans le Code libanais un texte comparable à l'article 455 CPC ; il s'agit de l'article 537 NCPC lib. Il résulte de ce texte, modifié par le décret-loi n° 20/1985, que la motivation est au nombre des mentions obligatoires du jugement et que l'omission de motiver celui-ci le rend *annulable*.

962. – La jurisprudence ne manque pas d'illustrations de griefs jugés comme constitutifs de violations des droits de la défense. Il a ainsi été décidé, que les droits de la défense ne sont pas respectés lorsqu'une partie a été assignée à une fausse adresse, ce qui a entraîné *des doutes sur la régularité de la procédure*¹⁷⁷⁷.

¹⁷⁷⁴ F. LUCHAIRE, note sous Cons. constit., 23 janv. 1987 in D. 1988, jur. 120. L'auteur cite comme exemples de lois s'inspirant du respect des droits de la défense, les lois du 8 déc. 1887 sur l'instruction criminelle et la loi de finances du 22 avr. 1905 sur la communication personnelle de son dossier à tout agent public susceptible de faire l'objet d'une sanction disciplinaire, d'un déplacement d'office ou d'un retard dans l'avancement dans l'ancienneté.

¹⁷⁷⁵ F. LUCHAIRE, note précit. sous Cons. constit., 23 janv. 1987 in D. 1988, jur. 120, 2^{ème} col.

¹⁷⁷⁶ En ce sens : F. LUCHAIRE, *ibid.*, jur. 120, 2^{ème} col.

¹⁷⁷⁷ CA Paris, 4 oct. 1976 précit. : D. 1977, jur. 28, note Ch. Bettinger ; RTD civ. 1977. 191, note R. Perrot. En l'espèce, le tribunal de commerce de Paris a rendu un jugement le 27 janvier 1976. La défenderesse avait été assignée à une adresse qui n'était pas la sienne, ce qui a donné lieu à une

Il a de même été décidé que viole les droits de la défense, le bureau de conciliation des conseils de prud'hommes qui a jugé comme *défaillante* une partie qui a été représentée à une audience par son avocat¹⁷⁷⁸.

963. – Mais le plus important aujourd'hui demeure de savoir, que le Conseil constitutionnel¹⁷⁷⁹ et après lui, la Cour de cassation¹⁷⁸⁰, ont reconnu au respect des droits de la défense la valeur de *principe constitutionnel* qui plus, s'applique *en tout domaine*¹⁷⁸¹. Les droits de la défense résultent, selon le Conseil constitutionnel, des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »¹⁷⁸².

964. – Certains auteurs ont parlé d'un *ordre public procédural*¹⁷⁸³. Nous pensons que le respect des droits de la défense *s'inscrit* dans cet ordre public procédural, car le principe du respect des droits de la défense *gouverne l'instance civile*¹⁷⁸⁴.

965. – La sanction apportée à l'atteinte aux droits de la défense se concrétisait *parfaitement* dans l'application de l'appel-nullité. La construction jurisprudentielle de cette voie de recours reposait en effet sur le principe du respect des droits de la défense, considéré comme *notion d'ordre public*¹⁷⁸⁵. La jurisprudence décidait ainsi que la violation des droits de la défense constituait un *grief suffisant* pour fonder l'appel-nullité¹⁷⁸⁶.

signification à parquet. La première signification du jugement, en date du 5 avril 1976 a eu lieu également au parquet, en raison de la même erreur d'adresse. La requérante invoquait la nullité de la procédure et la violation des droits de la défense et faisait valoir qu'elle n'avait jamais reçu l'assignation d'origine qui portait une fausse adresse. Elle faisait aussi valoir qu'elle craignait la poursuite de l'exécution provisoire à l'égard de ses biens immobiliers. Elle invoquait ainsi la nullité de la procédure.

¹⁷⁷⁸ CA Paris, 10 mai 1976 précit. : Gaz. Pal. 1976. I. 424, concl. M. Kirsch, note anon.

¹⁷⁷⁹ Cons. constit., 23 janv. 1987 : D. 1988, jur. 117, note F. Luchaire. – V. aussi : N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n° 272.

¹⁷⁸⁰ La plus Haute juridiction de l'ordre judiciaire, a, quant à elle, proclamé ceci dans un arrêt qui est, sans aucun doute, un arrêt de principe : Ass. plén., 30 juin 1995 : JCP 1995. 2. 22478, concl. M. Jéol, note A. Perdriau ; D. 1995. 513, note R. Drago. La Cour y énonce que : « *Attendu que la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel* ».

¹⁷⁸¹ F. LUCHAIRE, note précit. sous Cons. constit., 23 janv. 1987 in D. 1988, jur. 120, 2^{ème} col. – N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n° 279.

¹⁷⁸² N. MOLFESSIS, *ibid.*, n° 274 et n°s 298 à 300.

¹⁷⁸³ A. FISSELIER, *op. cit.*, n° 217, p. 187. – P. RAYNAUD, *L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction. Les vicissitudes de l'article 16*, in Mélanges Pierre Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 715, spéc. p. 729, n° 22. – O. BARRET, note précit. sous Cass. com., 15 janv. 1991 : JCP (E) 1991. 2. n° 165, p. 148. – Ch. LEFORT, thèse précit., p. 870, n° 1042.

¹⁷⁸⁴ G. WIEDERKEHR, *Le principe du contradictoire*, D. 1974, chron. 95.

¹⁷⁸⁵ P. ROLAND-LEVY, note sous Cass. 2^{ème} civ., 7 juin et 30 nov. 1978 in Rev. arb. 1979. 347.

¹⁷⁸⁶ V. par ex. : CA Paris, 17 janv. 1989 : D. 1989, somm. 182, obs. P. Julien. Cet arrêt vise expressément la violation de l'article 14 CPC précité, pour décider dans le sens de la recevabilité de l'appel-nullité.

Le principe du respect des droits de la défense *imprègne l'intégralité du droit privé* ; ce principe peut se concrétiser dans un procès devant les juridictions étatiques, aussi bien que dans le cadre d'une instance arbitrale¹⁷⁸⁷.

Plus, les griefs jugés comme constitutifs d'atteintes aux droits de la défense par une juridiction arbitrale, ont vocation à recevoir *la même condamnation* devant les juridictions étatiques. Ainsi, si ces mêmes griefs avaient été commis devant les juridictions étatiques, ils seraient *également* jugés comme constitutifs d'atteintes aux droits de la défense¹⁷⁸⁸.

Le fait que les griefs constitutifs d'atteintes aux droits de la défense soient communs à la procédure civile appliquée devant les tribunaux étatiques et aux règles de procédure applicables devant les tribunaux arbitraux, *ne doit pas étonner*, car les droits de la défense sont *constitutifs d'une règle d'ordre public* et découlent des principes fondamentaux de procédure civile¹⁷⁸⁹.

966. – Une jurisprudence séculaire, a en effet donné *valeur de principe* aux droits de la défense ; elle décidait que *nul ne peut être jugé sans avoir été dûment entendu et ait été mis en mesure de se défendre*¹⁷⁹⁰.

967. – La protection des droits de la défense revêt une importance considérable au regard de la jurisprudence, à tel point qu'il a été jugé que leur violation justifie *la suspension de l'exécution provisoire*¹⁷⁹¹.

¹⁷⁸⁷ Pour une illustration d'une atteinte aux droits de la défense dans le cadre d'une instance arbitrale, v. *infra* n^{os} 1062 et s. et 1068.

¹⁷⁸⁸ Pour une illustration de cette règle : Cass. 2^{ème} civ., 13 nov. 1969 : Bull. civ. 2, n^o 305, p. 224 ; JCP 1970. 2. 16209, note P. Level. Cet arrêt énonce dans un attendu que l'on peut qualifier de principe que : « *Attendu que l'obligation de communiquer à l'adversaire les pièces dont il est fait usage devant une juridiction, ne s'applique qu'aux documents remis aux juges par l'une des parties en vue d'établir ses prétentions, qu'elle ne s'étend pas aux avis dont une partie a pu s'entourer avant d'introduire le litige et dont seule elle a à apprécier l'opportunité de les remettre au Tribunal* ». En l'espèce, des particuliers et une société anonyme (la société anonyme des Galeries Lafayette) entre lesquels s'était élevé un différend, conclurent un compromis dans lequel chacun a désigné un arbitre et ils ont renoncé au droit de faire appel de la sentence. Les deux arbitres, après avoir constaté leur désaccord ont désigné un troisième arbitre. Le tribunal arbitral ainsi formé par les trois arbitres, a rendu la sentence. La société anonyme a interjeté appel de la sentence rendue en alléguant qu'elle avait appris après le prononcé de la sentence, que l'arbitre désigné par l'autre partie avait, antérieurement au compromis, donné une consultation écrite à celle-ci à propos du différend soumis à l'arbitrage. La cour d'appel a déclaré l'appel irrecevable au motif que la non-communication de la consultation en question ne constituait pas une atteinte aux droits de la défense. La société anonyme se pourvut en cassation contre l'arrêt d'appel. Le pourvoi fut rejeté pour le motif susindiqué dans l'attendu.

¹⁷⁸⁹ Sur ce dernier point, v. *supra* n^o 834.

¹⁷⁹⁰ Cass. civ., 7 mai 1828 : S. 1828. 1. 329. L'arrêt énonce : « *Que la défense étant de droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre (...)* ». Plus récemment, des décisions insistent sur l'impératif que l'assignation soit faite de telle sorte que le défendeur puisse assurer sa défense, v. : Cass. 2^{ème} civ., 7 juin 1974 : Bull. civ. 2, n^o 189, p. 158. L'arrêt après avoir dans le visa cité « le principe du respect des droits de la défense », énonce : « *Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes (les articles 61 et 415 de l'ancien Code de procédure civile) que toute personne citée à comparaître devant un tribunal de commerce doit être avisée dans des conditions telles qu'elle puisse assurer ou faire assurer sa défense ; qu'à cet effet, l'exploit introductif d'instance*

Cet impératif de protection se révèle de même lorsque tout effet dévolutif à l'appel-nullité est refusé, dans le cas où l'acte introductif d'instance *est entaché de nullité*¹⁷⁹². On estime que, dans une telle hypothèse, les droits de la défense *n'ont pas pu être valablement exercés* par la partie atraite en justice.

La protection des droits de la défense est également d'une importance telle, qu'en droit des faillites leur violation a justifié *l'annulation* par la jurisprudence de l'intégralité de procédures de règlement judiciaire ou de liquidation de biens lorsque ces procédures ont eu pour point de départ une *assignation irrégulière*, ne garantissant pas le respect des droits de la défense¹⁷⁹³.

doit contenir l'indication du jour de la comparution ». – V. aussi : Cass. 2^{ème} civ., 8 déc. 1976 : D. 1977, jur. 543, note A. Bénabent ; RTD civ. 1978. 184, obs. J. Normand.

¹⁷⁹¹ V. CA Paris, 4 oct. et 26 nov. 1976 : D. 1977, jur. 28, note Ch. Bettinger ; RTD civ. 1977. 191, note R. Perrot. La suspension de l'exécution provisoire constitue une exception au principe applicable à la matière, qui est régie par l'article 524 CPC qui en est le texte principal. Les deux espèces mettaient en cause l'application de l'article 524 précité. En son alinéa premier, ce texte dispose : « Lorsque l'exécution provisoire a été ordonnée, elle ne peut être arrêtée, en cas d'appel, que par le premier président statuant en référé et dans les cas suivants :

1° Si elle est interdite par la loi ;

2° Si elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ; dans ce dernier cas, le premier président peut aussi prendre les mesures prévues aux articles 517 à 522 ».

Dans les deux espèces, la cour de Paris relevait que les demandeurs *n'ont pas pu faire valoir leurs moyens de défense*. Dans l'ordonnance du 4 octobre 1976, la cour de Paris a qualifié cette atteinte de « difficulté sérieuse ». En revanche, dans celle du 26 novembre, la cour se contente d'énoncer que « l'exécution de la mesure dont s'agit peut être suspendue », tout en précisant que le requérant offre de consigner les sommes objet de la réclamation. Cette dernière précision amoindrit considérablement la portée de l'ordonnance quant à la sanction de la violation des droits de la défense par la suspension de l'exécution provisoire. En revanche, l'ordonnance du 4 octobre se présente en termes plus généraux et a une portée plus importante. Sur les faits qui ont donné lieu à l'ordonnance du 4 octobre 1976 précitée, v. *supra* note 1777 sous n° 962. La violation des droits de la défense peut être incluse dans la deuxième série de dérogations prévues par l'alinéa premier de cet article, savoir « les conséquences manifestement excessives » qui peuvent découler de la poursuite de l'exécution provisoire.

V. aussi dans le même sens : CA Aix-en-Provence, 28 fév. 1983 : D. 1984, somm. 241, obs. P. Julien.

V. aussi : P. JULIEN, obs. pour CA Paris, 20 janv. 1987 in D. 1987, somm. 232.

¹⁷⁹² Cass. com., 4 janv. 2005 : Bull. civ. 4, n° 2, p.1 ; D. 2005. 280, obs. A. Lienhard ; *ibid.* 2006. pan. 548, note P. Julien et N. Fricéro ; RTD civ. 2005. 636, obs. R. Perrot. Le refus de l'effet dévolutif se justifie par la considération que le premier degré de juridiction *n'ayant pas effectivement existé*, le défendeur n'a pas pu valablement organiser sa défense.

¹⁷⁹³ V. déjà sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 sur la faillite et le règlement judiciaire : Cass. com., 22 déc. 1975 : Bull. civ. 4, n° 311, p. 259 ; Gaz. Pal. 1976. 1. 275, note R. P. ; D. 1976, IR. 90 ; RTD civ. 1976. 406, n° 12, obs. R. Perrot ; *ibid.* 1977. 626, n° 15, obs. R. Perrot. En l'espèce, l'assignation à jour fixe du débiteur en règlement judiciaire *n'avait pas respecté le délai de comparution*. Le défendeur condamné dans ces conditions par les premiers juges, interjeta appel. La cour d'appel, constatant que le délai de comparution n'avait pas été respecté, annula le jugement. Mais, s'estimant saisie du fond par l'effet dévolutif de l'appel, elle statua sur le fond. La Cour de cassation a censuré l'arrêt qui lui était déféré pour avoir brûlé les étapes. Avant de s'emparer du fond, la cour d'appel aurait dû répondre aux conclusions de l'appelant qui invoquait *la nullité de l'assignation*. Rien en réalité n'avait été jugé, *faute d'assignation valable* ayant régulièrement saisi le tribunal. – CA Paris, 19 nov. 1976 : JCP 1977. 2. 18584, note J. A. ; RTD civ. 1977. 626, obs. R. Perrot. En l'espèce, une assignation avait bien été délivrée au défendeur, mais à une adresse erronée et dans des conditions assez suspectes. Celui-ci n'a pu comparaître en première instance ni faire assurer sa défense. Ceci n'a cependant pas empêché le tribunal de le condamner par un jugement réputé contradictoire. La cour de Paris, constatant que l'irrégularité de l'assignation avait eu « pour effet de priver Santoni (le défendeur) d'un degré de juridiction » et entraîné « une violation des droits de la défense », prononça la nullité de l'assignation et, « par voie de conséquence », celle du jugement. – CA Aix-en-Provence, 17 déc. 1976 : D. 1977, IR. 261, note P. Julien ; RTD civ. 1977. 627, obs. R. Perrot. Dans l'affaire qui a été soumise à la cour d'Aix-en-Provence, les premiers juges avaient prononcé la conversion du débiteur en liquidation des biens, sans assignation ni

Dans le même ordre d'idées, la gravité de l'irrégularité qui atteint un acte de procédure se caractérise par une *atteinte* aux droits de la défense¹⁷⁹⁴.

968. – Il existe une tendance assez commune de ramener les droits de la défense au principe du contradictoire. Or, les droits de la défense *vont bien au-delà du principe du contradictoire*¹⁷⁹⁵.

Le principe du contradictoire commande que chaque partie fasse connaître à son adversaire les pièces et les documents soumis au juge afin que celui-là puisse les discuter et faire connaître au juge l'interprétation différente qu'il peut leur donner.

Il faut admettre que les liens existant entre principe du contradictoire et droits de la défense sont *assez étroits*. Une jurisprudence ancienne décidait, en effet, que le tribunal qui ne soumet pas un élément de décision à la discussion des parties, *viole les droits de la défense*¹⁷⁹⁶.

Nous pensons que concernant ces liens, le raisonnement le plus adéquat consisterait à considérer que les droits de la défense constituent le « principe », alors que la faculté de contradiction *n'en est qu'une application*¹⁷⁹⁷. Ainsi, les droits de la défense ne consisteraient pas *seulement* dans le respect du principe du contradictoire¹⁷⁹⁸.

convocation de celui-ci par les soins d'un greffier. La cour a annulé non seulement le jugement objet de l'appel, mais aussi toute la procédure dont il était l'aboutissement et notamment la saisine du tribunal. – CA Aix-en-Provence, 28 janv. 1977 : D. 1978, jur. 84, note F. Derrida. En l'espèce, la cour d'Aix statue sur le fond et prononce la conversion du règlement judiciaire en liquidation des biens ; mais elle ne le fait que parce que le débiteur en règlement judiciaire ne lui avait pas demandé d'annuler l'assignation avec toutes les conséquences qui en résultaient. Elle était seulement saisie d'une demande d'annulation du jugement, annulation qu'elle avait prononcée ; elle aurait statué *ultra petita* si elle avait annulé aussi l'assignation.

Soulignons qu'à l'instar de ce qui a été décidé par la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 22 décembre 1975, les arrêts rapportés de la cour de Paris du 19 novembre 1976 et, de la cour d'Aix-en-Provence du 17 décembre 1976 n'ont pas admis l'effet dévolutif qui s'attache normalement à l'appel en vertu de l'article 562, al. 2 CPC. En effet, dans les procédures de règlement judiciaire en cause, les actes introductifs d'instance étaient affectés de vices, ce qui impliquait que la saisine du tribunal *n'a pas pu être valablement faite* et l'appel interjeté contre ces décisions *n'a pu déférer* aux cours d'appel la connaissance des litiges dont les premiers juges n'ont pu être valablement saisis, ce qui – naturellement – *empêchait* l'effet dévolutif de l'appel de pouvoir valablement jouer. Sur le texte de l'article 562, al. 2 CPC, v. *supra* note 1039 sous n° 539.

¹⁷⁹⁴ Y. LOBIN, *La notion de grief dans les nullités des actes de procédure*, in Mélanges dédiés à Jean Vincent, Dalloz 1981, p. 233, spéc. p. 239.

¹⁷⁹⁵ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n° 282.

¹⁷⁹⁶ Cass. civ., 20 nov. 1889 : D.P. 1889. 1. 54. – Pour une jurisprudence plus récente, v. : CA Aix-en-Provence, 19 mars 1963 : D. 1963, jur. 524, note anon.

¹⁷⁹⁷ H. MOTULSKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, *op. cit.*, spéc. n° 12, p. 183. – G. BOLARD, *Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky*, JCP 1993. 1. 3693, spéc. n°s 14 et 15.

¹⁷⁹⁸ G. WIEDERKEHR, *Droits de la défense et procédure civile*, *op. cit.*, p. 36. – B. BOCCARA, *La procédure dans le désordre : I.- Le désert du contradictoire*, JCP 1981. I. 3004, spéc. n° 20. Cet auteur estime que : « Le contradictoire n'est qu'une partie de tout ce que constituent les droits de la défense et qui, dans une certaine mesure, se confondent avec le droit à la justice ».

Le contenu des droits de la défense recouvre les droits qui ont pour objet d'assurer un *procès équitable*, comme le droit à la contradiction, mais aussi les droits qui offrent aux justiciables une possibilité de contrôle de l'activité juridictionnelle, comme les voies de recours¹⁷⁹⁹.

969. – A la différence de ce qui en est par rapport au principe du contradictoire, et comme nous l'avons déjà souligné, aucun texte de loi n'édicte *de manière générale* l'obligation pour le juge de respecter les droits de la défense¹⁸⁰⁰. Ceci consolide ce qui a été dit : les droits de la défense constituent une notion *plus large* que le principe du contradictoire, celui-ci étant considéré comme une *assise* de ceux-ci¹⁸⁰¹, ou, *au moins*, comme une « espèce particulière des droits de la défense »¹⁸⁰².

Seront examinés dans ce qui va suivre les principes fondamentaux de procédure civile au nombre desquels figure le principe du contradictoire.

B. – Les principes fondamentaux de procédure civile autres que le respect des droits de la défense.

970. – Cet intitulé indique que les règles essentielles de procédure, excepté le respect des droits de la défense, *ne revêtent pas un caractère limitatif*.

Il peut s'agir, notamment, du principe du contradictoire. Le droit de la procédure civile reconnaît et protège ce principe ; il est régi aux articles 14 à 17 CPC. C'est plus spécialement l'article 16 CPC qui impose au juge le respect du principe du contradictoire, ce texte dispose :

« Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.

Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

¹⁷⁹⁹ G. WIEDERKEHR, *Droits de la défense et procédure civile*, op. cit., p. 36. – G. BOLARD, *Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky*, JCP 1993. I. 3693, spéc. n°^s 13 et s.

¹⁸⁰⁰ Sur ce point, v. *supra* n°^s 957 à 961.

¹⁸⁰¹ G. WIEDERKEHR, *Le principe du contradictoire*, op. cit., p. 95, 1^{ère} col. L'auteur estime que le principe du contradictoire constitue, l'élément central des droits de la défense. – R. MARTIN, *De la contradiction à la vérité judiciaire*, Gaz. Pal. 1981. I. doct. 209, n° 1.

¹⁸⁰² N. MOLFESSIS, op. cit., n° 285, p. 229, *in fine*.

La jurisprudence en vigueur sous l'ancien Code de procédure civile œuvrait à protéger le principe du contradictoire ; elle interprétait de manière *restrictive* les dispositions législatives qui dérogeaient à l'obligation d'instituer un débat contradictoire¹⁸⁰³.

971. – Cependant, ce principe auquel a été reconnue valeur *constitutionnelle*¹⁸⁰⁴, dont le Conseil d'Etat a toujours défendu le respect¹⁸⁰⁵, et qui était considéré depuis toujours comme « *principe essentiel du débat judiciaire* »¹⁸⁰⁶, et devant, par conséquent, demeurer *incontournable*¹⁸⁰⁷, a, malheureusement, *perdu* sa place d'autrefois en droit positif, de sorte que la jurisprudence *ne considère plus* que sa violation soit constitutive d'excès de pouvoir et n'ouvre donc plus la voie à l'appel-nullité¹⁸⁰⁸.

972. – En droit libanais, le principe du contradictoire est de même expressément consacré dans les textes du Code de procédure civile. Il y est affirmé à l'article 373 NCPC lib. qui est analogue à l'article 16 précité.

¹⁸⁰³ Cass. com., 23 nov. 1955 : JCP 1956. 2. 9159. En l'espèce, des contribuables étaient redevables envers le Fisc de taxes sur le chiffre d'affaires. L'Administration des contributions indirectes a présenté une requête devant le tribunal civil, tendant à ordonner, en vertu de l'article 1909 CGI, la vente du fonds de commerce appartenant à ces contribuables. Sur appel des contribuables, la Cour d'appel a annulé l'ordonnance rendue par le tribunal civil au motif que la seule dérogation apportée par l'article 1909 précité à l'article 15 de la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, vise l'autorité appelée à statuer sur la mise en vente du fonds de commerce, et qu'en conséquence lorsque le Trésor use de la faculté instituée par l'article 1909, il doit observer toutes les autres dispositions de l'article 15 de la loi du 17 mars 1909. L'Administration des contributions indirectes se pourvut alors en cassation, en soutenant qu'en vertu de l'article 1909 CGI le président du tribunal civil peut se prononcer sur la requête de l'Administration aux fins de vente du fonds de commerce d'un débiteur d'impôts sans qu'il soit besoin de recourir à un débat contradictoire. Pour rejeter le pourvoi, adoptant une interprétation restrictive des textes dérogatoires au principe du contradictoire, la Chambre commerciale énonça : « *Mais attendu que le texte précité (l'article 1909 CGI), dérogeant à l'article 15 de la loi du 17 mars 1909, doit être interprété strictement ; qu'à défaut d'une disposition expresse autorisant le président du tribunal à statuer sans que le débiteur ait été appelé à faire valoir ses moyens de défense, c'est à bon droit que la Cour d'appel a décidé que la vente du fonds de commerce des époux Coulon (les débiteurs) ne pouvait être régulièrement ordonnée qu'à la suite d'un débat entre les parties intéressées* ». Actuellement, le fonds de commerce est régi par les articles L. 141-1 à L. 143-23 C. com. Ces textes regroupent différentes lois intégrées au Code de commerce, et qui se rapportent au fonds de commerce, notamment la loi du 17 mars 1909. L'article 15 de la loi en question est l'actuel article L. 143-3 C. com.

¹⁸⁰⁴ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n° 283.

¹⁸⁰⁵ P. RAYNAUD, *L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction. Les vicissitudes de l'article 16*, art. précit., spéc. pp. 721-722, n°s 8 et 9, et les réf. citées. La haute juridiction administrative a été saisie d'un recours pour excès de pouvoir contre diverses dispositions du Code de procédure civile, elle a notamment affirmé que l'article 16, al. 1^{er} tel qu'il résulte du décret n° 1123 du 5 décembre 1975, était *contraire aux principes généraux du droit*, elle l'a annulé dans sa décision du 12 octobre 1979, précisant que pour ce texte, l'annulation avait eu lieu en tant qu'« *il (l'article 16) dispense le juge d'observer le principe de la contradiction des débats, lorsqu'il relève d'office un moyen de pur droit* ». V. : Cons. d'Et., 12 oct. 1979 : JCP 1980. 2. 19288, note J. Boré.

¹⁸⁰⁶ V. par ex. : J.-M. MARCHI, note sous CA Paris, 22 mars 1989 in Gaz. Pal. 1990. 1. 165, 2^{ème} col.

¹⁸⁰⁷ J.-M. MARCHI, *ibid.*, 165, 2^{ème} col.

¹⁸⁰⁸ V. Cass. 2^{ème} civ., 17 nov. 2005 précit. : Bull. civ. 2, n° 293, p. 260 ; D. 2005, AJ. 3085, obs. A. Lienhard. C'est cet arrêt qui a posé dans un attendu de principe que, *la violation du principe du contradictoire n'était pas constitutive d'excès de pouvoir*. Sur cet arrêt, v. *supra* note 1687. Soulignons néanmoins que cette solution a été annoncée dans un arrêt qui lui est antérieur, v. : Cass. com., 11 fév. 2004, n° de pourvoi : 01-14.198.

973. – A côté du principe du contradictoire, l'obligation de motivation des jugements est au nombre des principes fondamentaux de procédure civile. On a considéré celle-ci comme faisant partie des *garanties constitutionnelles* incluses dans les droits de la défense¹⁸⁰⁹.

Il n'est pas de doute que la motivation des jugements constitue l'une des obligations du juge, mais aussi et surtout *une garantie de bonne justice*.

L'obligation de motivation des jugements fait *assurément* partie des principes fondamentaux de procédure civile. Ainsi l'infraction apportée à celle-ci a été considérée comme constitutive de *la violation d'un principe fondamental de procédure civile*¹⁸¹⁰.

¹⁸⁰⁹ N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n° 291.

¹⁸¹⁰ Cass. com., 30 mars 1993 précit. : Bull. civ. 4, n° 132, p. 89. En l'espèce, deux sociétés, la société Smil Leperck et la société Transports Leperck ont été mises en redressement judiciaire par deux jugements rendus le même jour. Le même représentant des créanciers a été désigné pour les deux procédures collectives. Une créancière de l'une des sociétés, la société Smil Leperck, procéda à la déclaration de sa créance accompagnée de bons de commande, factures et lettres de change impayées. Le représentant des créanciers a, en application de l'article 24 de la loi du 25 janvier 1985, soumis à l'accord de la société les propositions formulées pour le règlement des dettes de la société Smil Leperck en vue de l'élaboration de son plan de redressement. Il l'a avisée par lettre, que la créance déclarée relevait du passif non de la société Smil Leperck mais de la société Transports Leperck. Le juge-commissaire rendit deux ordonnances le même jour ; il a admis la créance à l'égard de la société Transports Leperck et l'a rejetée à l'égard de la société Smil Leperck. Celle-ci et le représentant des créanciers ont demandé à la cour d'appel de déclarer irrecevable le recours formé par sa créancière contre les deux ordonnances, faute pour cette dernière d'avoir répondu dans le délai prévu à l'article 54 de la loi du 25 janvier 1985 à l'avis qui lui avait été adressé en vertu de ce texte. La cour d'appel a annulé ces ordonnances et a admis la créancière au passif de la société Smil Leperck. La société Transports Leperck et la société venant aux droits de la société Smil Leperck se sont pourvues en cassation. Elles reprochaient à la cour d'appel d'avoir accueilli le recours en appel-nullité, en violation de la limitation aux voies de recours instituée par l'article 102, al. 2 de la loi du 25 janvier 1985. En réponse au pourvoi, la Cour de cassation commence par affirmer le principe de recevabilité de l'appel pour sanctionner par la nullité la violation d'un principe fondamental de procédure, en ces termes : « *Attendu qu'aucune disposition ne peut interdire de faire constater selon les voies de recours du droit commun la nullité d'une décision rendue en violation d'un principe essentiel de procédure telle l'obligation de motivation des jugements* ». Mais, sur la troisième branche du moyen, la Cour rappelle en ces termes, l'obligation pour le juge d'appliquer le principe de la contradiction : « *Attendu que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* ».

Constatant que la cour d'appel a accueilli l'appel-nullité et, a annulé les ordonnances attaquées « sans avoir invité les parties à présenter leurs observations », la Cour de cassation cassa l'arrêt attaqué sur le fondement des articles 455, al. 1^{er} et 458 CPC, textes qui *notamment* imposent au juge l'obligation de motiver ses jugements.

L'arrêt du 30 mars 1993 se présente assurément comme un arrêt de principe. Bien que rendu en application de textes qui ont été abrogés, il conserve toujours une valeur certaine en ce qu'il réaffirme une jurisprudence inaugurée par un célèbre arrêt de la Chambre commerciale rendu le 6 mars 1984. Sur cette jurisprudence, v. *infra* note 1914 sous n° 1038.

V. aussi qui reprend le même attendu : Cass. com., 6 déc. 1994 précit., n° de pourvoi : 92-18.158. – V. aussi qui réaffirme très clairement la solution : Cass. com., 17 mai 1994, n° de pourvoi : 92-11.008. Pour l'attendu – de principe – de cet arrêt, v. *infra* note 1818 sous n° 978. – V. aussi : CA Dijon, 23 oct. 2001 précit. : JCP 2002. 4. 1348.

L'obligation de motivation des jugements a acquis en droit positif une importance telle, qu'une jurisprudence, autrefois constante, exigeait que l'arbitre, statuant comme amiable compositeur, *motive sa sentence*¹⁸¹¹. Cette orientation était d'autant plus importante, que le contrôle de la motivation, imposée à l'amiable compositeur, *s'exerçait par le jeu de l'appel-nullité*¹⁸¹².

Concernant également la motivation des sentences arbitrales ; les solutions applicables aux jugements ont été étendues aux sentences arbitrales rendues en droit interne. Il résulte d'une décision du 7 janvier 1999 que la contradiction de motifs d'une sentence arbitrale *doit résulter des énonciations de la sentence elle-même*¹⁸¹³.

974. – Rappelons cependant, que la jurisprudence la plus récente *ne considère plus* la violation de l'obligation de motivation comme constitutive d'excès de pouvoir¹⁸¹⁴. L'obligation de motivation a donc, malheureusement, *perdu* la caractéristique qu'elle possédait autrefois, de pouvoir valablement ouvrir la voie à l'appel-nullité. Et, par conséquent, la jurisprudence précédemment évoquée est sérieusement *remise en cause*, pour ne pas dire, bel et bien *caduque*.

975. – A côté de l'obligation de motivation des jugements, le principe du contradictoire est *au cœur des principes fondamentaux de procédure civile*. Et, à l'instar de ce qui a été décidé à propos de la sanction attachée à la violation des droits de la défense en matière d'exécution provisoire, la jurisprudence décide de même que la violation du principe de la contradiction, *peut justifier l'arrêt de l'exécution provisoire*¹⁸¹⁵. La consécration de cette solution, est une manifestation *éclatante* de l'importance dont jouit le principe du contradictoire, qui, s'il est vrai constitue une *des applications des droits de la défense*, possède la caractéristique *d'égaliser* ceux-ci dans la particularité qu'il possède de *pouvoir arrêter l'exécution provisoire*.

¹⁸¹¹ E. LOQUIN, *L'obligation pour l'amiable compositeur de motiver la sentence*, Rev. arb. 1976. 223, spéc. pp. 228-229 et les réf. citées.

¹⁸¹² E. LOQUIN, *ibid.*, p. 229.

¹⁸¹³ Cass. 2^{ème} civ., 7 janv. 1999 précit. : Rev. arb. 1999. 272, note D. Foussard.

¹⁸¹⁴ V. Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007 précit. : Bull. civ. 1, n° 61, p. 56 ; Gaz. Pal. 21 juill. 2007, n° 202, p. 32 ; *ibid.* 18 mars 2008, n° 78, p. 17 ; RTD com. 2007. 459, obs. J.-L. Vallens ; RTD civ. 2007. 386, obs. R. Perrot. – Cass. com., 24 mars 2009 précit., n° de pourvoi : 07-15.879. Sur cet arrêt, v. aussi *supra* note 1682 sous n° 913 et *infra* note 1825 sous n° 981.

Sur la définition aujourd'hui retenue de la notion d'excès de pouvoir, v. *supra* n°s 922 et s.

¹⁸¹⁵ Cass. 2^{ème} civ., 15 oct. 2009 (sol. implicite) : Bull. civ. 2, n° 246 ; Gaz. Pal. 14 mai 2010, n° 134, p. 20, note S. Amrani-Mekki.

La jurisprudence arbitrale décidait autrefois, et à l'instar de ce qu'elle a jugé en ce qui concerne l'obligation de motivation des sentences, que, *le principe du contradictoire s'impose à l'arbitre, amiable compositeur*¹⁸¹⁶.

976. – La violation de principes fondamentaux de procédure peut, en plus de la violation d'un principe général de *procédure civile*, découler également de *l'omission d'une formalité substantielle* prévue soit par le Code de procédure civile, soit par la législation en vigueur sur les entreprises en difficulté¹⁸¹⁷.

Ceci nous amène à déduire que la notion de principes fondamentaux de procédure civile est assez large, et ceux-ci ne peuvent aucunement faire l'objet d'une énumération *limitative*.

977. – Il faut cependant avouer que ces principes ont récemment subi d'importantes *atteintes* quant à leur place dans la théorie de l'appel-nullité, de sorte qu'il est permis d'affirmer qu'ils ont *perdu la particularité* de pouvoir valablement fonder l'ouverture de l'appel-nullité. C'est ce qui sera envisagé dans ce qui suit.

Sous-par. 2 : La remise en cause partielle de la violation des principes fondamentaux de procédure civile, comme fondement de l'appel-nullité.

978. – Depuis quelques années, un courant jurisprudentiel constant affirmait clairement que la violation d'un principe fondamental de procédure constituait à côté de l'excès de pouvoir, un cas d'ouverture de l'appel-nullité¹⁸¹⁸.

¹⁸¹⁶ E. LOQUIN, *op. cit.*, p. 227 et les réf. citées.

¹⁸¹⁷ Ch. LEBEL, note précit. sous Cass. com., 28 mai 1996 in Pet. Aff. du 9 mai 1997, n° 56, p. 13.

¹⁸¹⁸ V. par ex. : pour une affirmation implicite de cette solution : Cass. com., 26 oct. 1999 : Bull. civ. 4, n° 191, p. 162. – Cass. com., 2 mai 2001 : Bull. civ. 4, n° 83, p. 79 ; JCP 2001. 4. 2144, sur cet arrêt, v. *infra* note 2045 sous n° 1079. – Cass. 2^{ème} civ., 8 nov. 2001, n° de pourvoi : 99-19.795. – Cass. com., 27 mai 2003 : Bull. civ. 4, n° 88, p. 97.

Et pour un arrêt de principe qui rappelle la solution, v. : Cass. com., 1^{er} oct. 1997 : Bull. civ. 4, n° 232, p. 203. C'est une espèce où était en cause la question de l'effet dévolutif de l'appel-nullité, la Cour avant de trancher cette question, rappelle que : « *la recevabilité de l'appel-nullité est conditionnée par l'existence de griefs autonomes tels l'excès de pouvoir ou la violation d'un principe fondamental de procédure (...)* ». – V. aussi pour une solution et un attendu identiques : Cass. com., 28 mai 1996 : Bull. civ. 4, n° 150, p. 130 ; D. 1997, jur. 538, note G. Bolard ; Pet. Aff. du 9 mai 1997, n° 56, p. 13, note Ch. Lebel ; RTD civ. 1996. 985, obs. R. Perrot. – Cass. com., 28 mars 1995 : Bull. civ. 4, n° 108, p. 95 ; D. 1995, IR. 112. Pour l'analyse et l'attendu de cet arrêt, v. *infra* note 1955 sous n° 1048. – Cass. com., 14 oct. 1997 : Procédures 1997, n° 286, note R. Perrot. – V. aussi dans le même sens : CA Paris, 29 mars 2001 : Rev. arb. 2002. 436, note Ph. Fouchard. Pour l'analyse et l'attendu de cet arrêt, v. *infra* n° 1069, v. aussi note 1891 sous n° 1025. – Cass. com., 13 nov. 2001, n° de pourvoi : 98-22.233. – V. aussi deux décisions de principe desquelles il résulte une réaffirmation de la même solution, *sans cependant mentionner l'excès de pouvoir* : Cass. com., 30 mars 1993 précit. : Bull. civ. 4, n° 132, p. 89. – Cass. com., 6 déc. 1994 précit., n° de pourvoi : 92-18.158. – V. aussi pour une affirmation très claire de cette même solution : Cass. com., 17 mai 1994 précit., n° de pourvoi : 92-11.008. L'arrêt énonce : « *Mais attendu qu'aucune disposition n'interdit de faire constater, selon les voies de recours du droit commun, la nullité d'une décision rendue en violation d'un principe essentiel de procédure, telle l'obligation de motivation des jugements ; qu'ayant constaté que le tribunal n'avait pas donné la moindre raison du choix qu'il avait opéré entre les*

Cependant cette jurisprudence est aujourd'hui *remise en cause*, et, la valeur des principes fondamentaux de procédure civile en tant que fondement de l'appel-nullité, est *sérieusement ébranlée*, sinon – et au pire des cas – déniée.

979. – En effet, par un arrêt de la première Chambre civile en date du 20 février 2007 – précédemment cité –, la Cour de cassation a décidé, « *que l'appel-nullité n'est recevable qu'en cas d'excès de pouvoir* »¹⁸¹⁹. Cet arrêt s'interprète, sans nul doute, comme désormais *excluant* la violation des principes fondamentaux de procédure civile des fondements de l'appel-nullité. Mais aussi, il renferme un autre enseignement, c'est *l'exclusion*, sans ambiguïté aucune, de la violation de l'obligation de motivation des jugements de la définition de l'excès de pouvoir¹⁸²⁰.

plans de cession proposés, c'est à bon droit que la cour d'appel, dont la décision ne peut être atteinte par le grief de dénaturation visant un motif surabondant, a annulé le jugement (...) ». – V. aussi qui énonce la solution de manière générale : Cass. com., 5 mars 1996 : Gaz. Pal. 1996. 1. somm. 93. – V. aussi : CA Paris, 4 fév. 1997 : D. 1998, somm. 3, obs. F. Derrida. – V. aussi de manière claire mais moins générale : CA Paris, 2 juill. 1999 précit. : D. 1999, AJ. 10. – V. pour un arrêt mettant en cause l'obligation de motivation des jugements : CA Dijon, 23 oct. 2001 précit. : JCP 2002. 4. 1348. – V. aussi pour un énoncé clair et général de la solution : Cass. com., 11 fév. 2004 précit., n° de pourvoi : 01-14.198. La Cour énonce que : « *attendu que les dispositions de l'art. 174, al. 2, de la loi du 25 janv. 1985 devenu l'art. L. 623-6, II, C. com. ne reçoivent exception qu'en cas d'excès de pouvoir ou de violation d'un principe fondamental de procédure* ». – V. aussi : Cass. com., 26 juin 2001 (1^{ère} esp.) : JCP 2002. 2. 10096, note A. Perdriau. En l'espèce, des particuliers faisant l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire ont formé un pourvoi en cassation contre le jugement rendu sur le recours exercé contre l'ordonnance du juge-commissaire qui a ordonné la vente aux enchères publiques de leurs biens. Pour se prononcer sur la recevabilité de leur pourvoi en cassation, l'arrêt énonce : « *Mais attendu qu'un tel recours en annulation qui n'est ouvert que s'il est fondé sur la violation d'un principe fondamental de procédure ou sur un excès de pouvoir peut être formé par la voie de l'appel-nullité* ». Puis poursuivant en rappelant la règle selon laquelle, *le pourvoi en cassation n'est ouvert que si toutes les autres voies sont fermées*, la Cour déclare irrecevable le pourvoi. Sur cette dernière règle, v. *infra* n°s 111 et s. – V. aussi pour une intéressante décision qui met en cause l'ancien article L. 623-6, 1 C. com. devenu après l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005, l'article L. 661-6 C. com. : Cass. com., 15 fév. 2005 : Bull. civ. 4, n° 27, p. 31 ; RTD com. 2005. 422, obs. J.-L. Vallens. – V. aussi dans le même sens six arrêts rendus le même jour : Cass. com., 15 fév. 2005, n°s de pourvois : 03-16.370 - 03-16.371 - 03-16.372 - 03-17.742 - 03-16.373 - 03-16.374.

Sur le texte de l'article L. 661-6 C. com., v. *supra* n° 1004.

¹⁸¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007 précit. : Bull. civ. 1, n° 61, p. 56 ; Gaz. Pal. 21 juill. 2007, n° 202, p. 32 ; *ibid.* 18 mars 2008, n° 78, p. 17 ; RTD civ. 2007. 386, obs. R. Perrot. Pour une analyse de cet arrêt, v.

supra n°

¹⁸²⁰ Sur la définition aujourd'hui retenue de l'excès de pouvoir, v. *supra* n°s 922 et s.

980. – Ce qui a été décidé par rapport à l’obligation de motivation des jugements, l’a été de même par rapport à la méconnaissance de l’autorité de la chose jugée. Ainsi, après qu’une jurisprudence séculaire sanctionnait, *de manière constante*, comme constitutive d’excès de pouvoir la violation de l’autorité de la chose jugée ; il en est, par exemple, ainsi lorsqu’une juridiction *remet en cause* les effets d’un jugement rendu suivant les formes prescrites par la loi et ayant acquis autorité de chose jugée¹⁸²¹ ; la Cour de cassation décide aujourd’hui que *la méconnaissance de la chose jugée ne peut constituer un excès de pouvoir*¹⁸²², et semble ainsi avoir balayé *d’un trait cette jurisprudence classique*.

Il peut être constaté que l’arrêt précité du 20 février 2007, est dans la droite ligne de l’arrêt précité de la Chambre mixte en date du 28 janvier 2005¹⁸²³. Celui-ci a en effet décidé, qu’il n’est dérogé à toute règle *interdisant* ou différant un recours qu’en cas *d’excès de pouvoir*¹⁸²⁴.

981. – Cette nouvelle orientation jurisprudentielle fut suivie dans de nombreuses décisions rendues ultérieurement, desquelles il résulte *qu’il ne peut être dérogé à la règle prohibant tout recours qu’en cas d’excès de pouvoir*¹⁸²⁵.

¹⁸²¹ Cass. civ., 7 nov. 1838 précit. : S. 1838. 1. 866, note A. T. En l’espèce, une cour d’appel a annulé un divorce prononcé en exécution d’un jugement revêtu de toutes les formes prévues par la loi et ayant acquis autorité de la chose jugée. L’arrêt de cassation énonce à cet égard : « *Attendu, en fait, que le divorce entre Jacques-François-Auguste Bayeux et la demoiselle Levasnier a été prononcé en vertu d’un jugement rendu par le tribunal civil de la Seine, et que ce jugement, revêtu de toutes les formes extérieures qui lui impriment le caractère d’un véritable jugement, avait acquis l’autorité de chose jugée ; – Qu’ainsi, en annulant le divorce prononcé en exécution de ce jugement, et, par voie de conséquence, le mariage contracté entre Jacques-François-Auguste Bayeux et Marie-Anne-Françoise Delage, l’arrêt attaqué a commis un excès de pouvoir, a porté atteinte à l’autorité de la chose jugée (...)* ».

Sur les faits qui ont donné lieu à cet arrêt, v. *supra* note 1476 sous n° 825.

¹⁸²² Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 2006 : Bull. civ. 1, n° 11, p. 10.

¹⁸²³ Sur cet arrêt, v. *supra* notes 1666, 1686, 1710, 1724 et 1738, 1767 et *infra* 1940,.

¹⁸²⁴ Jusqu’alors une jurisprudence constante affirmait clairement la recevabilité en cas d’excès de pouvoir, du recours immédiat contre les décisions auxquelles s’applique le recours différé, v. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 15 avr. 1986 précit. : Bull. civ. 1, n° 87, p. 87 ; JCP 1986. 4. 170 ; Rev. crit. DIP 1986. 723, note G. Couchez. – Cass. 2^{ème} civ., 17 juin 1987 précit. : Bull. civ. 2, n°s 130 et 131 (deux espèces), p. 75 ; JCP 1987. 4. 295 ; RTD civ. 1988. 184, obs. R. Perrot ; D. 1987, somm. 359, obs. P. Julien. – Cass. 1^{ère} civ., 9 oct. 1990 précit. : Gaz. Pal. 1991. 2. 348, obs. H. Croze et Ch. Morel. – Cass. 2^{ème} civ., 15 nov. 1995 précit., n° de pourvoi : 93-21.721. – Cass. 2^{ème} civ., 20 déc. 2001 précit. : Rev. arb. 2002. 716. – Cass. 2^{ème} civ., 27 juin 2002 précit. : Rev. arb. 2002. 717. – Cass. 2^{ème} civ., 16 oct. 2003 précit. : Bull. civ. 2, n° 305, p. 250. Mais ce qui mérite attention dans l’arrêt du 28 janvier 2005, c’est qu’il ait inclus à cette dérogation au recours différé permise en cas d’excès de pouvoir, le cas où le recours est interdit, ce qui a pour conséquence d’inclure les hypothèses d’appel-nullité et de pourvoi-nullité. Ainsi, selon l’interprétation – logique – à donner à l’arrêt, les recours-nullité – appel et pourvoi en cassation – ne seraient recevables *qu’en cas d’excès de pouvoir*.

¹⁸²⁵ V. par ex. : Cass. com., 3 oct. 2006, n° de pourvoi : 05-13.916. – CA Douai, 13 nov. 2006, RG n° : 06/06169 - 06/06188 - 06/06189 (jonction). La cour énonce dans un attendu que l’on peut qualifier de principe, que : « *L’appel-nullité est réservé aux cas d’excès de pouvoir, et ne concerne pas la violation d’un principe fondamental de procédure ou la violation d’une exceptionnelle gravité d’une règle d’ordre public si elles ne constituent pas par ailleurs un excès de pouvoir* ». – V. aussi de manière implicite : CA Orléans, 26 sept. 2007, n° RG : 07/01822. Soulignons que cet arrêt se rapporte à l’application de l’ancien

982. – Il est néanmoins *regrettable* que la violation des principes fondamentaux de procédure civile ait été exclue des fondements de l'appel-nullité¹⁸²⁶. Et il est encore plus fâcheux de constater que ce courant jurisprudentiel s'est allé *en s'amplifiant*.

Consacrés par une jurisprudence séculaire, les principes fondamentaux de procédure civile devaient avoir leur place au même titre que l'excès de pouvoir parmi les fondements de l'appel-nullité.

983. – Cependant, il est permis de toujours espérer un assouplissement de la jurisprudence sur ce point, et un arrêt très remarqué rendu par la Chambre commerciale le 16 juin 2009¹⁸²⁷, nourrit cet espoir¹⁸²⁸. Il avait été jugé que l'excès de pouvoir est commis, et partant, l'appel-nullité *recevable*, lorsque, lors d'une procédure liquidation judiciaire *les règles de procédure* visant à garantir que le débiteur soit convoqué et entendu, *ont été violées*. Ainsi, au vu de l'arrêt du 16 juin 2009, il est permis d'affirmer *qu'il est des violations de règles procédurales qui constituent véritablement un excès de pouvoir*¹⁸²⁹. Celles-ci peuvent par conséquent fonder un appel-nullité, ce qui constitue une *dénégation*, fût-elle *partielle*¹⁸³⁰, de la jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 20 février 2007.

article L. 661-5, texte aujourd'hui abrogé, mais il conserve quand même une valeur certaine en ce qu'il a affirmé la *recevabilité de l'appel-nullité pour excès de pouvoir*. – V. aussi : CA Toulouse, 16 janv. 2008 précit., n° RG : 06/05039. – CA Cæn, 9 oct. 2008 précit., n° RG 08/01887. Pour l'attendu de cet arrêt, v. *infra* note 1892 sous n° 1026. – Cass. com., 10 mars 2009, n° de pourvoi : 07-20.719. – Cass. com., 24 mars 2009 précit., n° de pourvoi : 07-15.879. – V. aussi mais de manière moins claire : Cass. com., 10 mars 2009, n° de pourvoi : 07-16.325. – CA Paris, 11 juin 2009, n° RG 09/00148.

¹⁸²⁶ Pour une critique de cette jurisprudence, v. par ex. : J. BORÉ et L. BORÉ, *op. cit.*, n° 73.57. – F. PÉROCHON et R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 447. L'auteur considère que la solution amorcée par l'arrêt de la Chambre mixte du 28 janvier 2005 est *regrettable*, tant que les vices des certaines décisions peuvent être graves.

¹⁸²⁷ Cass. com., 16 juin 2009 précit. : Bull. civ. 4, n° 82 ; D. 2009. 2521, note J. Théron ; Lexbase heb. éd. Gén., n° 359 (juillet 2009), obs. E. Le Corre-Broly. Sur cet arrêt, v. *supra* note 1667 sous n° 907.

¹⁸²⁸ V. aussi qui est de la même opinion : F. PÉROCHON et R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 447.

¹⁸²⁹ E. Le Corre-Broly, obs. précit. pour Cass. com., 16 juin 2009 in Lexbase heb. éd. Gén., n° 359 (juillet 2009). – J. THÉRON, note précit. sous Cass. com., 16 juin 2009 in D. 2009. 2521.

¹⁸³⁰ Comme nous l'avons noté, l'arrêt a pris la précaution de limiter le principe qu'il énonce dans son chapeau au seul domaine de la « *réalisation de l'actif du débiteur en liquidation judiciaire* ». Il vise seulement l'absence de convocation et d'audition du débiteur, ce qui traduit une *violation du principe du contradictoire*, plus précisément, une violation des dispositions de l'article 14 CPC. Sur ce texte, v. *supra* n° 907.

984. – Au surplus, il peut être déduit de décisions qui ont été rendues, en droit des procédures collectives, postérieurement aux arrêts du 28 janvier 2005 et du 17 novembre 2005¹⁸³¹, qu'il *existe* bel et bien des violations de principes fondamentaux de procédure *qui peuvent valablement fonder un appel-nullité*¹⁸³².

985. – Soulignons qu'il peut quand même être trouvé des décisions rendues *antérieurement* aux revirements de jurisprudence opérés par les arrêts précités du 28 janvier 2005 et du 20 février 2007, qui ne mentionnent *que l'excès de pouvoir* à l'exclusion de la violation des principes fondamentaux de procédure, comme cas d'ouverture d'un recours-nullité¹⁸³³. On peut se demander quelle portée s'attache à de tels arrêts au vu de la jurisprudence de l'époque, qui admettait la violation des principes fondamentaux de procédure comme cas d'ouverture de l'appel-nullité *au même titre* que le grief d'excès de pouvoir. Nous pensons que ces décisions restent *minoritaires*, et *il ne peut y être attaché de portée considérable*, car l'omission de la mention des principes fondamentaux de procédure pourrait être *purement fortuite*.

Après avoir examiné les fondements de l'appel-nullité s'appliquant aux matières du droit privé dans leur généralité, il nous faut à présent étudier sur quels plans et comment se manifeste la subsidiarité dans l'appel-nullité.

¹⁸³¹ Sur ces deux arrêts, v. *supra* n° 915.

¹⁸³² V. par ex. : Cass. com., 22 mai 2007 : Bull. civ. 4, n° 140 ; JCP (E), n° 29 du 19 juill. 2007, p. 23 ; RD banc. et fin. 2007 - 3, p. 22, obs. F.-X. Lucas. Cet arrêt se rapporte au régime juridique autrefois applicable aux jugements rendus sur recours contre les ordonnances du juge-commissaire. En l'espèce, une société avait été mise en liquidation judiciaire après qu'ait été résolu son plan de continuation. Le juge-commissaire a rendu une ordonnance par laquelle il a autorisé le liquidateur judiciaire à vendre de gré à gré un immeuble appartenant à cette société. Le mandataire *ad hoc* de la société a exercé un recours contre cette ordonnance, celui-ci a été rejeté par le tribunal. Il a alors formé un appel-nullité devant la Cour d'appel. Ce recours a été déclaré irrecevable, motif pris de ce que « *la violation alléguée est seulement constitutive d'une violation du principe de la contradiction n'ouvrant pas la voie à un appel-nullité et qu'il ne peut être reproché au juge-commissaire d'avoir commis un excès de pouvoir dès lors qu'il entre dans ses attributions de se prononcer sur la réalisation des actifs* ». Un pourvoi en cassation a alors été formé par le mandataire *ad hoc*. La Cour de cassation relève que la notification de l'ordonnance était nulle pour avoir été irrégulièrement faite, et que, ce grief s'il était établi, caractériserait un excès de pouvoir *rendant l'appel-nullité recevable*. C'est ainsi qu'elle cassa l'arrêt d'appel.

Cet arrêt montre que les griefs d'excès de pouvoir et de violation de principes fondamentaux de procédure peuvent être *étroitement imbriqués* : la nullité de la notification de l'ordonnance du juge-commissaire faisait en l'espèce obstacle à ce que le tribunal puisse valablement se saisir du recours exercé par le mandataire *ad hoc*. L'atteinte à un principe fondamental de procédure empêche que le juge puisse exercer les pouvoirs que la loi lui confère. Cette constatation prouve de même qu'est *critiquable* le rejet par la jurisprudence de la violation des principes fondamentaux de procédure en tant que cas d'ouverture de l'appel-nullité.

¹⁸³³ V. par ex. : Cass. com., 9 juin 1992, n° de pourvoi : 90-14.905 ; D. 1992, IR. 228.

Section 2 : La subsidiarité dans l'appel-nullité.

986. – Envisager la subsidiarité dans l'appel-nullité, nécessite que soient successivement examinées trois questions, la première concerne les conditions de mise en œuvre de l'appel-nullité (par. 1^{er}), la deuxième, la consécration jurisprudentielle de cette voie de recours (par. 2), et, la troisième, les manifestations jurisprudentielles de celle-ci (par. 3).

Par. 1^{er} : Les conditions de mise en œuvre de l'appel-nullité : une affirmation de sa subsidiarité.

987. – Pour que les conditions de mise en œuvre de l'appel-nullité soient remplies, il faut, en premier, que la décision rendue le soit dans des conditions exclusives de l'appel (sous-par. 1^{er}), il faut, en second lieu, qu'il n'y ait pas d'autre voie de recours praticable pour sanctionner le vice (sous-par. 2).

Sous-par. 1^{er} : Une décision rendue dans des conditions exclusives de l'appel.

988. – Insistons encore sur la première condition, qui suppose que la décision objet de l'appel-nullité soit rendue dans des circonstances *exclusives de l'appel*¹⁸³⁴.

Cette première condition de la subsidiarité dans l'appel-nullité recouvre en réalité, deux situations. La première c'est lorsqu'il y a *renonciation conventionnelle* à l'appel (A), la deuxième se vérifie lorsque la prohibition résulte d'une disposition de la loi (B).

A. – La renonciation conventionnelle à l'appel.

989. – La renonciation au droit d'appel est prévue par la loi. C'est ce qui résulte clairement des dispositions de l'article 546 CPC, qui dispose :

« Le droit d'appel appartient à toute partie qui y a intérêt, si elle n'y a pas renoncé ».

¹⁸³⁴ Pour un énoncé clair de cette solution, v. : CA Rouen, 22 mai 1996 précit. : JCP 1996. 4. 1795.

Il arrive donc que les parties renoncent conventionnellement à user de la voie de l'appel, pour le cas où un litige interviendrait entre elles et donnerait naissance à un contentieux. Cette situation se présente très souvent dans l'arbitrage¹⁸³⁵, c'est pour cette raison que l'appel-nullité y est né¹⁸³⁶. Mais cette voie de recours prétorienne, limitée d'ailleurs à l'annulation de la sentence, y a formellement disparu avec l'entrée en vigueur du décret du 14 mai 1980¹⁸³⁷.

Les parties à un arbitrage renoncent dans le compromis qu'elles concluent à la voie de l'appel, rendant ainsi la sentence arbitrale *non susceptible d'appel*.

990. – La renonciation à l'appel peut également intervenir en dehors du cadre de l'arbitrage, et se rattacher à tout litige de quelque nature qu'il soit. Cependant, dans ce cas, à la différence de l'arbitrage, la renonciation ne pourra valablement intervenir *avant la naissance du litige*. Elle est prévue et régie par les textes du Code de procédure civile ; c'est ainsi que l'article 546, al. 1^{er} CPC dispose :

« Le droit d'appel appartient à toute partie qui y a intérêt, si elle n'y a pas renoncé ».

Les dispositions de l'alinéa premier de l'article 546 sont complétées par celles de l'article 557 du même code¹⁸³⁸, qui dispose :

« La renonciation à l'appel ne peut être antérieure à la naissance du litige ».

991. – En droit libanais, la renonciation à l'appel est régie par un texte qui regroupe des dispositions analogues à celles des articles 546 et 557 précités, et c'est l'article 653 NCPC lib. qui dispose :

« La renonciation au droit d'appel est possible dans les litiges pouvant faire l'objet de transaction.

La renonciation n'est pas valable avant l'introduction de l'action mais seulement après l'introduction de celle-ci (...) ».

¹⁸³⁵ Certains auteurs ont même avancé que la renonciation au droit d'appel est devenue *la règle*, dans ce domaine, v. : Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*, p. 677.

¹⁸³⁶ G. BOLARD, *L'appel-nullité*, art. précit., n° 7. – J. VIATTE, *La dénaturation est-elle une cause de nullité des sentences arbitrales ?*, Gaz. Pal. 1974. 2. doct. 979. – Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*, p. 679. – Ch. LEFORT, thèse précit., n° 1031.

¹⁸³⁷ Sur la consécration législative de l'appel-nullité par le décret du 14 mai 1980, v. *supra* nos 831 à 833.

¹⁸³⁸ Les articles 546 et 557 en question se situent dans le chapitre premier du sous-titre deuxième, relatif à « l'appel ». Le sous-titre deuxième se rapporte lui-même aux « voies ordinaires de recours ». Ces deux articles se situent plus précisément sous la sous-section deuxième de ce chapitre premier qui est relative aux « parties » à l'appel, cette sous-section deuxième se situe elle-même sous une section première qui se rapporte au « droit d'appel ». Ces deux textes régissent donc l'intérêt qu'ont les parties à former un appel contre une décision de justice et la faculté qui leur est donnée de renoncer, une fois le litige survenu, au droit d'appel.

992. – On devine rapidement les dangers d'une telle renonciation, renonciation à un droit fondamental de procédure civile qu'est le droit d'exercer une voie de recours contre une décision de justice, fût-elle de justice privée¹⁸³⁹ qu'est l'arbitrage. Il ne faut cependant pas exagérer les craintes qui découlent de cette renonciation. En effet, une jurisprudence séculaire décide avec constance, que la renonciation anticipée à l'appel de la sentence arbitrale ne couvre pas *les cas d'excès de pouvoir* ou de *violation des formes constitutives de l'arbitrage*¹⁸⁴⁰. Et que la renonciation à l'appel ne couvre pas non plus *la violation par les arbitres des droits de la défense*¹⁸⁴¹.

993. – La jurisprudence décide de même que la renonciation à l'appel *ne couvre pas les moyens d'ordre public*. Cette solution découle aussi d'une jurisprudence séculaire¹⁸⁴², qui est toujours suivie fidèlement¹⁸⁴³. Sont notamment considérés comme moyens d'ordre public, *la violation des droits de la défense*¹⁸⁴⁴, ainsi que *l'absence ou l'insuffisance de motifs*¹⁸⁴⁵.

¹⁸³⁹ La jurisprudence à laquelle ont été soumis des appels aux fins d'annulation de sentences arbitrales, avait qualifié les sentences arbitrales d'« actes de juridiction privée », v. : CA Paris, 14 oct. 1977 : D. 1978, jur. 298, note J. Robert. L'annotateur de l'arrêt souligne, que l'arbitrage tend à devenir un « mode concédé d'administration de la justice », et qu'il est en réalité devenu non seulement une branche autonome du droit mais aussi un « droit novateur ». – V. déjà pour une qualification de contractuelle de l'arbitrage : P. LEVEL, note sous Cass. 2^{ème} civ., 13 nov. 1969 précit. in JCP 1970. 2. 16209. Et plus récemment, pour une opinion soulignant le caractère privé et l'origine contractuelle accusés de l'arbitrage, v. : G. BOLARD, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995 in D. 1996, jur. 81, 2^{ème} col.

¹⁸⁴⁰ V. par ex. un très ancien arrêt de principe qui insiste par ailleurs, sur la nécessité de prouver les griefs dont est entachée la sentence arguée de nullité : Cass. req., 7 janv. 1857 : D.P. 1857. 1. 406. L'arrêt énonce : « *Attendu que si la renonciation anticipée à l'appel ne peut s'étendre aux cas où la sentence est attaquée pour cause d'excès de pouvoir, d'incompétence ou pour violation des formes constitutives de l'arbitrage, il faut qu'il soit bien constaté que ces vices capitaux se rencontrent dans la sentence* ». En l'espèce, deux personnes formèrent une société en nom collectif, l'acte de société stipulait qu'en cas de contestation, trois arbitres choisis exclusivement parmi les commerçants y statueront et que ce sera en dernier ressort. Des difficultés étant effectivement survenues parmi les associés, un tribunal arbitral fut constitué qui donna gain de cause à l'un d'eux. L'associé qui fut débouté de sa demande, interjeta appel de la sentence. Il fondait son appel sur une prétendue absence de participation de l'un des arbitres à la sentence. La cour d'appel de Paris a déclaré l'appel irrecevable au motif que l'absence de signature de l'un des arbitres et sa protestation ne sauraient infirmer la constatation contenue dans la sentence d'après laquelle les trois arbitres ont délibéré conformément à la loi. La Chambre des requêtes rejette le pourvoi contre l'arrêt d'appel.

¹⁸⁴¹ Cette solution découle implicitement de : Cass. civ., 18 janv. 1870 : D.P. 1870. 1. 8. L'arrêt énonce : « *L'arrêt attaqué n'a pas admis, en fait, que les appelants eussent été privés du droit et des moyens de se défendre devant les arbitres, comme ils le prétendaient ; qu'il s'est borné à décider qu'en renonçant purement et simplement à l'appel par le compromis, Lemoine et Baligand [les appelants] s'étaient rendus non recevables à se pourvoir par cette voie pour inobservation, devant les arbitres, des formes établies pas les tribunaux ; qu'en statuant ainsi, ledit arrêt n'a violé ni les articles invoqués par le pourvoi, ni aucune autre disposition légale* ».

¹⁸⁴² CA Chambéry, 30 juin 1885 : D.P. 1886. 2. 271. L'arrêt énonce : « *Qu'il est de principe en effet que la renonciation anticipée à la juridiction du second degré ne s'étend pas aux cas où la sentence est attaquée pour des causes touchant à l'ordre public ; car alors l'acte improprement qualifié jugement arbitral pourrait être affecté d'une nullité radicale qui ne saurait être couverte même par le consentement donné d'avance par les parties* ». – V. aussi dans le même sens : CA Paris, 21 juin 1893 : D.P. 1894. 2. 35.

¹⁸⁴³ H. MOTULSKY, note sous CA Paris, 5 janv. 1961 in JCP 1961. 2. 12204, et les réf. citées. – V. : CA Paris, 28 oct. 1922 : D.P. 1923. 2. 196. L'arrêt peut être qualifié de principe ; bien qu'émanant d'une juridiction du fond, il énonce une règle absolue et à portée générale : « *considérant qu'il est de doctrine et de jurisprudence constantes que la renonciation au droit d'appel dans un compromis ne peut s'étendre aux moyens d'ordre public, qui, par leur nature aussi bien que dans l'intention présumée des parties, échappent à l'application de cette clause ; qu'il en est ainsi notamment du moyen tiré de la violation des droits de la défense dans la procédure et du moyen tiré de l'absence ou de l'insuffisance de motifs dans la*

994. – La règle fondamentale selon laquelle la renonciation à l'appel ne couvre pas les moyens d'ordre public, règle commune au droit de l'arbitrage et au droit de la procédure civile, a été fidèlement suivie par de nombreuses décisions et constitue une jurisprudence établie¹⁸⁴⁶. Elle est de même souvent rappelée par des décisions plus récentes¹⁸⁴⁷.

sentence ». En l'espèce, les parties avaient conclu un compromis en date du 26 mars 1919 en vertu duquel la décision arbitrale sera finale et sans appel. L'article 1016 de l'ancien Code de procédure civile imposait aux parties de produire leurs pièces et défenses quinzaine au moins avant l'expiration du délai du compromis. Les arbitres ont rendu leur sentence le 28 mars 1919, au surlendemain du compromis, et avaient ainsi privé l'un des appelants (Vallin) de la garantie voulue par la loi sur ce point. En sus de l'inobservation de cette disposition législative, les parties n'avaient pas été entendues par les arbitres ; leurs dossiers n'ont pas fait l'objet de communications réciproques, qu'il n'y a donc pas eu de débats contradictoires. Qu'au surplus la sentence arbitrale a été rendue sans être motivée. L'arrêt énonce à cet égard : « *Considérant que la sentence entreprise n'est pas motivée ; que les arbitres indiquent, il est vrai, que leur décision est prise après examen des dossiers (...) ; mais qu'il est impossible de comprendre, même en consultant les tableaux pas eux dressés, pourquoi et comment ils se sont arrêtés au chiffre de ..., formant selon eux, le solde dû à Vallin* ». L'arrêt conclut que : « *la sentence arbitrale dont est appel doit être déclarée nulle à la fois pour violation des droits de la défense et pour insuffisance de motifs* ».

V. aussi : CA Paris, 8 mars 1960 : JCP 1962. 2. 12477. Pour l'attendu principal de cet arrêt, v. *infra* note 1890 sous n° 1025. – Cass. 2^{ème} civ., 29 mars 1977 : Bull. civ. 2, n° 100, p. 66 ; D. 1977, IR. 386, obs. P. Julien.

¹⁸⁴⁴ CA Paris, 18 nov. 1952 : D. 1952, jur. 804. L'arrêt énonce : « *Considérant que si, sans doute, la chambre arbitrale avait bien, aux termes du compromis, pouvoir de juger en dernier ressort, il n'en est pas moins vrai que la renonciation au droit d'appel ne saurait s'étendre à un moyen d'ordre public, fondé sur la violation des droits de la défense* ». – V. aussi : CA Paris, 5 janv. 1961 : JCP 1961. 2. 12204, note H. Motulsky. – Cass. 2^{ème} civ., 29 mars 1977 précit. : Bull. civ. 2, n° 100, p. 66 ; D. 1977, IR. 386, obs. P. Julien.

¹⁸⁴⁵ L'obligation de motivation des jugements et sentences s'applique aussi à l'égard des arbitres même lorsqu'ils statuent comme amiables compositeurs, v. : CA Paris, 5 fév. 1976 : Rev. arb. 1976. 255. L'arrêt énonce : « *Attendu que le jugement arbitral doit être motivé, comme tout autre jugement, cette obligation tenant à l'ordre public ; qu'il en est ainsi même si les arbitres ont reçu les pouvoirs d'amiables compositeurs* ». Et plus loin, avant le prononcé du dispositif, l'arrêt énonce : « *Attendu que si les pouvoirs d'amiables compositeurs accordés aux arbitres leur permettaient de retenir un taux différent de celui qui était fixé par la loi pour les intérêts moratoires, ils n'en étaient pas moins dispensés pour autant de motiver leur décision sur ce point, ce qu'ils n'ont pas fait ; qu'en qualifiant ces intérêts de « différentiels » ils n'ont pas explicité les motifs de leur choix ; que leur décision encourt en conséquence la nullité sur ce point* ».

¹⁸⁴⁶ V. CA Paris, 5 janv. 1961 précit. : JCP 1961. 2. 12204, note H. Motulsky. – V. pour une hypothèse où la renonciation à l'appel résulte du règlement de l'organisme sous l'égide duquel l'arbitrage se déroule : CA Paris, 19 déc. 1972 : Rev. arb. 1973. 173, note E. Loquin. L'arrêt énonce : « *Attendu qu'aux termes de l'art. 4 du règlement de la Chambre arbitrale, la désignation de cet organisme par les parties implique renonciation au droit d'appel ; que toutefois ce droit subsiste en cas de violation des droits de la défense et des règles d'ordre public auxquelles il n'est pas permis de renoncer valablement* ». – V. aussi : CA Paris, 5 fév. 1976 précit. : Rev. arb. 1976. 255. L'arrêt énonce : « *Même si les parties ont donné aux arbitres pouvoir de juger leur différend en dernier ressort, la sentence peut être attaquée par la voie de l'appel en nullité si elle est entachée de violation d'une règle d'ordre public, les parties ne pouvant renoncer à l'avance à invoquer cette éventuelle violation* ». – V. pour une décision qui affirme – par ailleurs – l'effet non suspensif de l'appel-nullité : Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1976 : Gaz. Pal. 1976. 2. 664, note J. Viatte ; Rev. arb. 1977. 269, note Mezger, l'arrêt énonce : « (...) lorsque les parties ont renoncé à la faculté de faire appel d'une sentence arbitrale, l'appel formé en vue de faire prononcer la nullité de cette sentence en raison de la violation par les arbitres de règles qui se rattachent à l'ordre public ou aux droits de la défense, n'interdit pas aux arbitres de continuer leurs opérations ». – V. aussi pour un arrêt qui se prononce sous le visa du principe du respect des droits de la défense : Cass. 2^{ème} civ., 7 juin 1978 : Rev. arb. 1979. 343. – Et aussi : CA Paris, 12 déc. 1978 : Gaz. Pal. 1979. 1. 205, note J. Viatte. L'arrêt énonce : « *Il est de principe constant que l'appel d'une sentence est exceptionnellement recevable, nonobstant toute clause d'amiable composition ou de renonciation à cette voie de recours [l'appel], lorsqu'il tend à faire prononcer la nullité de la décision arbitrale en raison de la violation par les arbitres de règles qui se rattachent à l'ordre public ou aux droits de la défense* ».

¹⁸⁴⁷ V. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995 précit. : D. 1996, jur. 79, note G. Bolard ; Rev. arb. 1995. 605, note A. Hory. Sous le visa entre autres, de l'article 1457, al. 1^{er}, l'arrêt énonce : « *Attendu que l'arbitre*

C'est ainsi que, lorsque les parties à un arbitrage se sont dépouillées de la voie de l'appel, l'appel en tant que *voie de nullité*, prendra le relais de l'absence de toute voie de recours¹⁸⁴⁸. La jurisprudence souligne d'ailleurs avec assez de précision la *fonction de nullité* de l'appel dans ce cas particulier¹⁸⁴⁹. Soulignons que dans les cas évoqués de renonciation à l'appel et d'emploi de l'appel comme voie de nullité, son effet devait en principe *se limiter* à l'obtention de la *nullité de la sentence entachée d'illégalité*¹⁸⁵⁰.

A côté de l'hypothèse où les parties se dépouillent volontairement de la voie de l'appel, il existe des situations dans lesquelles l'interdiction de la voie d'appel *résulte des dispositions de la loi*.

B. – L'interdiction légale de l'appel.

995. – Il est utile de rappeler ici que le principe demeure, *l'ouverture de l'appel devant toute décision juridictionnelle*. Ce principe est clairement affirmé par l'article 543 CPC. Ce texte dispose :

« La voie de l'appel est ouverte en toutes matières, même gracieuses, contre les jugements de première instance s'il n'en est autrement disposé ».

Les dispositions de ce texte sont complétées par celle de l'article 546 du même Code, selon lequel l'usage de cette voie, constitue pour le justiciable un « droit »¹⁸⁵¹.

investi en méconnaissance de la volonté des parties ou des textes susvisés est irrégulièrement désigné et que la décision du juge qui procède à cette désignation sans y être habilité est susceptible d'appel ». Notons que l'arrêt n'emploie nullement le vocable d'appel-nullité, mais l'analyse de l'arrêt permet de constater sans aucun doute, que l'appel mentionné dans l'attendu rapporté n'est rien d'autre que l'appel-nullité.

¹⁸⁴⁸ L'appel voie de nullité a prospéré dans le droit de l'arbitrage pour des raisons qui tiennent à la spécificité de cette matière. Étant donné que par hypothèse, les parties à un arbitrage renoncent dans la quasi-totalité des cas à tout recours contre la sentence, le pourvoi en cassation devrait logiquement dans ce cas, prendre le relais de l'absence de l'appel. Or, le pourvoi en cassation n'existe pas en arbitrage. Une jurisprudence très constante décide que les sentences arbitrales ne peuvent jamais faire l'objet d'un pourvoi direct en cassation. C'est alors que c'est l'appel dans sa fonction de nullité qui sera recevable, car – en l'absence de la possibilité d'un pourvoi en cassation – c'est le seul recours en justice qui puisse sanctionner l'illégalité. V. H. MOTULSKY, note sous CA Paris, 5 janv. 1961 : JCP 1961. 2. 12204.

¹⁸⁴⁹ V. par ex. : CA Paris, 5 janv. 1961 précit. : JCP 1961. 2. 12204, note H. Motulsky. L'arrêt énonce dans une formule à caractère général : « *Considérant que l'appel d'une sentence arbitrale rendue par amiables compositeurs en dernier ressort est recevable comme voie de nullité lorsqu'il est fondé sur des moyens tirés de l'ordre public et de la violation des droits de la défense et que ces moyens sont eux-mêmes fondés* ». – V. aussi : CA Paris, 5 fév. 1976 précit. : Rev. arb. 1976. 255. – V. CA Paris, 14 oct. 1977 : D. 1978, jur. 298, note J. Robert, c'est une espèce où un appel aux fins de réformation et un appel aux fins d'annulation – selon les expressions mêmes employées par l'arrêt – étaient intentés contre une même sentence arbitrale, l'arrêt a déclaré l'appel aux fins de réformation irrecevable, et a déclaré l'appel aux fins d'annulation recevable mais non fondé en aucune de ses branches – V. aussi : CA Paris, 12 déc. 1978 précit. : Gaz. Pal. 1979. 1. 205, note J. Viatte.

¹⁸⁵⁰ Sur la question de l'effet de l'appel-nullité, v. *infra* n^{os} 1077 et s.

¹⁸⁵¹ Sur le texte de l'article 546, v. *supra* n^o 528.

L'article 543 a posé un principe, et a prévu une dérogation. Celle-ci ne peut résulter que d'une *volonté contraire expresse du législateur*.

996. – Ainsi, il arrive que le législateur mû par certains objectifs, ferme les voies de recours devant le justiciable. Seule la prohibition de l'appel nous intéresse dans la présente étude, étant donné que d'une part, l'appel est la *voie de recours typique*¹⁸⁵², fondée sur le *double degré de juridiction* et que, d'autre part, sous l'angle de la subsidiarité, l'appel, voie de nullité, *prendra le relais de l'absence d'appel*.

Les prohibitions de l'appel peuvent être plus ou moins graves. Elles peuvent consister en des restrictions, assez importantes le plus souvent, à l'emploi de la voie d'appel¹⁸⁵³, jusqu'à aller à la prohibition pure et simple de cette voie de recours.

L'hostilité – si l'on peut dire – du législateur à l'égard des voies de recours se concrétise dans certaines matières du droit, où elle peut se fonder sur des considérations précises.

997. – Il en est ainsi notamment en ce qui concerne la matière des *procédures collectives*. En effet, le législateur a, dans cette matière très particulière intéressant la pérennité des entreprises, limité, supprimé ou plus simplement posé de graves restrictions à l'exercice des voies de recours contre les décisions intervenant lors d'une procédure de redressement judiciaire¹⁸⁵⁴. Ceci s'explique par volonté d'éviter les contestations trop longues et trop nombreuses qui mettraient en péril la survie de l'entreprise en difficulté¹⁸⁵⁵. Cette réalité fait de la matière des procédures collectives, *le domaine de prédilection* de l'appel-nullité¹⁸⁵⁶. Et puisque, « l'appel est de droit », entendre *la possibilité d'exercer une voie de recours*, et que le principe demeure *l'ouverture des voies de recours* à l'encontre des décisions juridictionnelles¹⁸⁵⁷ ; toute interdiction dans ce sens doit être interprétée *restrictivement*¹⁸⁵⁸. Le silence de la loi doit être interprété dans le sens de la *permissivité*¹⁸⁵⁹ et le juge doit, par conséquent, bien examiner dans chaque espèce si la décision entreprise est de celles qui sont visées par les dispositions restrictives du droit d'appel, si elle correspond *exactement* à l'hypothèse soumise à l'interdiction d'appel. Si ce n'est pas le cas, c'est le droit commun des voies de recours qui s'applique toujours¹⁸⁶⁰.

¹⁸⁵² J. VINCENT, *Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile*, D. 1973, chron. 179, spéc. n° 1.

¹⁸⁵³ L'appel peut par exemple n'être ouvert que devant des personnes ayant certaines qualités à l'exclusion d'autres ; ou n'être ouvert qu'à des conditions précises. La matière des procédures collectives donne des exemples sur de telles limitations à l'emploi de la voie d'appel, sur ces illustrations, v. *infra* n°s 1000 et s.

¹⁸⁵⁴ Avant le droit des procédures collectives, le droit de la faillite appliquait de même l'interdiction des voies de recours à l'égard certaines décisions qui interviennent lors de la procédure de faillite. Pour un arrêt mettant en cause le champ d'application de l'article 88 de la loi du 13 juillet 1967 sur la faillite, texte

qui régit les décisions *insusceptibles de tout recours* par application de l'article 103 de cette même loi, v. : Cass. com., 4 fév. 1974 : Bull. civ. 4, n° 45, p. 35.

Et sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, une décision qui énonce clairement le principe applicable en la matière : CA Toulouse, 16 janv. 2008 précit., n° RG : 06/05039. La cour de Toulouse énonce que : « *Si en principe tout jugement est susceptible de recours, il est parfois dérogé à ce principe dans les cas spécifiés par la loi, tels les jugements rendus en matière de procédure collective* ».

¹⁸⁵⁵ A. HORY, note sous Cass. 2^{ème} civ., 21 janv. 1998 in Rev. arb. 1998. 116. La jurisprudence avait déjà sous l'empire de la loi du 4 mars 1889 sur la faillite et la liquidation judiciaire des sociétés, énoncé ce motif, v. : Cass. civ., 1^{er} août 1930 précit. : D.H. 1930. 506. La Cour de cassation énonce : « *la loi du 4 mars 1889 a, dans un but de célérité et d'économie, supprimé tout recours de la part des tiers contre le jugement déclarant ouverte la liquidation judiciaire, sans aucune distinction entre les causes qui peuvent motiver ce recours (...)* ». – Pour une décision rendue sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, v. : CA Versailles, 9 juill. 1986 précit. : Gaz. Pal. 1986. 2. 570, note J.-F. Martin ; *ibid.* 1987. 1. 133, note J.-P. Marchi. La cour de Versailles énonce dans un attendu de principe que : « (...) *le titre V de la loi du 25 janvier 1985, consacré exclusivement aux voies de recours, réserve en son art. 174-2, al. 2 et 3 l'appel des décisions ordonnant ou autorisant la cession au procureur de la République (...)* ; *qu'ainsi le débiteur cédé n'a pas qualité pour faire appel, cette disposition ayant évidemment pour but d'éviter que des recours intempestifs ne retardent la mise en place de la solution choisie (...)* ».

¹⁸⁵⁶ Rapp. : A. ROBERT, art. précit., p. 59.

¹⁸⁵⁷ Ce principe a été affirmé par une jurisprudence très ancienne : Cass. civ., 14 mars 1911 : S. 1911. 1. 185. L'arrêt énonce : « *Attendu que l'appel est de droit dans tous les cas qui ne sont pas formellement exceptés par la loi* ».

Et pour une réaffirmation récente de ce principe, v. par ex. : CA Toulouse, 16 janv. 2008 précit., n° RG : 06/05039.

¹⁸⁵⁸ V. par ex. : Cass. soc., 4 nov. 1965 : D. 1965, jur. 843, note anon. En l'espèce, un litige opposait l'U.R.S.S.A.F. de Nantes à un assuré. Celui-ci avait présenté devant la Commission de première instance de la sécurité sociale, une demande de remise de majorations de retard. L'U.R.S.S.A.F. de Nantes a contesté devant la Commission la recevabilité de cette demande, en faisant valoir que les pénalités dont la remise était sollicitée avaient été intégralement payées sans réserves. Ce moyen fut écarté par la Commission, et une remise de 50 p. 100 des majorations de retard a été accordée au demandeur. L'U.R.S.S.A.F. fit appel de la décision de la Commission de première instance du chef déclarant la demande recevable. La Cour d'appel a déclaré cet appel irrecevable, au motif essentiel que l'U.R.S.S.A.F. ne pouvait pas saisir la juridiction d'appel de la question de la remise de majorations de retard, même si l'irrecevabilité de la demande avait été soulevée devant la Commission de première instance. Pour casser l'arrêt d'appel de ce chef, la Chambre sociale énonce, dans un attendu de principe : « *Attendu cependant, qu'en toute matière l'appel est de droit, que le texte qui, dans un cas déterminé retire cette voie de recours doit, dès lors, être interprété restrictivement* ». Après avoir énoncé le principe, elle l'applique au cas d'espèce et décide : « *que la décision de la Commission de première instance statuant sur la recevabilité de la demande de remise de majorations de retard ne rentrait pas dans la catégorie de celle prévues par l'art. 18 du décret du 25 janv. 1961 ; qu'elle était donc susceptible d'appel ; d'où il suit qu'en déclarant irrecevable l'appel qui en a été fait, la Cour d'appel a violé les textes ci-dessus visés* ». – V. en matière de procédures collectives, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 : CA Colmar, 18 nov. 1987 : D. 1988, somm. 42, obs. A. Honorat. – V. aussi : CA Douai, 31 mars 1988 : Gaz. Pal. 1988. 2. 584, note B. Soinne ; D. 1990, somm. 4, obs. F. Derrida. Cet arrêt énonce que : « *les dispositions de la loi de 1985 (art. 174 de la loi et 157 du décret) limitant dans un souci de célérité l'appel des décisions en matière de procédure collective spécialement au point de vue délai constituent une exception au droit général d'appel et comme telles sont d'application restrictive (...)* ».

V. aussi les auteurs qui défendent cette solution : F. DERRIDA, note sous CA Pau, 9 janv. 1976 in D. 1976, jur. 473, 2^{ème} col. – A. FISSELIER, *op. cit.*, p. 188, n° 219 *in fine*, et les réf. citées. – B. SOINNE, note précit. sous CA Douai, 31 mars 1988 in Gaz. Pal. 1988. 2. 588, 2^{ème} col. – G. BOLARD, *Heurs et malheurs des voies de recours dans les faillites*, art. précit., n° 8, p. 3.

¹⁸⁵⁹ V. pour une affirmation claire de cette solution : CA Limoges, 29 mai 2008 précit., n° RG : 07/01696.

¹⁸⁶⁰ V. par ex. : Cass. com., 5 mai 2004 : Bull. civ. 4, n° 83, p. 87. L'arrêt énonce : « *Attendu qu'ayant retenu que si la nature de la décision déférée n'est pas visée par les dispositions spéciales de la loi du 25 janvier 1985 réglementant les voies de recours, il doit en être déduit qu'elle ouvre les voies de recours de droit commun, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ».

Autrement dit, lorsqu'un texte écarte toute voie de recours contre une décision de justice, il faut que cette décision ait été rendue *très exactement* dans les conditions prévues par la disposition légale¹⁸⁶¹.

998. – Avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005, la jurisprudence a eu l'occasion de s'exprimer sur une telle question, dans une espèce où un tribunal qui n'avait pas le pouvoir de statuer sur l'admission d'une créance par le juge-commissaire a, à tort, estimé que c'est l'article 173-2° de la loi du 25 janvier 1985, texte qui pose des prohibitions à l'exercice des voies de recours, qui était applicable, alors que c'étaient les articles 102 et 103 de cette même loi qui donnent à la cour d'appel le pouvoir de statuer sur les recours en matière d'admission des créances, *qui s'appliquaient*. C'est ainsi que, *l'appel de droit commun* retrouve, en l'occurrence, sa place *pour valablement sanctionner le défaut de pouvoir du tribunal*¹⁸⁶².

¹⁸⁶¹ F. DERRIDA, note précit. sous CA Pau, 9 janv. 1976 in D. 1976, jur. 473, 2^{ème} col.

¹⁸⁶² Cass. com., 22 oct. 1996 précit. : Bull. civ. 4, n° 251, p. 216 ; JCP 1996. 2. 22738, rapp. J.-P. Rémy ; JCP (E) 1997. 2. 901 ; Procédures, déc. 1996, comm. n° 350, note R. Perrot ; RTD civ. 1997. 746, obs. R. Perrot. Bien que rendue sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, la solution que cette décision pose peut être valablement transposée au droit en vigueur actuellement car elle reflète un *principe général* applicable à la matière des procédures collectives. Les faits se présentaient ainsi : une procédure de redressement judiciaire a été ouverte contre une société, la société Multivoiles, le juge-commissaire a, par une ordonnance du 27 mai 1991, admis la créance de la Caisse de crédit mutuel de Caen Venoix et décidé qu'elle serait portée sur l'état des créances. L'arrêt d'appel analyse cette décision comme entrant effectivement dans les attributions du juge-commissaire. Il s'agissait en effet d'une ordonnance d'admission de la créance. Le juge-commissaire a ordonné qu'elle soit portée sur l'état des créances. L'hypothèse correspondait exactement aux données de l'article 103 de la loi du 25 janvier 1985. Les cautions des engagements de la société Multivoiles envers la banque (la Caisse de crédit mutuel de Caen Venoix), ont formé un recours contre cette ordonnance. Les cautions pouvaient former un recours car elles sont considérées comme « personnes intéressées » au sens de l'article 103 précité. Mais elles devaient aux termes de ce même article, s'adresser au juge-commissaire qui statue sur la réclamation, puis par la suite, la décision de celui-ci sera susceptible d'appel. Ce que les cautions n'ont – malheureusement – pas fait ; au lieu de s'adresser au juge-commissaire, elles se sont adressées au tribunal lui-même. Le tribunal a à son tour accueilli la contestation, ce qui a entraîné le rejet de la créance. La banque a interjeté appel, mais l'arrêt attaqué l'a déclaré irrecevable au moyen d'un double motif qui ne peut être considéré comme valable. La cour d'appel s'est placée dans le cadre de l'ancien article 173-2° de la loi du 25 janvier 1985 qui stipule que ne sont pas susceptibles d'appel « les jugements par lesquels le tribunal statue sur le recours formé contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire dans la limite de ses attributions (...) ». La cour d'appel constate d'abord qu'il entrait dans les compétences du juge-commissaire de déclarer la créance admise, elle estime ensuite que l'appel-nullité – l'appel-réformation étant fermé selon la thèse qu'elle a adoptée – n'était pas recevable de la part de la banque. Ce raisonnement est *erroné*. S'il est vrai que le juge-commissaire a statué dans les limites de ses attributions, le tribunal était *totalemment* dépourvu de pouvoir pour statuer comme il l'a fait. C'est la cour d'appel qui seule disposait des pouvoirs que le tribunal s'est arrogé. L'article 173-2° précité instituant des restrictions au droit d'appel n'était pas du tout applicable à l'hypothèse envisagée. On est donc arrivé à ce résultat paradoxal que la cour d'appel a refusé d'exercer ses propres pouvoirs parce que le tribunal les a exercés à sa place. Il paraît évident que l'appel était recevable pour faire juger que le tribunal était *dépourvu de tout pouvoir juridictionnel*. Censurant l'arrêt d'appel, la Cour de cassation énonce : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que si l'ordonnance du juge-commissaire a été rendue dans les limites des attributions de ce magistrat, le tribunal était, en revanche, dépourvu de pouvoir juridictionnel pour statuer dans une matière réservée, sur recours des parties ou des tiers, à la cour d'appel, ce dont il résulte que l'appel du jugement entrepris n'était pas soumis aux dispositions restreignant l'exercice des voies de recours du droit commun, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

999. – Concernant la matière des voies de recours qui nous intéresse particulièrement, la question se pose de savoir ce qu’a apporté de nouveau à cette matière, la loi – nouvelle – de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, et qui a remplacé l’ancienne loi de sauvegarde des entreprises n° 85-98 du 25 janvier 1985.

La loi du 26 juillet 2005 fut à son tour récemment modifiée par l’ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, portant réforme du droit des entreprises en difficulté et son décret d’application du 12 février 2009. Il faudra alors examiner ce qu’a apporté l’ordonnance précitée à l’ouverture des voies de recours dans cette loi.

La lecture de la loi du 26 juillet 2005 modifiée, montre qu’elle n’a pas apporté de modification ni d’innovation en ce qui concerne les voies de recours possibles contre les décisions statuant sur l’ouverture des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

1000. – Par ailleurs, avant qu’intervienne l’ordonnance précitée du 18 décembre 2008, le régime des voies de recours applicable aux jugements statuant sur les recours formés contre les ordonnances du juge-commissaire, autrefois régi par l’article 173-2° de la loi du 25 janvier 1985, avait été repris, *sans aucune modification*, à l’article L. 661-5 C. com. Cet article se présentait ainsi :

« Ne sont susceptibles que d’un appel ou d’un pourvoi en cassation de la part du ministère public, les jugements statuant sur les recours formés contre les ordonnances du juge-commissaire rendues en application des articles L. 642-18 et L. 642-19 ».

1001. – Depuis l’ordonnance précitée du 18 décembre 2008, un changement considérable est intervenu en cette matière, puisque cette ordonnance a purement et simplement *abrogé* l’article L. 661-5 C. com.

Ainsi, et en application de l’ordonnance précitée du 18 décembre 2008 et de son décret d’application du 12 février 2009, l’interdiction faite aux parties d’exercer une voie de recours à l’encontre des jugements statuant sur les recours formés contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire, *disparaît*. Désormais, le recours ouvert à l’encontre de l’ordonnance du juge-commissaire n’a plus lieu devant le tribunal, mais devant la cour d’appel dans le cadre d’un *véritable appel-réformation*. En outre, le pourvoi en cassation n’étant pas exclu, il faut considérer qu’il est recevable à l’encontre des arrêts de la cour d’appel statuant en la matière.

Désormais et en vertu respectivement des articles R. 642-37-1 et R. 642-37-3, al. 2 C. com., les recours contre les ordonnances du juge-commissaire rendues en application des articles L. 642-18 et L. 642-19 C. com.¹⁸⁶³ sont formés devant la cour d'appel.

1002. – C'est ainsi que l'abrogation de l'article L. 661-5 C. com. et la modification apportée par l'ordonnance précitée et son décret d'application ont pour effet de *restreindre* en droit des procédures collectives, les interdictions d'appel et, par conséquent, le domaine d'application de l'appel-nullité, et – si l'on peut dire – des recours-nullité en général.

1003. – Une jurisprudence constante autrefois construite autour de l'ancien article L. 661-5 C. com., consacrait la recevabilité de l'appel-nullité contre les jugements rendus sur recours contre les ordonnances du juge-commissaire lorsque ces jugements enfreignaient un principe fondamental de procédure civile¹⁸⁶⁴, ou, étaient entachés d'excès de pouvoir¹⁸⁶⁵. Aujourd'hui, et après qu'ait été abrogé l'article L. 661-5 précité, cette jurisprudence est devenue *caduque sur le point particulier relatif à l'application de ce texte*.

1004. – Si l'ordonnance du 18 décembre 2008 a complètement supprimé un texte *fondamental* quant aux interdictions au droit d'appel qu'est l'article L. 661-5 C. com., il n'en est pas ainsi concernant *d'autres dispositions de la loi nouvelle* instituant de nombreux et différents types d'interdictions au droit d'appel.

¹⁸⁶³ Les articles L. 642-18 et L. 642-19 C. com. se rapportent à la cession des biens du débiteur. Ils réglementent notamment la procédure de saisie immobilière des biens de celui-ci, les décisions du juge-commissaire relatives à la mise à prix et à la fixation des conditions essentielles de la vente d'immeubles. Y sont de même régies, les ordonnances prises par celui-ci pour la vente par adjudication amiable des biens du débiteur, ou la vente de gré à gré de ces biens.

L'ordonnance précitée du 18 décembre 2008 n'a pas apporté de modification à l'article L. 642-19. En revanche, cette ordonnance a, sans lui apporter de modifications substantielles, introduit dans l'article L. 642-18 C. com. une référence aux articles 2204 à 2212 C. civ. à l'exception des articles 2206 et 2211 du même Code, tous relatifs à l'adjudication d'immeuble, et y a prévu une restriction, à savoir que les dispositions de ces textes ne soient pas contraires à celles du Code de commerce.

¹⁸⁶⁴ Cass. com., 30 mars 1993 précit. : Bull. civ. 4, n° 132, p. 89. – Cass. com., 28 mai 1996 précit. : Bull. civ. 4, n° 150, p. 130 ; D. 1997, jur. 538, note G. Bolard ; Pet. Aff. du 9 mai 1997, n° 56, p. 13, note Ch. Lebel ; RTD civ. 1996. 985, obs. R. Perrot.

¹⁸⁶⁵ Cass. com., 12 mai 1992 précit. : Bull. civ. 4, n° 182 ; D. 1992, jur. 345, note G. Bolard ; Rép. Def. 1992, art. 35382, p. 1376, obs. J.-P. Sénéchal. – Cass. com., 30 mars 1993 précit. : Bull. civ. 4, n° 131, p. 88 ; D. 1993, IR. 131. – CA Orléans, 26 sept. 2007 précit., n° RG : 07/01822. – Cass. com., 16 juin 2009 précit. : Bull. civ. 4, n° 82 ; D. 2009. 2521, note J. Théron ; Lexbase heb. éd. Gén., n° 359 (juillet 2009), obs. E. Le Corre-Broly.

En effet, la loi nouvelle du 26 juillet 2005 avait repris à l'article L. 661-6 C. com. les dispositions de l'ancien article 174 de la loi du 25 janvier 1985. Celui-ci avait, à son tour, été intégré au Code de commerce à l'ancien article L. 623-6. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a maintenu inchangé le texte de l'article L. 661-6¹⁸⁶⁶, cependant, elle y a ajouté un paragraphe deuxième et, un paragraphe cinquième, qui, respectivement, posent des *interdictions au droit d'appel* contre les jugements relatifs à la modification de la mission de l'administrateur, et, ceux statuant sur la résolution du plan de cession.

Désormais, l'article L. 661-6 se présente ainsi :

« I. - Ne sont susceptibles d'appel que de la part du ministère public même s'il n'a pas agi comme partie principale :

1° Les jugements ou ordonnances relatifs à la nomination ou au remplacement de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du liquidateur, des contrôleurs, du ou des experts ;
2° Les jugements statuant sur la durée de la période d'observation, sur la poursuite ou la cessation de l'activité.

II. - Ne sont susceptibles que d'un appel de la part du débiteur ou du ministère public, les jugements relatifs à la modification de la mission de l'administrateur.

III. - Ne sont susceptibles que d'un appel de la part, soit du débiteur, soit du ministère public même s'il n'a pas agi comme partie principale, soit du cessionnaire ou du cocontractant mentionné à l'article L. 642-7, les jugements qui arrêtent ou rejettent le plan de cession de l'entreprise. Le cessionnaire ne peut interjeter appel du jugement arrêtant le plan de cession que si ce dernier lui impose des charges autres que les engagements qui l'a souscrits au cours de la préparation du plan.

Le cocontractant mentionné à l'article L. 642-7 ne peut interjeter appel que de la partie du jugement qui emporte cession du contrat.

IV. - Ne sont susceptibles que d'un appel soit de la part du ministère public même s'il n'a pas agi comme partie principale, soit du cessionnaire, dans les limites mentionnées à l'alinéa précédent, les jugements modifiant le plan de cession.

V. - Ne sont susceptibles que d'un appel de la part du débiteur, de l'administrateur, du liquidateur, du cessionnaire et du ministère public les jugements statuant sur la résolution du plan de cession.

(...) ».

¹⁸⁶⁶ Notons seulement que l'ordonnance précitée du 18 décembre 2008 a ajouté le terme « ordonnances » au texte de l'alinéa premier du paragraphe premier de l'article L. 661-6 C. com. en question. L'ajout de ce terme au texte de l'alinéa vise à inclure parmi les décisions insusceptibles d'appel les ordonnances rendues par le juge-commissaire relativement à la nomination ou au remplacement des organes de la procédure qui y sont mentionnés.

Les dispositions de l'ancien article 174 de la loi du 25 janvier 1985 ayant été entièrement reprises par la loi du 26 juillet 2005 à l'article L. 661-6 précité, il faut par conséquent considérer la jurisprudence autrefois appliquée à l'article 174¹⁸⁶⁷, *comme toujours valable*.

Les dispositions de l'article L. 661-6 dans leur version antérieure à la réforme opérée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, posaient déjà des restrictions assez importantes au droit de faire appel des décisions qui surviennent au cours de la procédure collective. Cette ordonnance est venue *encore amplifier ces restrictions*.

1005. – A cet égard, il est important de souligner que ces restrictions sont *de différents types*. Certaines restrictions se rapportent aux *parties* qui peuvent faire appel d'une décision, et, elles constituent en pratique les atteintes *les plus fréquentes* au droit d'appel, elles sont nombreuses à l'article L. 661-6. C'est ainsi que le droit de faire appel des jugements relatifs à la nomination de certains organes de la procédure – tels que le liquidateur ou le mandataire judiciaire – est réservé au ministère public *à l'exclusion de toute autre partie*. Il en est de même des jugements statuant sur la durée de la période d'observation, sur la poursuite ou la cessation de l'activité.

Le droit de faire appel des jugements qui arrêtent ou rejettent le plan de cession de l'entreprise subit le même type de restriction, mais il est *moins étendu* que dans le cas précédent.

C'est ainsi que le droit de faire appel de ces jugements appartient, en vertu du paragraphe troisième de l'article L. 661-6, à côté du ministère public au débiteur, au cessionnaire ou au cocontractant du débiteur mentionné à l'article L. 642-7 C. com.¹⁸⁶⁸.

Ce même type de restriction s'applique aux jugements modifiant le plan de cession. Ainsi, le droit de faire appel de ces jugements est réservé au ministère public.

¹⁸⁶⁷ La jurisprudence appliquait avec rigueur les interdictions à l'exercice des voies de recours, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, v. par ex. : Cass. com., 12 juill. 1993 : Bull. civ. 4, n° 296. La Cour énonce : « *Attendu qu'il résulte des dispositions combinées des articles 174 et 175 de la loi du 25 janvier 1985 qu'il ne peut être exercé de recours en cassation contre les jugements ou arrêts statuant en matière de plan de cession* ».

¹⁸⁶⁸ L'article L. 642-7 C. com. se situe dans le chapitre deuxième du Titre quatrième relatif à « la liquidation judiciaire ». Celui-ci est situé dans le Livre sixième du Code de commerce relatif aux « difficultés des entreprises ». Ce chapitre deuxième se rapporte lui-même à « la réalisation de l'actif ». Cet article se situe plus précisément sous la section première de ce chapitre deuxième relative à la « cession de l'entreprise ». Ce texte dispose en son alinéa premier :

A côté du ministère public, ce droit appartient de même au *cessionnaire*. Mais à l'égard de celui-ci, et à l'instar de ce qui est édicté au paragraphe troisième précité de l'article L. 661-6 concernant son droit de faire appel des jugements qui arrêtent ou rejettent le plan de cession, il est assorti d'une *limite assez contraignante*, à savoir, il faut pour qu'il puisse valablement exercer le droit d'appel, que le plan de cession *lui impose des charges autres que les engagements qui l'a souscrits au cours de la préparation du plan*.

Le nouveau paragraphe deuxième de l'article L. 661-6 est venu instituer *le même type d'interdiction*. C'est ainsi qu'en vertu de ce texte, les jugements relatifs à la modification de la mission de l'administrateur ne peuvent faire l'objet d'un appel que de la part du *débiteur* ou du *ministère public*. Cette interdiction à l'appel est d'autant plus grave que les jugements qui modifient la mission de l'administrateur ont la nature de jugements *pouvant faire grief*.

Le nouveau paragraphe cinquième de ce même article est à son tour venu instituer *le même type d'interdiction*. Ce texte a institué l'interdiction de faire appel des jugements statuant sur la résolution du plan de cession. Cependant cette interdiction *n'est pas d'une grande ampleur*, puisque le droit de faire appel de ces jugements est ouvert à l'égard du débiteur, de l'administrateur, du liquidateur, du cessionnaire et du ministère public.

1006. – Puisque le droit de faire appel des décisions qui interviennent au cours de la procédure collective est réservé à des personnes limitativement énumérées, ceci laisse à penser que l'appel-nullité *devait être ouvert* au profit de nombreuses autres personnes, non citées dans le texte, lorsque les décisions en cause sont entachées d'un vice d'une gravité telle qui justifie la recevabilité d'un appel-nullité. Nous pouvons remarquer que ce sont principalement *les créanciers de l'entreprise*, qui sont le plus touchés par les interdictions au droit d'appel instituées par l'article L. 661-6 C. com. C'est pour cette raison qu'en pratique ce sont eux qui entreprennent le plus souvent de pratiquer des recours en appel-nullité contre les jugements intervenus au cours de la procédure collective.

« Le tribunal détermine les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité au vu des observations des cocontractants du débiteur transmises au liquidateur ou à l'administrateur lorsqu'il en a été désigné ».

1007. – Nous remarquons qu'en plus des limitations relatives à la qualité pour interjeter appel, il en existe d'autres qui se manifestent au niveau des *limites* imposées pour sa recevabilité. C'est le cas du droit d'appel ouvert au cessionnaire contre les jugements arrêtant ou rejetant le plan de cession de l'entreprise, et les jugements modifiant le plan de cession. Il ne peut en effet exercer ce recours que dans un cas précis, celui où le plan *lui impose des charges autres que les engagements qu'il a souscrits au cours de la préparation du plan*.

Il existe donc une importante restriction à l'exercice du droit d'appel contre ces types de jugements. Nous pensons qu'à plus forte raison, l'appel-nullité devait être toujours ouvert au profit du cessionnaire lorsque les jugements arrêtant ou rejetant le plan de cession, ou les ceux modifiant ce plan sont entachés d'excès de pouvoir ou – même, pourrions-nous à la limite dire – violent un principe fondamental de procédure civile.

1008. – Dans le même ordre d'idées, le droit d'appel n'est ouvert au cocontractant du débiteur mentionné à l'article L. 642-7, que pour une partie déterminée du jugement, celle qui emporte cession du contrat.

Ces conditions constituent des atteintes au droit de faire appel des décisions survenant au cours de la procédure collective, *au même titre* que les restrictions qui se rattachent à la qualité d'exercer cette voie de recours. Ces atteintes constituent des justifications à la recevabilité de l'appel-nullité, lorsque la décision rendue est atteinte d'une illégalité flagrante, un excès de pouvoir ou, même, une violation d'un principe fondamental de procédure civile, et ne rentre pas dans les conditions restrictives posées par la loi du 26 juillet 2005 modifiée pour l'exercice des voies de recours.

1009. – D'autres articles de cette loi contiennent des limitations au droit d'appel ; elles sont moins importantes que celles évoquées plus haut, mais méritent néanmoins d'être signalées. C'est ainsi que l'article L. 661-4, dont les dispositions sont demeurées inchangées après la réforme du droit des entreprises en difficulté, interdit tout recours contre les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement du juge-commissaire. Il est vrai que dans ce cas, la décision s'apparente à une mesure d'administration judiciaire et, à la différence des décisions susmentionnées tels les jugements arrêtant ou rejetant le plan de cession, elle ne met pas en jeu les intérêts pécuniaires des parties impliquées dans la procédure collective. Selon la Cour de cassation, la nature de ces décisions *exclut qu'ils puissent faire l'objet d'un recours-nullité*¹⁸⁶⁹.

1010. – Si l'application des recours-nullité a été, d'une part, restreinte par l'effet de l'abrogation de l'article L. 661-5 C. com., texte qui donnait naissance à une abondante jurisprudence en matière d'appel-nullité et de pourvoi-nullité, d'autre part, de nouvelles interdictions du droit de faire appel des décisions intervenant au cours de la procédure collective tels les jugements arrêtant ou modifiant le plan de cession, ont été instituées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 à l'article L. 661-6 du même Code, ce qui crée un *nouveau terrain propice au développement de l'appel-nullité contre ces jugements*¹⁸⁷⁰.

1011. – Nous pensons en définitive que l'appel-nullité conserve grâce à l'existence de l'article L. 661-6 précité, devenu désormais *le siège de la matière des interdictions d'appel*, une *place toujours importante* dans le domaine du droit français des procédures collectives s'appliquant aux entreprises en difficulté.

¹⁸⁶⁹ Cass. com., 17 fév. 1998 : Bull. civ. 4, n° 80, p. 62 ; D. 1998. 274, note A. Perdriau et F. Derrida. L'arrêt vise l'exclusion d'un pourvoi en cassation fondé sur l'excès de pouvoir, mais nous pensons que la solution peut être *valablement généralisée* à l'appel-nullité, ainsi qu'aux recours-nullité. Nous pensons que le risque d'illégalité qui toucherait de telles décisions, *n'est pas du tout écarté*. On pourrait ainsi penser aux motifs de récusation des juges.

¹⁸⁷⁰ Nous mentionnons ici l'appel-nullité à l'exclusion du pourvoi-nullité, car l'article L. 661-5 C. com. qui instituait l'interdiction de l'appel et du pourvoi en cassation contre les jugements statuant sur les recours formés contre les ordonnances du juge-commissaire rendues en application des articles L. 642-18 et L. 642-19, a été abrogé, et, l'article L. 661-6 C. com. devenu désormais le texte principal en matière d'interdiction des voies de recours en droit des procédures collectives, n'interdit que l'appel et ne mentionne *aucunement* le pourvoi en cassation. Donc, c'est l'appel-nullité *qui comblera naturellement l'absence d'appel*.

La subsidiarité, concrétisée par l'appel-nullité, est donc *préservée dans le domaine très spécifique des procédures collectives*¹⁸⁷¹. Ceci revêt une importance considérable, d'autant plus que c'est un domaine où se multiplient les décisions judiciaires entraînant en elles-mêmes un risque d'*erreur grossière* ou de *violation flagrante de la loi*, griefs tous deux assimilables à l'*excès de pouvoir*.

Après avoir examiné les hypothèses d'interdiction de l'appel en droit français des procédures collectives, il nous faut rechercher quelle est la situation en droit libanais.

1012. – A la différence du droit français, le droit libanais ne connaît pas la sauvegarde des entreprises, mais seulement le droit de la faillite tel qu'il était appliqué en France avec la loi du 13 juillet 1967.

Le droit libanais de la faillite est réglementé dans le Livre cinquième du Code de commerce, intitulé « du concordat préventif et de la faillite ». Le législateur libanais, inspiré en ceci par le droit français antérieur, a interdit les voies de recours contre plusieurs décisions intervenues avant ou lors des procédures de faillite. Il en est par exemple ainsi de la décision par laquelle le tribunal convoque les créanciers pour délibérer sur la proposition du concordat préventif, ceci résulte des dispositions de l'article 462, al. 1^{er} C. com. lib., texte situé dans le Titre premier du Livre cinquième précité. L'article 462, al. 1^{er} dispose :

« Si le tribunal reconnaît que la demande est régulière et recevable, il ordonnera, par jugement non susceptible d'appel, la convocation des créanciers devant un juge délégué pour discuter et délibérer sur la proposition du concordat préventif ».

De même, les jugements de nomination et de récusation des syndics *ne sont pas susceptibles de recours*, ceci résulte des dispositions de l'article 519 C. com. lib.

Ne sont pas non plus susceptibles de recours, les décisions par lesquelles le tribunal nomme ou remplace le juge-commissaire. Ceci résulte des dispositions de l'article 523 C. com. lib.

Les deux articles 519 et 523 disposent respectivement :

« Les jugements relatifs à la nomination ou à la récusation des syndics ne sont susceptibles d'aucun recours ».

¹⁸⁷¹ Sur les manifestations de la subsidiarité et partant, les applications jurisprudentielles de l'appel-nullité dans la matière spécifique des procédures collectives, v. *infra* n^{os} 1036 et s.

« Le tribunal pourra, à toutes époques, remplacer le juge-commissaire de la faillite par un autre de ses membres sans que ce jugement, pas plus que celui de nomination du juge-commissaire, puisse être l'objet d'une voie de recours ».

Ces deux textes sont situés dans un même chapitre. Il s'agit du chapitre troisième du Titre deuxième de ce cinquième Livre du Code de commerce libanais. Ce chapitre est relatif à « la procédure de faillite », il est situé dans le second titre du Livre cinquième se rapportant à *la faillite*. La suppression des voies de recours découlant de ces deux textes s'explique par la volonté de ne pas laisser entraver la procédure de la faillite par des manœuvres dilatoires.

1013. – On peut constater que l'ampleur de la suppression des voies de recours *est plus importante en droit français* des procédures collectives qu'en droit libanais de la faillite. Ceci est dû à l'esprit très différent qui anime les deux législations.

De plus, et surtout c'est *la nature* des décisions concernées par l'interdiction qui est différente. En droit libanais il s'agit de décisions s'apparentant à des décisions *d'administration judiciaire* tel qu'il en est de la convocation des créanciers, la nomination et la récusation des syndics et les décisions de nomination ou de remplacement du juge-commissaire. En revanche, les décisions à l'égard desquelles l'interdiction des voies de recours s'applique en droit français se rapportent à *des enjeux beaucoup plus importants*, ils mettent en jeu la pérennité de l'entreprise ainsi que l'intérêt d'une foule de personnes intéressées au sort de celle-ci, tels ses créanciers. En somme, il s'agit de décisions qui sont *de nature à faire grief*.

Il faudra par conséquent, examiner l'incidence de cette différence sur l'existence de la subsidiarité en droit libanais de la faillite, ce qui se fera plus loin.

1014. – A côté du droit des entreprises en difficulté, il existe d'autres domaines où le législateur a cherché à limiter, à supprimer ou à poser de graves restrictions à l'exercice des voies de recours. Il en est ainsi sans nul doute, du *droit de l'arbitrage*.

C'est en effet dans le but d'éviter les manœuvres dilatoires pratiquées très souvent par les parties à un arbitrage, et notamment, faciliter la constitution du tribunal arbitral appelé à statuer sur le litige survenu entre les parties à la convention d'arbitrage¹⁸⁷², que le législateur a interdit les voies de recours contre certaines décisions intervenant dans le cadre de la procédure arbitrale.

¹⁸⁷² A. HORY, note précit. sous Cass. 2^{ème} civ., 21 janv. 1998 in Rev. arb. 1998. 116.

Il en est notamment ainsi des ordonnances du premier président du tribunal de grande instance rendues relativement à la désignation des arbitres. C'est alors que l'article 1457, al. 1^{er} CPC, texte applicable à l'arbitrage interne qu'international¹⁸⁷³, interdit tout recours contre les ordonnances du président rendues en vertu de ce pouvoir conféré par la loi. Ce texte dispose :

« Dans les cas prévus aux articles 1444, 1454, 1456 et 1463, le président du tribunal, saisi comme en matière de référé par une partie ou par le tribunal arbitral, statue par ordonnance non susceptible de recours ».

Il s'agit ici d'une illustration parfaite d'un cas d'*interdiction pure et simple de l'appel*¹⁸⁷⁴. Mais aussi, la jurisprudence a toujours considéré que l'interdiction de tout recours inclut les voies de recours ordinaires, dont l'appel, et, les voies de recours extraordinaires¹⁸⁷⁵. C'est ainsi, qu'il a été jugé, qu'est irrecevable le pourvoi en cassation dirigé contre une ordonnance d'un président de tribunal de grande instance qui, statuant en référé, a rejeté les demandes de récusation des arbitres¹⁸⁷⁶.

¹⁸⁷³ L'article 1493 CPC qui s'applique à « l'arbitrage international » fait un renvoi, en son deuxième alinéa à l'article 1457. Cet article 1493 dispose :

« Si pour les arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l'application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du tribunal de grande instance de Paris selon les modalités de l'article 1457 ».

¹⁸⁷⁴ Cependant, le deuxième alinéa de l'article 1457 précité prévoit une exception, et une seule, à l'interdiction de la voie d'appel. Ce deuxième alinéa dispose :

« Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le président déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1444 (alinéa 3). L'appel est formé, instruit et jugé comme en matière de contredit de compétence ».

L'exception prévue par cet alinéa, concerne les cas où la clause compromissoire est manifestement nulle ou insuffisante pour permettre la désignation des arbitres. Cette exception est ici permise pour un cas précis, et le texte qui la prévoit est appliqué fidèlement par la jurisprudence. Pour une application de cette exception, v. par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 1993, CA Paris, 16 avr. 1993 et 26 mai 1992 : Rev. arb. 1993. 431, note A. Hory.

¹⁸⁷⁵ S. GUINCHARD, note sous Cass. 2^{ème} civ., 22 nov. 1989 in Rev. arb. 1990. p. 146, n° 7, et les réf. citées.

¹⁸⁷⁶ Cass. 2^{ème} civ., 22 nov. 1989 : Rev. arb. 1990. 142, note S. Guinchard.

1015. – Bien qu’ayant l’intérêt de favoriser l’efficacité de la procédure arbitrale¹⁸⁷⁷, l’interdiction de tout recours a été considérée comme *dangereuse* dès lors qu’elle peut avoir pour effet *de laisser sans sanction des violations graves à des principes fondamentaux*¹⁸⁷⁸. Cependant, tel que l’a, à juste titre, fait observer une doctrine autorisée¹⁸⁷⁹, cette interdiction doit sans aucun doute possible, *fléchir* et permettre la recevabilité de l’appel-nullité contre la décision rendue par le président du tribunal, dans les cas prévus à l’article 1457, lorsque celle-ci est *entachée d’une illégalité particulièrement grave*.

1016. – En droit libanais de l’arbitrage, des interdictions analogues à celles adoptées en droit français s’appliquent à l’exercice des voies de recours. Le législateur libanais s’est en effet, largement inspiré de la réforme du droit français de l’arbitrage découlant du décret du 14 mai 1980. Le nouveau Code de procédure civile libanais a repris de manière plus ou moins fidèle, toutes les dispositions de ce décret.

A ainsi été édictée dans ce Code, l’interdiction de tout recours contre les ordonnances du premier président du tribunal de première instance prises dans le cadre de sa fonction d’appui à la constitution du tribunal arbitral. C’est alors que l’article 774 NCPC lib. dispose :

« Dans les cas prévus aux articles 764, 771 et 773, le premier président du tribunal désigné à l’article 770, al. 2 rend son ordonnance avec promptitude sur demande de l’une des parties ou du tribunal arbitral. Son ordonnance n’est susceptible d’aucune voie de recours ».

L’article 774 consacre, à l’instar de l’article 1457 CPC applicable en droit français, une interdiction *pure et simple* de tout recours contre la décision du président du tribunal compétent.

Cet article fait référence aux articles 764, 771 et 773 du même code, dont il serait intéressant d’en connaître le contenu.

L’article 764 dispose :

« Si, le litige né, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté du fait de l’une des parties ou dans la mise en œuvre des modalités de désignation, le président du tribunal de première instance désigne le ou les arbitres.

S’il apparaît au président du tribunal que la clause compromissoire est soit manifestement nulle, soit insuffisante pour permettre de constituer le tribunal arbitral, le président le constate et déclare n’y avoir lieu à désignation ».

¹⁸⁷⁷ J. ROBERT et B. MOREAU, *L’arbitrage*, Dalloz, 13^{ème} éd., 1983, n° 151.

¹⁸⁷⁸ A. LACABARATS, note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 2000 (deux espèces) in Rev. arb. 2000. 450.

¹⁸⁷⁹ G. BOLARD, note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995 in D. 1996, jur. 80.

L'article 771 dispose :

« Ce cas de pluralité d'arbitres, ils doivent toujours être en nombre impair sous peine de nullité de l'arbitrage.

Si deux arbitres ont été nommés, ou s'ils ont été nommés en nombre pair, un arbitre supplémentaire sera désigné soit suivant les modalités fixées par les parties, soit par accord des arbitres, et à défaut d'accord par ordonnance du président du tribunal de première instance ».

Quant à l'article 773, il dispose :

« Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la mission des arbitres ne dure que six mois à compter du jour où le dernier d'entre eux l'a acceptée.

Le délai légal ou conventionnel peut être prorogé soit par accord des parties, soit, par ordonnance du président du tribunal de grande instance rendue à la demande de l'une d'elles ou du tribunal arbitral ».

Les articles 764, 771, 773 et 774 NCPC lib. se situent dans la première partie du Livre second du nouveau Code de procédure civile libanais relatif aux « litiges et procédures diverses », plus précisément, sous la première partie du Titre premier relative aux « règles d'arbitrage en droit interne ». L'article 774 en question s'applique, à l'instar de ce qui en est en droit français, à l'arbitrage interne aussi bien qu'international¹⁸⁸⁰.

Notons que les articles 764, 771 et 773 NCPC lib. précités sont clairement comparables à ceux du Code de procédure civile français applicables pour régir les mêmes matières.

C'est ainsi que l'article 764 NCPC lib. est analogue à l'article 1444 CPC, tandis que l'article 771 du même code est analogue à l'article 1453 CPC. Quant à l'article 773, il est hautement comparable à l'article 1456.

1017. – L'existence de profondes analogies entre les deux séries de textes français et libanais, devait avoir une incidence certaine sur les solutions jurisprudentielles relativement à l'application de ces textes en cas d'excès de pouvoir ou – oserons-nous dire –, de violation d'un principe fondamental de procédure civile. Ce qui sera examiné plus loin.

¹⁸⁸⁰ En effet, l'article 810 NCPC lib. qui s'applique à « l'arbitrage international » et qui régit la procédure de désignation des arbitres fait un renvoi exprès aux dispositions de l'article 774 en question.

1018. – La subsidiarité se révélant en toute matière où des restrictions plus ou moins graves sont infligées au droit d'appel, il existe aussi à côté des matières de l'arbitrage et des procédures collectives susmentionnées, celui du droit de la famille. Il s'agit plus spécialement des décisions prises lors d'une instance en divorce. Il en est ainsi de l'article 1112 CPC applicable aux décisions prises par le juge aux affaires familiales. Cet article dispose :

« L'ordonnance rendue en application des articles 1110 et 1111 est susceptible d'appel dans les quinze jours de sa notification, mais seulement quant à la compétence et aux mesures provisoires ».

Nous voyons qu'ici il n'y a pas interdiction de l'appel mais il s'agit plus *de restrictions assez étendues au droit d'appel*. L'appel demeurant recevable en ce qui concerne la compétence et les mesures provisoires, l'appel-nullité ne conserve pas moins une place pour s'appliquer lorsque la décision entachée d'illégalité concerne toutes matières *autres* que la compétence et les mesures provisoires. Ces dernières ont un domaine *résiduel* en ce qui concerne la permissivité à l'égard de l'appel, les matières qui sont exclues du droit d'appel *demeurent assez importantes*.

1019. – Au terme de cette analyse des hypothèses d'interdiction de l'appel, il est nécessaire de souligner que le Code de procédure civile a classé celles-ci parmi *les fins de non-recevoir*. Cette règle est édictée à l'article 125 CPC, qui dispose :

« Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours ».

Les dispositions de l'article 125 doivent être lues à la lumière de celles de l'article 122 du même Code, cet article dispose :

« Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir (...) ».

L'interdiction des voies de recours¹⁸⁸¹ est importante à plus d'un titre : elle rend propice le recours à l'appel-nullité employé en présence d'une illégalité flagrante, pour contrecarrer cette interdiction, mais aussi, son non-respect par le juge entraîne la commission d'un *excès de pouvoir*¹⁸⁸². Il en est notamment ainsi en droit des procédures collectives, lorsqu'une cour d'appel saisie d'un appel-nullité statue sur le fond de la demande, sans relever d'office, pour annuler le jugement, *la fin de non-recevoir d'ordre public* tirée de l'interdiction faite au créancier d'agir en relevé de forclusion plus d'une année après le jugement d'ouverture¹⁸⁸³.

1020. – A l'instar de ce qui en est en droit français, le droit libanais classe l'interdiction d'employer les voies de recours parmi les fins de non-recevoir. Ceci découle de la combinaison des articles 62 et 64 NCPC lib. L'article 62 al. 1^{er} dispose :

« La fin de non-recevoir est tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond pour défaut de droit d'agir »

L'article 64 du même Code dispose :

« Le tribunal doit relever d'office la fin de non-recevoir d'ordre public, notamment si elle résulte de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours ».

Nous voyons que les articles 62 et 64 NCPC lib. sont analogues aux articles 122 et 125 CPC, ceci nous permet d'affirmer que les solutions de la jurisprudence française *sont transposables sans réserves au droit libanais*.

¹⁸⁸¹ V. un intéressant arrêt qui fait application des dispositions de l'article 125 CPC et a le mérite de préciser que l'absence d'ouverture d'une voie de recours ne constitue pas une exception d'incompétence mais bien *une fin de non-recevoir* : Cass. com., 22 oct. 1996 précit. : Bull. civ. 4, n° 251, p. 216 ; JCP 1996. 2. 22738, rapp. J.-P. Rémy ; Procédures, déc. 1996, comm. n° 350, note R. Perrot ; RTD civ. 1997. 746, obs. R. Perrot. Sur cet arrêt, v. *supra* note 1560 sous n° 848. – V. aussi : Cass. 2^{ème} civ., 20 mars 2003, n° de pourvoi : 01-14.260.

¹⁸⁸² Pour une affirmation à portée générale de cette solution, v. par ex. : Cass. com., 28 avr. 2009 : Bull. civ. 4, n° 57.

¹⁸⁸³ Cass. com., 28 mai 1996 : D. 1996, IR. 161. – V. aussi sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, mettant en cause l'application de l'ancien article 173 de cette loi : Cass. com., 19 déc. 2000, n° de pourvoi : 98-10.523. En l'espèce, un tribunal saisi d'un recours contre une ordonnance du juge-commissaire, a relevé la créancière de la forclusion encourue sans relever d'office l'interdiction faite au créancier d'agir en relevé de forclusion plus d'une année après le jugement d'ouverture, ce qui était le cas en l'espèce, *se rendant ainsi coupable d'excès de pouvoir*. L'appel-nullité interjeté contre ce jugement a été ainsi jugé recevable. – V. aussi dans le même sens pour une espèce où un juge-commissaire a excédé ses pouvoirs, en accueillant une action en relevé de forclusion exercée plus d'un an après le jugement d'ouverture : Cass. com., 7 juill. 1998 précit., n° de pourvoi : 96-13.248. Sur les faits et la solution de cet arrêt, v. *infra* note 1903 sous n° 1032.

Soulignons que le nouvel article L. 622-26 C. com. régissant désormais l'action en relevé de forclusion, impose que celle-ci soit exercée dans le délai de *six mois* qui court à compter de la publication du jugement d'ouverture. Sur le texte de cet article, v. *infra* note 2111 sous n° 1111.

Après l'examen de la première condition de mise en œuvre de l'appel-nullité, qui est l'inexistence de la voie d'appel, il nous faut à présent examiner la seconde condition, et qui est l'inexistence d'une autre voie de recours pour remédier à l'illégalité alléguée.

Sous-par. 2 : L'inexistence de toute autre voie de recours pour sanctionner le vice.

1021. – Cette deuxième condition exigée pour la recevabilité de l'appel-nullité semblerait aller de soi. Il est néanmoins justifié de lui consacrer ce passage. En effet, d'une part les tribunaux *affirment clairement* que pour que soit recevable l'appel-nullité il ne suffit pas que la décision ne soit pas susceptible d'appel, mais il faut au surplus, *qu'il n'y ait aucune autre voie de recours praticable contre cette décision*¹⁸⁸⁴, et, d'autre part, une doctrine autorisée souligne l'importance de cette condition¹⁸⁸⁵.

C'est ainsi que notamment, l'appel-nullité ne pourrait être exercé lorsqu'un pourvoi en cassation est possible¹⁸⁸⁶, et, qu'il ne serait pas recevable contre les jugements du tribunal d'instance ou du tribunal de commerce *rendus en premier et dernier ressort*¹⁸⁸⁷. Ces jugements peuvent être frappés d'un pourvoi en cassation, ouvert « à l'encontre des jugements rendus en dernier ressort »¹⁸⁸⁸.

Ayant souligné l'importance de la condition de l'inexistence d'une autre voie de recours pour sanctionner l'illégalité, il nous faut à présent examiner la manière avec laquelle s'est faite la consécration en jurisprudence de l'appel-nullité.

Par. 2 : La consécration jurisprudentielle de l'appel-nullité.

1022. – La consécration en jurisprudence de l'appel-nullité se concrétise sur deux plans ; le premier, concerne l'affirmation de l'existence de cette voie de recours (sous-par. 1^{er}), le deuxième, l'affirmation de sa subsidiarité (sous-par. 2).

¹⁸⁸⁴ CA Versailles, 26 oct. 1989 : Gaz. Pal. 1990. 1. somm. 193.

¹⁸⁸⁵ G. BOLARD, *Les recours-nullité en procédure civile*, Justices, n° 4, juillet-déc. 1996. 119, spéc. p. 121.

¹⁸⁸⁶ B. SOINNE, *Le recours nullité dans le cadre des procédures collectives*, *op. cit.*, p. 700. – A. HONORAT et D. MAS, *Les perspectives de l'appel en nullité*, Pet. Aff. 1987, n° 78 du 1^{er} juillet 1987, p. 28. – L. CADIET, *L'évolution de l'appel-nullité dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises*, Rev. proc. coll. 1989. 371, spéc. n° 18, p. 378.

¹⁸⁸⁷ G. BOLARD, *Les recours-nullité en procédure civile*, *op. cit.*, p. 121.

¹⁸⁸⁸ V. par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 27 juin 1984 précit. : Bull. civ. 2, n° 122, p. 85 ; JCP 1984. 4. 288 ; RTD civ. 1984. 775, n° 9 et p. 779, n° 12, obs. R. Perrot. Pour l'attendu de cet arrêt, v. *infra* note 1906 sous n° 1033. – V. qui approuve cette solution : G. BOLARD, *Les recours-nullité en procédure civile*, *op. cit.*, p. 121. Il est important de préciser ici, que le pourvoi recevable en l'occurrence contre les jugements rendus en premier et dernier ressort, n'est pas le pourvoi-nullité, recours subsidiaire à l'instar de l'appel-nullité, mais plus simplement, il s'agit du pourvoi en cassation régi par les articles 605 et suivants CPC.

Sous-par. 1^{er} : L'affirmation de principe d'existence de l'appel-nullité.

1023. – La jurisprudence a, eu plus d'une fois, l'occasion de clairement affirmer que, lorsque l'appel-réformation est interdit par la loi, l'appel-nullité *demeure recevable* pour remédier à certains vices particulièrement graves affectant la régularité intrinsèque d'un jugement, ou, alors lorsque l'irrégularité litigieuse résulte de l'incompétence *particulièrement* flagrante de la juridiction qui a rendu le jugement, ou, d'un excès de pouvoir.

1024. – Cette affirmation s'est faite assez tôt, dans des litiges mettant en cause des régimes de voies de recours applicables à des *juridictions spéciales*, telles la Commission arbitrale des journalistes. Ce fut l'occasion pour la jurisprudence d'affirmer, « *qu'en vertu des principes généraux* » et, « *à défaut de disposition législative formelle contraire, l'appel est possible lorsqu'il s'agit d'incompétence, même lorsque la décision n'est pas susceptible de cette voie de recours sur le fond* »¹⁸⁸⁹.

¹⁸⁸⁹ CA Paris, 8 juill. 1957 : JCP 1958. 2. 10448, concl. Lindon, note H. Motulsky. C'est sur la recevabilité, recevabilité *de principe*, de l'appel, que la cour de Paris énonça l'attendu ci-dessus reproduit. En l'espèce, un litige a opposé l'Agence France-Presse à son directeur général. Celui-ci qui était journaliste délégué dans les fonctions de directeur général de l'Agence, fut révoqué par décret. Il saisit alors la Commission arbitrale des journalistes siégeant à Paris d'une demande en paiement d'indemnité. Devant la Commission, l'Agence France-Presse souleva son incompétence et l'irrégularité de sa composition. La Commission rejeta le déclinatoire de compétence, et l'Agence France-Presse interjeta appel de la sentence rendue par la Commission le 16 février 1957. L'Agence forma un appel-nullité contre ladite sentence. Au litige en question, c'est-à-dire celui relatif au licenciement des journalistes, s'appliquait un texte spécial, il s'agissait de la loi du 29 mars 1935 relative au « statut professionnel des journalistes ». Celle-ci institua une « commission arbitrale » qui devait être obligatoirement saisie pour déterminer l'indemnité de congédiement instituée par ce même texte. Le problème provenait de ce que l'article 29 *d* de cette loi disposait que : « la décision de la Commission arbitrale ne peut être frappée d'appel ».

De plus, ce qui compliqua la situation c'est qu'une nouvelle loi sur les conflits collectifs de travail fut promulguée le 11 février 1950. Cette loi faisait disparaître la procédure du dépôt des sentences en matière de conflits collectifs de travail et cette abrogation s'étendait aux sentences des Commissions arbitrales de journalistes. Puis, par une loi du 3 avril 1953, la procédure du simple dépôt au greffe des sentences arbitrales fut rétablie, et, ainsi, l'exequatur fut supprimé. Et, par voie de conséquence, fut supprimée l'opposition à l'ordonnance d'exequatur.

Dans cette situation, il n'y avait plus aucune voie de recours ordinaire. Il n'y avait en effet, pas d'appel puisque l'article 29 *d* de la loi du 29 mars 1935 l'interdisait, et, il n'y avait pas d'opposition à exequatur, à cause de la loi précitée du 3 avril 1953.

Et d'après les termes employés par l'avocat général Lindon, on n'était pas dans un labyrinthe, mais dans une *prison*.

Or, il fallait qu'une voie de recours soit déclarée recevable pour sanctionner la *flagrante incompétence* dont était entachée la sentence de la Commission arbitrale des journalistes du 16 février 1957.

Ainsi, après avoir admis le principe de la recevabilité de l'appel dans l'attendu ci-dessus reproduit, la cour de Paris énonce plus loin que : « *Faute d'admettre cet appel (...), on aboutirait à cette conséquence, inconciliable avec l'organisation judiciaire française, que la Commission arbitrale des journalistes constituerait une cour souveraine aux décisions insusceptibles de voies de recours et pouvant discrétionnairement trancher les différends entre toutes personnes et en toutes matières* ». On souligne l'importance attachée à l'emploi de l'adjectif « discrétionnaire », ainsi que la généralité de juridiction de la Commission dénoncée par la cour de Paris à travers l'emploi de l'adverbe « toutes » relativement aux personnes ainsi qu'aux matières.

Suivant en ceci les conclusions de l'avocat général Lindon, la Cour de Paris reçut en la forme l'appel-nullité formé par l'Agence France-Presse, et – ce qui est le plus important – elle le reçut quant au *fond* et infirma la sentence litigieuse, et décida que la connaissance des litiges individuels entre le directeur

1025. – Mais c'est aussi de manière plus ample et plus claire que l'affirmation de la recevabilité de principe de l'appel-nullité s'est faite en droit de l'arbitrage, matière où a pris naissance l'appel-nullité, car, en ce domaine, sont depuis longtemps fréquentes *les renoncements au droit d'appel*¹⁸⁹⁰. La jurisprudence arbitrale a eu l'occasion d'asseoir cette solution, en affirmant, « *qu'il est constant qu'en procédure civile, un appel-nullité est toujours recevable lorsqu'une décision procède d'un excès de pouvoir ou de la violation d'un principe fondamental ou d'ordre public, même si*

général et l'établissement public échappe à la compétence des juridictions de droit privé et, spécialement, à celle de la Commission arbitrale des journalistes.

Devant la Cour de cassation, le pourvoi formé contre cet arrêt fut – heureusement – rejeté, v. : Cass. soc., 25 juin 1959 : Bull. civ. 4, n° 809, p. 647 (1^{ère} espèce). C'est par un arrêt de non moindre importance que l'arrêt d'appel, que la Cour de cassation rendit cette solution. Pour admettre la recevabilité de l'appel – appel-nullité – malgré la prohibition légale et rejeter le pourvoi, la Chambre sociale énonce dans attendu de principe que : « *Si aux termes du dernier alinéa de l'article 29 d du Livre 1^{er} du Code du travail, la décision de la Commission arbitrale ne peut être frappée d'appel, il n'en est ainsi que de la décision rendue dans les limites des pouvoirs que lui confère le texte ; qu'en l'absence de toute disposition du Code du travail spéciale aux sentences de la Commission arbitrale des journalistes et dérogeant expressément au droit commun, appel pouvait en être interjeté du chef de la compétence ou de la violation d'un principe d'ordre public* ». A la différence de ce qu'a décidé la cour d'appel, c'est clairement pour le motif d'*excès de pouvoir* et non pour celui d'incompétence, que l'appel-nullité formé contre la sentence litigieuse du 16 février 1957 a été déclaré recevable. Soulignons cependant, que l'arrêt ne précise pas que l'appel jugé recevable pour sanctionner l'illégalité est un appel-nullité. Nous pouvons quand même affirmer qu'il s'agit bien d'un appel-nullité, même si la Chambre sociale ne prend pas la peine de le préciser. Quant à la question de la compétence, la décision attaquée avait analysé la nature du lien qui liait le journaliste révoqué à l'Agence France-Presse, et en a déduit qu'il s'agissait d'un *lien de droit public*. La Chambre sociale énonce à cet égard, que : « *l'arrêt attaqué a constaté que l'Agence France-Presse était un établissement public, dont Nègre (le journaliste) dirigeait l'ensemble des services en tant que directeur général ; d'où il suit que Nègre participait directement à l'exécution d'un service public, que le lien qui l'unissait à l'État était un lien de droit public, et que l'arrêt attaqué a suffisamment justifié sa décision, que les difficultés nées à l'occasion de la révocation par décret du poste de directeur général de l'Agence France-Presse, ne pouvaient relever que de la compétence administrative* ». Ainsi, et puisque la Cour d'appel de Paris a constaté que la Commission arbitrale des journalistes était incompétente pour connaître du litige qui opposait l'Agence en question à son directeur général, elle ne pouvait pas connaître elle-même du litige, par application de l'effet dévolutif de l'appel, puisque – bien entendu – elle appartenait à l'ordre juridictionnel judiciaire, et ne pouvait que *se contenter* d'annuler la sentence litigieuse du 16 février 1957 rendue par ladite Commission arbitrale.

L'importance de l'arrêt de la cour de Paris du 8 juill. 1957, confirmé avec grande clarté par celui de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 25 juin 1959, provient de ce que la jurisprudence tendait jusqu'alors, à *réfuser* la recevabilité de l'appel-nullité contre les décisions de la Commission arbitrale, v. : CA Paris, 17 juill. 1950 : JCP 1951. 2. 6399, note G. Vivier ; S. 1951. 2. 73, note H. Motulsky. – CA Paris, 3 juill. 1951 : JCP 1952. 2. 6689, note G. Vivier. – Trib. civ. Seine, 16 avr. 1953 : D. 1953. 470.

Par ailleurs, cet arrêt a reçu l'approbation *la plus absolue* de la part d'un éminent auteur, v. : H. MOTULSKY, note sous l'arrêt in JCP 1958. 2. 10488.

Actuellement, le recours devant la Commission arbitrale des journalistes est régi par l'article L. 7112-4 C. trav. Ce texte est situé dans la septième partie du Code du travail, qui se rapporte aux « dispositions particulières à certaines professions et activités ». En son dernier alinéa, ce texte pose la règle de la prohibition de l'appel, il dispose :

« La décision de la commission arbitrale est obligatoire et ne peut être frappée d'appel ».

¹⁸⁹⁰ CA Paris, 8 mars 1960 précit. : JCP 1962. 2. 12477. La cour de Paris énonce dans un attendu de principe que : « *Considérant que les parties ont expressément renoncé à l'appel, mais que, si la cour ne peut être valablement saisie d'un appel pris comme voie de réformation de la sentence, l'appel est néanmoins recevable lorsqu'il poursuit exclusivement, comme en l'occurrence, la nullité de ladite sentence pour une prétendue violation de l'ordre public par les arbitres, moyen auquel il ne peut être renoncé* ». En l'espèce, l'appel-nullité fut déclaré recevable, mais *mal fondé*.

cette décision n'est pas susceptible de recours ou susceptible d'un recours différé »¹⁸⁹¹.

1026. – L'affirmation s'est également faite dans le droit des procédures collectives, matière où sont fréquentes les interdictions et restrictions légales au droit d'appel¹⁸⁹², et, de manière plus générale, dans le droit commercial¹⁸⁹³.

¹⁸⁹¹ CA Paris, 29 mars 2001 précit. : Rev. arb. 2002, 436, note Ph. Fouchard. Sur cet arrêt, v. *infra* n° 1069.

¹⁸⁹² CA Douai, 16 juill. 1987 précit. : Gaz. Pal. 1987, 2, 693 ; JCP (E) 1988, 2, 15114, n° 11, obs. M. Cabrillac et M. Vivant. Cette décision a été rendue sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 ; était en l'espèce en cause, l'application de l'article 174, alinéa 2 cette loi. Mais la solution donnée reste toujours valable, les dispositions de ce texte ayant été reprises par la loi nouvelle de sauvegarde des entreprises entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, et introduites dans le Code de commerce à l'article L. 661-6 C. com. L'alinéa 2 de l'article 174 réserve l'appel contre les jugements qui arrêtent ou rejettent le plan de cession de l'entreprise au ministère public, même s'il n'a pas agi comme partie principale, au cessionnaire ou au cocontractant du débiteur. En l'espèce, le TGI d'Arras a par jugement rendu le 7 novembre 1986, approuvé le plan de cession de plusieurs sociétés. Le 6 et le 17 février 1987, deux appels ont été interjetés contre ce jugement par, respectivement le représentant des créanciers des sociétés mises en redressement judiciaire et le procureur de la République près du TGI d'Arras. Les deux procédures d'appel ont été jointes. Sur l'appel interjeté par le représentant des créanciers des sociétés susvisées, la Cour de Douai rappelant, dans son attendu les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 174 précité, elle relève, que le représentant des créanciers n'étant pas au nombre des personnes *limitativement* énumérées par ce texte qui sont autorisées à former un appel, il est par conséquent irrecevable à interjeter un appel-réformation contre le jugement qui arrête ou rejette le plan de cession de l'entreprise. Elle poursuit en énonçant le tempérament à cette règle, qui consiste à réserver la recevabilité de l'appel-nullité lorsque l'appel-réformation est *refusé* par la loi, elle déclare dans un attendu de principe que : « *Cependant qu'à défaut de disposition formelle en sens contraire l'interdiction d'interjeter appel ne s'étend pas au cas où cette voie de recours est utilisée, même par une partie qui n'a pas normalement qualité pour l'exercer aux fins de réformation, pour poursuivre l'annulation d'un jugement dès lors que la décision attaquée est entachée d'une irrégularité grossière qui en compromet la validité intrinsèque ; que la recevabilité de l'appel de Me X... (le représentant des créanciers) est subordonnée à l'existence d'une telle irrégularité* ». Après l'énoncé de cet attendu de principe, la cour de Douai analysant le jugement attaqué, estima d'une part, qu'il n'était entaché d'aucun vice grave, que le tribunal n'a pas outrepassé ses pouvoirs en le prononçant et, d'autre part, elle considéra que l'appel interjeté par le représentant des créanciers tendait en réalité à redresser un « mal jugé », et que celui-ci relève du domaine de l'appel-réformation et non du domaine de l'appel-nullité. Elle déclara donc l'appel-nullité formé par le représentant des créanciers, *irrecevable*.

Quant à l'appel-nullité interjeté par le procureur de la République, la cour de Douai, se fondant sur l'article 174 de la loi du 25 janvier 1985, relève que ce texte donne au procureur le droit d'appel des jugements qui arrêtent ou rejettent le plan de cession de l'entreprise dans le délai de trois jours à compter du prononcé du jugement. Elle déclara alors l'appel-nullité du procureur de la République irrecevable, tirant argument du « caractère subsidiaire » de ce recours. C'est après l'énoncé d'un attendu de principe sur *le caractère subsidiaire de l'appel-nullité*, que la cour se prononce dans le sens de l'irrecevabilité. Pour cet attendu, v. *infra* note 1903 sous n° 1032.

D'autres décisions ont affirmé la même solution mais en adoptant une motivation différente : CA Paris, 8 juill. 1987 précit. : D. 1988, jur. 11, concl. J. Sauvel. La Cour affirme très clairement : « *Considérant que pour remédier à certains vices particulièrement graves, (...), l'appel à fins d'annulation peut être formé, même lorsque l'appel à fins de réformation n'est pas ouvert (...)* ». Était par ailleurs en cause dans cette décision, la notion de « partie » à un appel-nullité. – V. aussi qui adoptent textuellement le même attendu : CA Paris, 10 juill. 1987 : Gaz. Pal. 1987, 2, 688 ; D. 1987, IR. 211. Pour les faits et la solution de cet arrêt, v. *infra* note 1927 sous n° 1039. – CA Paris, 5 mars 1991 : D. 1991, jur. 376, note J.-P. Sortais.

V. aussi dans le même sens qui adopte encore une motivation différente : CA Douai, 31 mars 1988 précit. : Gaz. Pal. 1988, 2, 584, note B. Soinne ; D. 1990, somm. 4, obs. F. Derrida. La cour énonce très clairement que : « *L'appel à fin de nullité ne cesse pas d'être recevable au seul motif que l'appel à fin de réformation est interdit par la loi (...)* ». Sur les faits de cet arrêt et la décision de la cour, v. *infra* note 1937 sous n° 1042.

V. aussi pour un arrêt d'appel que l'on peut qualifier de principe : CA Lyon, 4 nov. 1988 : Gaz. Pal. 1989, 1, 350 ; D. 1989, somm. 12, obs. F. Derrida. L'arrêt énonce : « *Attendu qu'aucune disposition légale n'interdit au débiteur de faire constater par la voie de l'appel, la nullité d'un jugement arrêtant un plan de cession* ».

V. aussi pour une affirmation à caractère général mais moins claire : CA Paris, 22 mars 1989 précit. : Gaz. Pal. 1990, 1, 163, note J.-P. Marchi ; D. 1989, IR. 133 ; RTD com. 1989, 760, obs. B. Grelon. Sur cet arrêt, v. *infra* note 1928 sous n° 1040.

V. aussi pour une affirmation *implicite* de la recevabilité de principe de l'appel-nullité : Cass. com., 15 janv. 1991 précit. : Bull. civ. 4, n° 26 ; JCP (E) 1991, 2, n° 165, note O. Barret ; D. 1992, somm. 91, obs.

1027. – L'affirmation de l'existence de l'appel-nullité a été proclamée dans la justice prud'homale, lorsqu'étaient démontrés un excès de pouvoir ou la violation manifeste des règles fondamentales de procédure¹⁸⁹⁴.

1028. – L'affirmation de la recevabilité de principe de l'appel-nullité s'est faite également lorsque le jugement litigieux était un jugement avant-dire droit¹⁸⁹⁵.

F. Derrida ; Gaz. Pal. 1992. 1. 85, note J.-P. Marchi. – V. aussi mais de manière moins générale : Cass. com., 6 déc. 1994 précit., n° de pourvoi : 92-18.158. L'arrêt énonce que : « *le débiteur, partie à la procédure, ne pouvait se voir interdire de relever appel-nullité du jugement* ». – V. plus récemment et de manière très claire : CA Cæn, 9 oct. 2008 précit., n° RG 08/01887. La cour énonce que : « *Attendu que par dérogation aux restrictions des voies de recours, l'appel-nullité est recevable en cas d'excès de pouvoir* ». A la différence des décisions susmentionnées, l'arrêt de la cour de Cæn adopte la jurisprudence inaugurée par l'arrêt précité de la première Chambre civile du 20 février 2007 (cité *supra* note 1680 sous n° 913), qui a décidé que l'appel-nullité *est seulement recevable en cas d'excès de pouvoir*.

¹⁸⁹³ CA Paris, 17 janv. 1989 précit. : D. 1989, somm. 182, obs. P. Julien.

¹⁸⁹⁴ Cass. soc., 28 avr. 1994 : Bull. civ. 5, n° 154, p. 103. En l'espèce, le conseil de prud'hommes a été saisi par un salarié d'une demande en paiement d'un rappel de salaire qui était d'un montant inférieur au taux du dernier ressort. Le Conseil s'est déclaré en partage de voix et a renvoyé l'affaire à une audience ultérieure du bureau de jugement présidée par le juge départiteur. A cette audience, le salarié a présenté une demande nouvelle tendant à l'annulation d'une sanction disciplinaire et à la condamnation de l'employeur au paiement de dommages-intérêts. Le bureau de jugement, présidé par le juge départiteur, a débouté le salarié de sa demande initiale, et a déclaré recevable la demande nouvelle puis a renvoyé l'affaire à une audience ultérieure. La société défenderesse a alors fait appel de la décision du bureau de jugement en sa formation de départage. L'arrêt est rendu sous le visa des anciens articles L. 515-3, R. 516-28 et R. 516-2 C. trav., devenus respectivement les articles L. 1454-4, R. 1454-23 et R. 1452-7 C. trav. Les textes qui nous intéressent particulièrement ici sont les articles R. 1452-7 en son alinéa premier, et R. 1454-23.

L'article R. 1452-7 al. 1^{er} dispose : « Les demandes nouvelles dérivant du même contrat de travail sont recevables même en appel. L'absence de tentative de conciliation ne peut être opposée ».

L'article R. 1454-23 dispose : « Les décisions du bureau de jugement sont prises à la majorité absolue des voix.

Si cette majorité ne peut se former, il est procédé comme en cas de partage des voix. Les débats sont repris ».

Pour déclarer irrecevable l'appel de la société, dire que la formation de départage ne pouvait connaître des demandes nouvelles, la cour d'appel énonce que : « *même dans le cas où l'appel ne serait pas possible en application de l'article 544, al.2, CPC, une telle voie de recours serait ouverte s'il était démontré un excès de pouvoir ou une violation manifeste de certaines règles de procédure ou de forme d'ordre public* ». Et la cour de continuer, énonçant que : « *la formation du départage ne connaît que des demandes sur lesquelles le conseil de prud'hommes, en sa composition paritaire, a constaté le partage des voix, et qu'elle ne peut se saisir d'autres chefs de demande* ». La cour d'appel décide, qu'en déclarant recevables, sous le seul argument qu'il s'agit d'une demande nouvelle, des prétentions différentes de celles qui avaient fait l'objet du partage des voix, la formation de départage *a excédé sa compétence*, et violé les règles relatives à la procédure devant être suivie devant le conseil de prud'hommes. C'est pour ce motif que l'arrêt fut cassé par la Cour de cassation.

¹⁸⁹⁵ CA Paris, 17 juin 1989 : D. 1989, somm. 182, obs. P. Julien. En l'espèce, un défendeur avait été assigné devant un tribunal de commerce pour une audience du 29 janvier 1988. Mais sans attendre cette date, le tribunal avait rendu dès le 17 décembre 1987, un jugement avant-dire droit en l'absence du défendeur. Le jugement encourait sans aucun doute la nullité, car le tribunal a commis une *flagrante violation* de l'article 14 CPC. Cet article dispose que : « Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée ».

1029. – La consécration de la recevabilité de principe de l'appel-nullité pour sanctionner les décisions entachées d'excès de pouvoir, ou, comme il était décidé autrefois, d'une violation d'un principe fondamental de procédure, constitue une *violation franche* de la règle séculaire édictée à l'article 460 CPC¹⁸⁹⁶, selon laquelle la nullité d'un jugement ne peut être demandée que par les voies de recours *prévues par la loi*. Si l'appel-nullité constitue bel et bien une voie de recours à l'égard de laquelle la plénitude des effets a été reconnue¹⁸⁹⁷, il ne s'agit, en revanche, *aucunement* d'une voie de recours prévue par la loi, mais d'une voie de recours improvisée *contre la lettre de la loi*.

1030. – On a exprimé en doctrine, la crainte que la multiplication des appels-nullité ne *ruine* tout l'édifice légal des voies de recours¹⁸⁹⁸. Une telle crainte est *légitime*, et la jurisprudence en a récemment pris conscience, et c'est pour cette raison qu'elle a adopté une conception *très étroite* de l'excès de pouvoir¹⁸⁹⁹, grief constituant désormais le cas d'ouverture *typique* de l'appel-nullité, et *a exclu* la violation des principes fondamentaux de procédure des cas d'ouverture de cette voie de recours¹⁹⁰⁰.

A côté de ceci, le caractère subsidiaire de l'appel-nullité, qui est de l'*essence* de cette voie de recours, et qui constitue la garantie que celle-ci ne ruine tout « l'édifice légal », a été clairement affirmé par la jurisprudence.

Sous-par. 2 : L'affirmation, sans ambiguïté, de la subsidiarité de l'appel-nullité.

1031. – Le plus souvent, l'affirmation du caractère subsidiaire de l'appel-nullité résulte de manière *implicite* de la solution donnée, comme lorsque les juges relèvent qu'il *n'existait pas d'autre action dans la loi permettant d'attaquer la décision litigieuse*.

¹⁸⁹⁶ Sur l'article 460 CPC, v. *supra* n° 826.

¹⁸⁹⁷ Sur les effets de l'appel-nullité, v. *infra* n°s 1077 et s.

¹⁸⁹⁸ V. par ex. : J.-P. MARCHI, note sous CA Paris, 7 mars 1990 in Gaz. Pal. 1991. 1. somm. 27.

¹⁸⁹⁹ Sur ce point, v. *supra* n°s 906 et 907 et *infra* n° 1055.

¹⁹⁰⁰ Sur ce point, v. *supra* n°s 978 et s.

L'affirmation est par exemple implicite, lorsqu'il est énoncé que l'accès à l'appel-nullité est ouvert « aux parties privées du droit de faire appel par l'effet d'une disposition spéciale de la loi »¹⁹⁰¹, ou alors, lorsqu'il énoncé que l'appel-nullité *n'est pas ouvert aux parties qui ont la faculté de former un recours prévu par la loi*¹⁹⁰².

1032. – Mais aussi elle est parfois faite de manière *expresse*, lorsqu'est employé l'adjectif « subsidiaire » pour qualifier l'appel-nullité¹⁹⁰³.

L'affirmation peut aussi se faire de manière explicite mais sans l'emploi de l'adjectif subsidiaire, lorsque la décision précise que l'appel-nullité est *irrecevable* dès lors qu'existe un « recours en annulation » qui, par ailleurs, a été exercé par le demandeur¹⁹⁰⁴.

¹⁹⁰¹ CA Paris, 31 mars 1987 : D. 1987, IR. 113.

¹⁹⁰² CA Paris, 13 déc. 1996 : Gaz. Pal. 1997. 1. 112, concl. B. Gizardin. – V. aussi dans le même sens : Cass. com., 12 avr. 2005, n° de pourvoi : 03-16.538.

¹⁹⁰³ CA Douai, 16 juill. 1987 précit. : Gaz. Pal. 1987. 2. 693 ; JCP (E) 1988. 2. 15114, n° 11, obs. M. Cabrillac et M. Vivant. L'arrêt énonce : « *Attendu que l'appel-nullité a un caractère subsidiaire et n'est possible qu'en cas de prohibition de toute voie de recours* ». – V. aussi de manière toute aussi claire : Cass. com., 7 juill. 1998 précit., n° de pourvoi : 96-13.248. En l'espèce, dans la procédure de liquidation judiciaire d'une société, l'URSSAF a exercé une action en relevé de forclusion plus d'un an après le jugement d'ouverture de la procédure. Le juge-commissaire a fait droit à cette action. Le liquidateur judiciaire de la société débitrice a alors intenté un appel-nullité contre la décision du juge-commissaire pour le motif qu'en faisant droit à cette demande, celui-ci *a excédé ses pouvoirs*, et que sa décision *n'a fait l'objet d'aucun débat contradictoire*. La Cour de cassation relève les faits constitutifs de l'illégalité, elle énonce : « *qu'il n'est pas contesté que l'ordonnance du juge-commissaire n'avait donné lieu à aucun débat contradictoire sans qu'il soit justifié de circonstances exigeant une dérogation à la règle de la contradiction* ». Et poursuivant, elle énonce : « *qu'en conséquence, en déclarant l'appel-nullité irrecevable, la Cour d'appel a directement violé les articles 16, 17 et 493 CPC* ».

La Cour réaffirme le principe de la sanction en énonçant : « *qu'aucune disposition régissant les procédures collectives ne peut interdire de faire constater, selon les voies de recours de droit commun, la nullité d'une décision entachée d'excès de pouvoir* ». Et décide ainsi : « *qu'en faisant droit à une action en relevé de forclusion, exercée plus d'un an après le jugement d'ouverture de la procédure collective, le juge-commissaire avait excédé ses pouvoirs* ». Cependant, la cour d'appel a déclaré cet appel-nullité irrecevable, ce qui selon la Cour de cassation constituait une violation de l'ancien article 53 de la loi du 25 janvier 1985 régissant l'action en relevé de forclusion.

Et sur la recevabilité de l'appel-nullité – question qui nous intéresse particulièrement ici –, l'arrêt énonce : « *Mais attendu qu'en vertu de l'article 25 du décret du 27 déc. 1985, l'ordonnance du juge-commissaire ayant statué sur le relevé de forclusion peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal* » ; « *que l'arrêt énonce exactement que cette ordonnance ne peut faire l'objet d'un appel-nullité, cette voie de recours, de caractère subsidiaire, ne pouvant être utilisée que lorsqu'aucune autre n'est ouverte* ».

Ayant ainsi affirmé le caractère subsidiaire de cette voie de recours, et puisque l'ordonnance du juge-commissaire pouvait faire l'objet d'un recours devant le tribunal, la Cour de cassation rejeta le pourvoi contre l'arrêt attaqué.

V. pourtant : CA Dijon, 8 avr. 1997 : JCP 1997. 4. 1985. Cette décision considère que l'appel-nullité est un recours *concurrent* à l'appel-réformation, et que l'appelant devait donc choisir, dès le départ, d'emprunter l'une ou l'autre forme d'appel.

¹⁹⁰⁴ CA Paris, 14 nov. 1991 : Rev. arb. 1994. 545, obs. Ph. Fouchard. L'espèce rapportée se rattache à un cas d'arbitrage. Des particuliers avaient en 1968, cédé à une société de droit anglais les parts des sociétés qui sont propriétaire et exploitant d'un hôtel-restaurant. L'acte de cession comportait une clause de garantie de passif, que, quelques mois plus tard, la société de droit anglais a voulu faire jouer auprès de la banque qui s'était portée caution. Le 15 septembre 1989, les cédants mettent en œuvre la clause compromissoire qui figurait dans le contrat. Ils désignent un arbitre et impartissent à la société un délai de quinze jours pour nommer le deuxième arbitre. Le 23 octobre 1989, la société désigne un arbitre et les deux arbitres nomment un troisième arbitre. Entre-temps, les cédants demandent au Tribunal de grande

Cette affirmation est également explicite, lorsque la Cour de cassation énonce qu'en cas d'excès de pouvoir, l'appel-nullité n'est recevable « qu'en l'absence d'autre voie de recours pour faire constater l'irrégularité »¹⁹⁰⁵.

1033. – L'affirmation du caractère subsidiaire de l'appel-nullité se fait de même de manière explicite, lorsque la Cour de cassation énonce que le jugement dont la nullité peut être demandée, en application de l'article 542 NCPC, par la voie de l'appel *ne doit pas avoir été rendu en dernier ressort*, et que, si tel est le cas, c'est le pourvoi en cassation qui est recevable pour en demander la nullité, *à l'exclusion de l'appel-nullité*¹⁹⁰⁶. Ce qui reviendrait à dire, que l'appel-nullité n'est recevable *qu'à défaut de toute autre voie de recours ouverte par la loi*. Soulignons que cette solution ne vaut que dans *la stricte mesure* où un recours en cassation peut être *immédiatement* exercé¹⁹⁰⁷. En revanche, dans les hypothèses où la loi prohibe tout recours immédiat ou différé, y compris le recours en cassation, il ne sera possible que de recourir à l'appel-nullité¹⁹⁰⁸, qui ainsi retrouve sa fonction de *voie de recours subsidiaire par excellence*.

instance de Saint-Omer de déclarer nulle la clause compromissoire, en application de l'article 1433 CPC. Cet article dispose :

« La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère.

Sous la même sanction, la clause compromissoire doit, soit désigner le ou les arbitres, soit prévoir les modalités de leur désignation ».

Les cédants prétendaient ainsi que faute de précisions, la convention ne permettait pas de constituer le tribunal arbitral. Quant à la société de droit anglais, elle saisit le Tribunal de commerce de Lille pour obtenir que la banque exécute son engagement de caution. Devant les arbitres, les cédants demandèrent qu'ils sursoient à statuer dans l'attente des décisions des tribunaux de Saint-Omer et Lille. Cependant, à la première réunion d'arbitrage ils font défaut. Le magistrat rejetant les moyens d'incompétence, soulevés contre lui par les cédants, il invita les arbitres à poursuivre leurs opérations. Mais étant donné que la clause compromissoire stipulait que les arbitres rendraient leur sentence dans le délai de six mois, et que les cédants – initialement demandeurs – s'opposaient à la poursuite de l'arbitrage. La société s'adressa de nouveau au président du tribunal de grande instance de Paris pour obtenir, en application de l'article 1456 CPC, une prorogation de la mission des arbitres. La prorogation fut accordée par une ordonnance du 10 mai 1990. C'est cette ordonnance qui a fait l'objet d'un appel-nullité de la part des cédants. Ceux-ci invoquaient un excès de pouvoir du juge d'appui. Une ordonnance du 30 octobre 1990 suivit, elle accorda une deuxième prorogation. Une troisième prorogation est encore accordée par une ordonnance du 15 avril 1991. La cour d'appel de Paris juge irrecevables les appels-nullité formés contre les ordonnances précitées de prorogation de la mission des arbitres. Elle ne se borne pas à rappeler qu'en vertu de l'article 1457 CPC, les ordonnances du président du tribunal ne sont pas susceptibles de recours, elle ajoute que *l'appel-nullité n'est ouvert qu'à défaut de tout autre recours*, en relevant qu'en l'espèce un recours en annulation a été effectivement exercé par les appelants. Ce qui constitue une manière explicite d'affirmer le caractère subsidiaire de l'appel-nullité.

Notons que les attendus de l'arrêt n'ont pas été reproduits car il a été publié en sommaire.

¹⁹⁰⁵ Cass. 2^{ème} civ., 22 nov. 2001, n° de pourvoi : 00-13.773.

¹⁹⁰⁶ Cass. 2^{ème} civ., 27 juin 1984 précit. : Bull. civ. 2, n° 122, p. 85 ; JCP 1984. 4. 288 ; RTD civ. 1984. 775, n° 9 et p. 779, n° 12, obs. R. Perrot. Cet arrêt qui se rapporte à la matière des saisies immobilières, énonce que : « *Attendu que l'arrêt énonce exactement qu'aux termes de l'article 460 CPC, la nullité d'un jugement ne peut être demandée par les voies de recours prévues par la loi ; que si, d'après l'article*

1034. – Le caractère subsidiaire de l'appel-nullité est par ailleurs, reconnu par une doctrine quasi unanime¹⁹⁰⁹.

Après avoir étudié la manière dont s'est faite en jurisprudence la consécration de l'appel-nullité, il nous faut examiner les *manifestations* jurisprudentielles de la subsidiarité de cette voie de recours.

Par. 3 : Les manifestations jurisprudentielles de la subsidiarité de l'appel-nullité.

1035. – La subsidiarité se révélant à travers l'application de l'appel-nullité à ses domaines de prédilection. Il s'agit des matières précédemment examinées, où existent des restrictions à l'exercice des voies de recours. Nous examinerons successivement ces manifestations en droit des procédures collectives (sous-par. 1^{er}), en droit de l'arbitrage (sous-par. 2) et en droit de la famille (sous-par. 3).

542 du même Code, l'appel tend à faire annuler ou infirmer un jugement rendu par une juridiction du premier degré, il ne peut en être ainsi lorsque le jugement attaqué a été rendu en dernier ressort et qu'en l'état de l'article 731 ancien CPC excluant en principe l'appel des jugements statuant sur des incidents de saisie immobilière, la voie de recours pour en demander la nullité est le pourvoi en cassation ».

V. aussi en matière de saisies immobilières, un arrêt se rapportant à l'application de l'article 731 ancien CPC précité, qui réitère cette solution : CA Versailles, 26 oct. 1989 précit. : Gaz. Pal. 1990. 1. somm. 193.

¹⁹⁰⁷ R. PERROT, obs. pour Cass. 2^{ème} civ., 27 juin 1984 in RTD civ. 1984. 780.

¹⁹⁰⁸ R. PERROT, *ibid.*, p. 780.

¹⁹⁰⁹ V. par ex. : O. BARRET, *L'appel-nullité (dans le droit commun de la procédure civile)*, *op. cit.*, 200. – G. BOLARD, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995 in D. 1996, jur. 80, 2^{ème} col, *in fine*. – L. CADIET, *Sur l'appel-nullité dans les procédures collectives*, Rev. proc. coll. 1988. 17. – V. aussi du même auteur : *L'évolution de l'appel-nullité dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises*, *op. cit.*, n° 18, p. 378. – L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, n° 835. – Ph. FOUCHARD, note sous TGI Paris, 10 avr. 1990 et CA Paris, 14 nov. 1991 in Rev. arb. 1994. 553. – A. HONORAT et D. MAS, note précit. sous Cass. com., 9 fév. 1988 in D. 1988, jur. 411, n° 3. – A. HORY, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995 in Rev. arb. 1995. 615. – V. HUET, *L'appel-nullité*, Rev. Jur. Ouest 1988, p. 349, spéc. pp. 362 et 367. – R. PERROT, obs. sous Cass. 2^{ème} civ., 27 juin 1984 in RTD civ. 1984. 775, n° 9 et p. 779, n° 12. – B. SOINNE, *Le recours nullité dans le cadre des procédures collectives*, *op. cit.*, p. 700. – N. FRICÉRO, *L'excès de pouvoir en procédure civile*, art. précit., p. 35. – S. GUINCHARD, *Le second degré de juridiction en matière civile aujourd'hui et demain*, Gaz. Pal. 1996. 2. doct. 1004, spéc. p. 1011, 2^{ème} col. – Ch. LEFORT, thèse précit., n°s 1058 et s.

Sous-par. 1^{er} : En droit des procédures collectives.

1036. – Avant que le droit français ne connaisse les procédures collectives applicables aux entreprises en difficulté par l'entrée en vigueur de la loi du 13 juillet 1967, le droit de la faillite tel qu'il était régi par les textes du Code de commerce, admettait depuis fort longtemps la recevabilité de l'appel-nullité. Celui-ci était jugé recevable contre les décisions du juge-commissaire lorsque, précisément, la loi fermait la voie d'appel, et que la décision litigieuse *transgressait de manière flagrante la légalité*. Il résulte ainsi d'un arrêt rendu en matière de faillite, que l'ordonnance du juge-commissaire rendue par application de l'ancien article 470 C. com., texte excluant tout recours contre les ordonnances rendues par celui-ci, est susceptible d'appel-nullité lorsque celui-ci *a excédé ses pouvoirs*¹⁹¹⁰.

¹⁹¹⁰ CA Toulouse, 6 mai 1929 précit. : D.P. 1930. 2. 135, note A. Chéron. Pour les faits de l'espèce et le texte de l'article 470 ancien C. com., v. *supra* note 1618 sous n° 872. Bien que rendue par les juges du fond, cette décision revêt toutes les caractéristiques d'un arrêt de principe, dont les attendus méritent d'être reproduits. C'est après avoir dénié à l'ordonnance litigieuse du 16 août 1927 tout caractère juridictionnel pour la *disqualifier en acte administratif*, que la cour de Toulouse présente les motifs qui lui permettront d'infirmer le jugement attaqué et ceux qui lui permettront d'annuler cette ordonnance. La cour de Toulouse énonce : « *Attendu que le tribunal argue, dans son jugement du 2 fév. 1928, de ce que les ordonnances du juge-commissaire ne peuvent être attaquées que dans les cas limitativement indiqués dans les art. 466, 467, 474 et 530 C. com., et que l'ordonnance du 16 août 1927, ayant été rendue par application des art. 470 et 486, n'est susceptible d'aucun recours ; – attendu qu'il convient de remarquer que le juge-commissaire avait exclusivement basé sa décision sur l'art. 470, et que c'est le tribunal, « proprio motu », qui a cru la conforter par l'adjonction de l'art. 486 ; que cet appui ne saurait d'ailleurs modifier les principes qui régissent la matière* ». Et sur l'excès de pouvoir commis par le juge-commissaire dans ladite ordonnance, l'arrêt énonce : « *L'exposé ci-dessus a démontré que le juge-commissaire, en autorisant la cession de tout l'actif mobilier de la Banque franco-italienne à « La Ruche agricole », n'avait pas agi dans la limite de ses attributions et n'avait pas accompli un acte de juridiction ; qu'il ne peut donc être question pour Ferraro (créancier de la Banque franco-italienne) et autres d'exercer un recours contre l'ordonnance du 16 août 1927 ; qu'ils ont saisi le tribunal pour faire rapporter cette mesure parce qu'ils estiment que le juge, en l'autorisant à manifester excédé ses pouvoirs ; que le tribunal de commerce a donc statué comme premier degré de juridiction ; – que le tribunal a déclaré irrecevable la demande de Ferraro et autres, qui soutiennent que le juge-commissaire a rendu son ordonnance en dehors de la limite de ses attributions* ».

Et pour décider dans le sens de la recevabilité de l'appel contre le jugement du tribunal de commerce de Toulouse malgré les dispositions exclusives d'appel de l'article 583, § 5 C. com., l'arrêt énonce : « *Attendu que Ferraro et autres en ont appelé devant la cour de ce jugement, mais que les intimés soutiennent que cet appel est irrecevable parce que contraire aux prescriptions de l'art. 583, § 5, C. com. ; – mais attendu qu'il résulte de cet art. 583, § 5, que les jugements par lesquels le tribunal de commerce statue sur les recours formés contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire ne sont pas susceptibles d'appel qu'autant que le juge a rendu ses ordonnances dans les limites de ses attributions ; que les considérations ci-dessus exposées établissent que le juge a statué le 16 août 1927 en dehors de ses limites ; qu'en conséquence le jugement du tribunal de commerce du 2 janv. 1928 est susceptible d'appel* ». – V. aussi pour une affirmation implicite de cette solution : Cass. com., 5 mars 1974 : Bull. civ. 4, n° 79, p. 64.

1037. – Sous l’empire de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens, la jurisprudence a eu de même l’occasion d’affirmer, qu’*est recevable l’appel-nullité en cas d’excès de pouvoir du juge alors que toute voie de recours est fermée*¹⁹¹¹, solution qui fut approuvée par un éminent auteur qui estima que les textes interdisant l’exercice des voies de recours, *n’ont jamais conduit à couvrir les excès de pouvoir des juges*¹⁹¹², ce qui aussi était déjà admis par une doctrine autorisée¹⁹¹³.

¹⁹¹¹ V. Cass. com., 30 mars 1981 : Bull. civ. 4, n° 163, p. 129 ; D. 1981, IR. 488, obs. A. Honorat. Cet arrêt rappelle la solution de recevabilité de l’appel-nullité pour excès de pouvoir, en l’absence de toute voie de recours dans un attendu de principe, et énonce : « *dès lors qu’elle est entachée d’un excès de pouvoir, la décision contre laquelle il ne peut être normalement formé de voie de recours peut faire l’objet d’un recours ; que la Cour d’appel constate, en l’espèce, que les premiers juges avaient excédé leurs pouvoirs en autorisant une cession à forfait de l’actif qu’ils n’avaient pas le pouvoir d’autoriser ; qu’en déclarant irrecevable l’appel interjeté par Boussac, elle a violé les articles 88 et 103 de la loi du 13 juillet 1967* ». Cependant, ce motif ne constituait pas la solution au problème posé par l’espèce. La Chambre commerciale l’avait relevé de manière *incidente*. Était en l’espèce en cause, l’interprétation de l’article 103-4° de la loi du 13 juillet 1967. Ce texte dispose que les jugements qui autorisent le syndic à traiter à forfait de tout ou partie de l’actif et à l’aliéner, ne sont pas susceptibles d’appel. La Cour de cassation a donné à ce texte un champ d’application *extrêmement large*, lui donnant application en cas de location-gérance que d’exploitation directe par le débiteur assisté ou représenté par son syndic. La Cour de cassation rejeta le pourvoi, approuvant la Cour d’appel qui *ne constate pas que le tribunal a excédé ses pouvoirs en autorisant une cession à forfait*. Celle-ci énonce au contraire que l’autorisation donnée en vue de la réalisation de l’opération de location-gérance « ne constitue qu’une mesure d’administration judiciaire ». D’ailleurs, cette interprétation extrêmement large du texte fut l’objet de critiques, v. : A. HONORAT, obs. in D. 1981. 488. – V. aussi sous l’empire de la loi du 13 juillet 1967, un arrêt qui se prononce sur les pouvoirs du syndic, l’arrêt énonce : « *il n’appartient ni au tribunal, ni à la cour d’enjoindre au syndic d’agir en résiliation de marchés conclus par le débiteur, ou d’exercer les actions en inopposabilité de la période suspecte, le syndic devant seul et sous sa propre responsabilité prendre cette initiative* ».

¹⁹¹² A. HONORAT, obs. pour Cass. com., 30 mars 1981 précit. in D. 1981, IR. 488. – V. aussi dans le même sens et du même auteur : obs. pour Cass. com., 20 nov. 1979 in D. 1980, IR. 244.

¹⁹¹³ F. DERRIDA, note précit. sous CA Pau, 9 janv. 1976 in D. 1976, jur. 473, 2^{ème} col.

1038. – Cette solution a été clairement réaffirmée par un arrêt très remarqué de la Chambre commerciale du 6 mars 1984¹⁹¹⁴, duquel il résulte qu'« aucune disposition régissant les procédures collectives n'interdit de faire constater, selon les voies de recours du droit commun, la nullité d'un jugement rendu avec le concours d'un auxiliaire de justice appelé à compléter le tribunal et qui se trouve à la fois être juge et partie dans l'affaire qui lui est soumise »¹⁹¹⁵. Que le tribunal soit constitué d'un magistrat qui était à la fois juge et partie, constitue incontestablement une violation flagrante des droits de la défense¹⁹¹⁶, et rendait sa décision annulable¹⁹¹⁷. Le vice dont était entachée la décision du tribunal était à un tel point grave, que la Cour de cassation ne s'est pas souciée de justifier la recevabilité de l'appel-nullité par l'existence d'un excès de pouvoir ou de tout autre grief, mais c'est simplement contentée d'affirmer que l'appel-nullité ne cesse pas d'être recevable au seul motif que l'appel à fin de réformation est interdit par la loi¹⁹¹⁸.

¹⁹¹⁴ Cass. com., 6 mars 1984 : D. 1984, jur. 566, note A. Honorat et D. Mas ; *ibid.* IR. 237, obs. P. Julien ; RTD civ. 1984. 568, obs. R. Perrot ; *ibid.* 779, obs. R. Perrot ; JCP (E) 1984. 2. 13403. En l'espèce, un tribunal avait autorisé les deux syndics de la liquidation des biens d'une société anonyme à traiter à forfait. Pour se compléter, le tribunal avait fait appel à un avocat, qui était précisément l'un des deux syndics. Une actionnaire de cette société, désignée aux fonctions de président par décision du conseil d'administration du 30 avril 1978, a, le 18 novembre 1980, formé un appel-nullité contre le jugement ayant autorisé de traiter à forfait. La cour d'appel de Poitiers a déclaré irrecevable cet appel-nullité. La demanderesse se pourvut alors en cassation. Le second moyen du pourvoi – qui seul nous intéresse ici – faisait valoir que l'article 103-4° de la loi du 13 juillet 1967 interdit l'opposition, l'appel et le pourvoi en cassation contre le jugement autorisant la cession à forfait, mais qu'il ne prive pas les parties du droit de faire prononcer la nullité d'une décision rendue aux termes d'une procédure irrégulière, et que ces irrégularités peuvent être invoquées par les voies de recours du droit commun. Pour casser l'arrêt de la cour de Poitiers ayant estimé que si l'appel n'est pas recevable, n'est pas non plus recevable l'appel-nullité pour un vice « touchant à la composition du tribunal », la Cour de cassation rappelle que l'appel-nullité qui tendait à faire déclarer nul l'arrêt précité du 1^{er} septembre 1975, faisait valoir que l'un des syndics de la procédure collective avait été appelé à compléter le tribunal, ce qui constituait une irrégularité flagrante, et énonce l'attendu de principe reproduit plus haut.

Comp. : Cass. com., 30 mars 1981 précit. : Bull civ. 4, n° 163, p. 129 ; D. 1981, IR. 488, obs. A. Honorat. Cet arrêt se rapporte de même à l'application de l'article 103-4° de la loi du 13 juillet 1967.

¹⁹¹⁵ Cette dernière précision dans l'attendu de l'arrêt ne doit pas lui ôter son caractère d'attendu de principe. Si en l'espèce, l'irrégularité de la composition du tribunal résultait de ce que pour rendre sa décision, le tribunal avait pour se compléter, fait appel à un avocat qui était précisément l'un des deux syndics de la liquidation des biens ; la solution énoncée dans l'attendu doit être étendue à toute hypothèse constituant une irrégularité grossière dans la composition de la juridiction.

¹⁹¹⁶ A. HONORAT et D. MAS, note précit. sous Cass. com., 6 mars 1984 in D. 1984, jur. 568. – P. JULIEN, obs. pour Cass. com., 6 mars 1984 précit. in D. 1984, IR. 237. – R. PERROT, obs. pour Cass. com., 6 mars 1984 précit. in RTD civ. 1984. 570. Rappelons qu'en l'espèce, l'avocat auquel la juridiction du premier degré a eu recours pour se compléter était précisément l'un des deux syndics de la liquidation des biens. L'avocat pouvait sans nul sous doute être syndic. A l'époque où l'arrêt fut rendu, ceci résultait des dispositions de l'article 7-1, al. 4 de la loi n° 71-1130 du 31 déc. 1971. Aujourd'hui, ceci demeure inchangé, puisqu'il découle de cette même loi modifiée par la loi n°90-1259 du 31 décembre 1990. Son nouvel article 6 bis dispose en toute clarté, que :

« Les avocats peuvent recevoir des missions confiées par justice ».

Mais là n'était pas le problème. Ce qui était inacceptable, c'est qu'une même personne cumulât dans une même instance, les fonctions de juge, à titre, d'avocat, et celle de partie, à titre de syndic : la décision litigieuse encourait sans aucun doute l'annulation.

¹⁹¹⁷ A. HONORAT et D. MAS, note précit. sous Cass. com., 6 mars 1984 in D. 1984, jur. 568.

¹⁹¹⁸ R. PERROT, obs. précit. pour Cass. com., 6 mars 1984 précit. in RTD civ. 1984. 570.

1039. – Diversement commentée¹⁹¹⁹, cette solution doit être approuvée. Elle fut réaffirmée et complétée par un arrêt très remarqué de la cour d'appel de Douai du 4 juin 1987¹⁹²⁰, énonçant « *qu'il est exact qu'aucune disposition régissant les procédures collectives n'interdit de faire constater, selon les voies de recours du droit commun la nullité d'un jugement lorsque celui-ci présente de graves irrégularités commises par les premiers juges qui ont, soit violé l'un des principes fondamentaux de la procédure civile, soit outrepassé leurs pouvoirs* »¹⁹²¹. A la différence de celle employée par l'arrêt précité du 6 mars 1984, la formule de la cour d'appel de Douai possède l'avantage d'avoir une portée *plus générale*¹⁹²². Elle a en outre l'avantage de faire clairement ressortir *les deux fondements* jusqu'alors

¹⁹¹⁹ Pour une opinion approbative, v. : P. JULIEN, obs. précit. pour Cass. com., 6 mars 1984 in D. 1984, IR. 237. – F. DERRIDA, P. GODÉ et J.-P. SORTAIS, *op. cit.*, p. 40, 2^{ème} col.

Pour une opinion critique, v. : A. HONORAT et D. MAS, note précit. sous Cass. com., 6 mars 1984 in D. 1984, jur. pp. 569-570. Ces auteurs critiquent l'affirmation précitée de la Cour de cassation, faite dans son attendu principal. Ils considèrent que comme dans le cas d'espèce, le jugement autorisant une cession à forfait étant affecté d'un vice tenant à la composition du tribunal, ou à l'absence d'audition du débiteur, c'est sur la base de la violation du principe du respect des droits de la défense qu'un appel-nullité doit être diligenté contre ce jugement.

Pour une opinion approbative mais nuancée, v. : R. PERROT, obs. précit. pour Cass. com., 6 mars 1984 in RTD civ. 1984. 570. L'auteur considère que le bon sens milite en faveur de la solution donnée par la Cour de cassation, mais que cette solution *ne s'imposait pas avec une parfaite évidence*. Il précise que la cour d'appel de Poitiers dont l'arrêt a été cassé, a été victime d'un mauvais raisonnement qui consiste à aligner le régime juridique de l'appel-nullité sur celui de l'appel-réformation. Il explique que la spécificité de l'appel-nullité doit être reconnue, et qu'en effet, la jurisprudence de l'époque niait la possibilité de diluer l'appel-nullité dans un moule commun avec l'appel-réformation.

¹⁹²⁰ CA Douai, 4 juin 1987 : Gaz. Pal. 1987. 2. 691 ; Banque 1987. 856, obs. J.-L. Rives-Lange. Le pourvoi contre cet arrêt a été jugé irrecevable, v. : Cass. com., 14 mars 1989 : Bull. civ. 4, n° 85.

¹⁹²¹ Si en l'espèce, la cour de Douai a énoncé, dans un attendu de principe de grande clarté, le principe de la recevabilité de l'appel-nullité, l'appel-nullité intenté en l'espèce, contre la décision litigieuse a cependant été déclaré *irrecevable*. En effet, dans le litige soumis à la cour d'appel de Douai les faits se présentaient comme suit : un jugement du tribunal de commerce de Roubaix du 2 août 1986 a arrêté le plan de continuation d'une société anonyme mise en redressement judiciaire, ce plan imposait aux créanciers un remboursement étalé sur dix ans et *sans intérêts*. Un créancier de la société mise en redressement judiciaire se plaignait de ce que le tribunal ne pouvait lui imposer une remise d'intérêts alors que sa créance était à plus d'un an de terme, selon lui, le tribunal avait enfreint tout à la fois les dispositions de l'article 55 de la loi du 25 janvier 1985 qui prévoit le maintien des intérêts contractuels et celles de l'article 74 de la même loi qui n'autorise pas le tribunal à imposer des remises ni en capital, ni en intérêts. Or, selon les textes de l'ancienne loi du 25 janvier 1985 réservait le droit d'appel contre le jugement arrêtant le plan à certaines personnes parmi lesquelles ne figuraient pas les créanciers de l'entreprise. Un des créanciers de l'entreprise, une société anonyme, qui n'avait donc pas la possibilité de réformer le jugement en question, a alors intenté un appel-nullité contre celui-ci. En réalité, l'exercice par la société créancière de l'appel-nullité tendait à faire reconnaître que le tribunal *avait violé* les articles 55 et 75 précités, c'était là l'objet d'un appel-réformation et non d'un appel-nullité. C'est alors qu'après avoir énoncé l'attendu de principe plus haut reproduit que la Cour de cassation se prononça sur la recevabilité de l'appel-nullité, et énonça qu' : « *Attendu qu'en l'espèce, la S.A. Procrédit (la créancière) se plaint de ce que, en infraction à l'art. 74 de la loi du 25 janvier 1985, les premiers juges lui ont imposé en fait une remise qu'elle n'avait pas accordée à son débiteur, la société Microdata (la débitrice), dans la mesure où ils lui ont refusé le bénéfice des intérêts contractuels auxquels elle avait droit en vertu de l'article 55 de la même loi ; que ce faisant le Tribunal n'a pas statué en dehors des limites qui lui étaient légalement conférées même si elle a pu faire une fausse application de la loi aux faits de la cause* ». La Cour décida alors : « *que l'absence d'un vice grave affectant sa décision ferme la voie de l'appel-nullité à la société Procrédit ; que l'appel doit être déclaré irrecevable de ce chef* ».

Les motifs ci-dessus avancés par la cour, ont été critiqués. Un auteur a considéré que les griefs reprochés au jugement *sont proches de l'excès de pouvoir* ; que le fait pour le tribunal d'imposer un abandon d'intérêts implique qu'il a statué en dehors des limites qui lui étaient légalement conférées : v. J.-L. Rives-Lange, obs. pour CA Douai, 4 juin 1987 in Banque 1987. 856.

¹⁹²² Sur l'attendu de principe de la cour de Douai, v. *infra* note 1928 sous n° 1040.

reconnus de l'appel-nullité, que sont la violation d'un principe fondamental de procédure civile¹⁹²³ et, l'excès de pouvoir¹⁹²⁴. Si le premier a été sérieusement remis en cause par des décisions récentes de la Cour de cassation¹⁹²⁵, le second est *souvent* réaffirmé par la jurisprudence¹⁹²⁶. Celle-ci rappelle par ailleurs, le principe de

¹⁹²³ Sur la remise en cause récente de la violation des principes fondamentaux de procédure civile comme fondement à l'appel-nullité, v. *supra* n^{os} 978 et s.

¹⁹²⁴ Sur l'excès de pouvoir comme fondement de l'appel-nullité, v. *supra* n^{os} 841 et s.

¹⁹²⁵ Sur la remise en cause partielle des principes fondamentaux de procédure civile comme fondement de l'appel-nullité, v. *supra* n^{os} 978 et s.

¹⁹²⁶ Pour les décisions des juges du fond, v. : CA Versailles, 9 juill. 1986 précit. : Gaz. Pal. 1986. 2. 570, note J.-F. Martin ; *ibid.* 1987. 1. 133, note J.-P. Marchi. Il est intéressant de souligner que l'arrêt vise la violation d'« une disposition d'ordre public » et non, comme la grande majorité des décisions, celle d'un principe fondamental de procédure civile. L'arrêt énonce que : « (...) dans la mesure où il s'avèrerait que la juridiction du premier degré ait méconnu une disposition d'ordre public ou excédé ses pouvoirs, l'annulation de la décision peut être recherchée ». Nous pensons que ceci peut s'expliquer par le fait qu'au temps où la Cour de Versailles a statué, le régime juridique de l'appel-nullité n'était pas encore suffisamment élaboré pour qu'il soit clair aux tribunaux que la violation d'une disposition d'ordre public ne suffit pas à rendre l'appel-nullité recevable. Plus, il faut que soit alléguée une illégalité d'une particulière gravité : en l'occurrence, un excès de pouvoir ou, pourrions-nous même dire, la violation d'un principe fondamental de procédure civile, bien que celle-ci ait été récemment remise en cause. – V. aussi : F. DERRIDA, note sous Cass. com., 25 janv. 1994 : in D. 1994, jur. 379. Cet auteur a expliqué la solution donnée par l'arrêt précité de la cour de Versailles du 9 juillet 1986, par le fait que l'on considèrerait jusqu'alors que la méconnaissance d'une disposition d'ordre public était, à côté de l'excès de pouvoir, une cause autonome d'annulation de la décision attaquée.

L'intérêt qui s'attache à cet arrêt, c'est d'avoir énoncé la recevabilité de principe de l'appel-nullité, bien qu'en l'espèce ce recours fût déclaré recevable mais *mal fondé*. Les faits se présentent ainsi : le 13 mars 1986, le tribunal de commerce de Nanterre ouvre une procédure de redressement judiciaire à l'égard d'une entreprise d'imprimerie. Le 17 avril 1986, le tribunal met fin à la période d'enquête et décide la poursuite de l'activité pour une durée de deux mois en vue de l'élaboration d'un plan de redressement. Une offre est faite le 5 mai 1986, elle porte sur la cession totale de l'entreprise pour un prix d'un million de francs, avec garantie bancaire. Un incendie qui se déclare dans la nuit du 15 au 16 mai vient aggraver la situation de l'entreprise qui était déjà compromise. Face à une exploitation déficitaire, l'administrateur doit recourir à des concours bancaires. Il établit et dépose un rapport. C'est dans ces conditions qu'après avoir entendu les représentants des intérêts en cause, que le tribunal arrête par jugement du 22 mai le plan de redressement et ordonne la cession de l'entreprise. Le représentant des créanciers fait appel du jugement du 22 mai, appel sur lequel la cour de Versailles statue par l'arrêt rapporté. Bien que rendue sous l'empire de l'ancienne loi du 25 janvier 1985 sur les entreprises en difficulté, cette jurisprudence reste toujours valable : était en effet en cause l'application de l'article 174 de cette loi, les dispositions de cet article ont été reprises par la loi nouvelle de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 et intégrées au Code de commerce à l'article L. 661-6. Le représentant des créanciers ne figurait pas, en vertu de l'article 174 précité, parmi les personnes autorisées à faire appel du jugement arrêtant le plan de cession. L'appelant qui savait parfaitement que l'obstacle résultant de l'article 174 de la loi était infranchissable, ne sollicitait pas la réformation du jugement du 22 mai 1986, mais son *annulation*. Le motif avancé était que le plan arrêté par ce jugement ne répondait pas à la définition et aux exigences de la loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises. La cour de Versailles saisie de cet appel-nullité, a admis sa recevabilité de principe dans l'attendu ci-dessus rapporté. L'appelant faisait valoir qu'il ne peut y avoir adoption d'un plan de cession de l'entreprise que pour autant que ce plan prévoie expressément les modalités de règlement de la totalité du passif. Or, la jurisprudence dominante admet qu'un plan de cession de l'entreprise puisse être arrêté même si le prix offert ne permet pas d'éteindre tout le passif. Plus, la jurisprudence n'a jamais exigé que le prix couvre tout le passif. Les juges du fond jouissent d'un pouvoir souverain d'appréciation pour ordonner ou non la cession de l'entreprise au vu des circonstances de chaque espèce. La cour d'appel de Versailles après avoir jugé l'appel-nullité recevable, le déclare mal fondé au motif que : la procédure de liquidation ayant été régulière, la Cour d'appel n'a pas à apprécier l'opportunité ni le contenu de la décision de cession. Le pourvoi contre cet arrêt a été jugé irrecevable, v. : Cass. com., 15 juill. 1987 : Bull. civ. 4, n^o 185.

Pour les arrêts de la Cour de cassation, v. : Cass. com., 27 avr. 1993 précit. : Bull. civ. 4, n^o 152, p. 104 ; D. 1994. somm. 45, obs. F. Derrida ; Rev. sociétés 1993. 649, note Y. Chaput. En l'espèce, une société civile immobilière et une SARL avaient été constituées entre les mêmes personnes, la seconde exploitant un hôtel dans les locaux appartenant à la première. Des difficultés financières les conduisirent l'un et l'autre, au redressement judiciaire. La SCI fait l'objet d'un plan de cession à une nouvelle SCI. La SARL obtient un plan de continuation mais passe sous le contrôle d'un nouvel associé, grâce à une augmentation de capital et une cession forcée des parts des anciens dirigeants. Ce nouvel associé s'était en outre engagé

recevabilité de l'appel-nullité en l'absence d'appel en reformation en visant l'incontournable exigence de *vices d'une particulière gravité*¹⁹²⁷.

à faire des « apports » en compte courant pour garantir les obligations de la SARL à l'égard de la SCI, engagement que le tribunal transforme en cautionnement. Celui-ci s'étant *uniquement* engagé à assurer par des apports en compte-courant, réalisés au profit de la SCI nouvelle, le paiement des échéances du crédit-bail immobilier consenti à celle-ci, le jugement imposait donc au tiers devenu associé des charges *supérieures* à celles qui résultaient de ses engagements. Ceux-ci ayant été aggravés, le nouvel associé fit appel de la décision arrêtant le plan de continuation. Le dirigeant évincé fit de même appel de cette décision.

La cour d'appel les déclare l'un et l'autre irrecevables. L'appel du nouvel associé le fut au double motif, qu'il ne figurait pas parmi les personnes auxquelles l'article 171 de la loi du 25 janvier 1985 ouvrait l'appel ; et, qu'il ne pouvait pas non plus interjeter appel en vertu de l'article 174 de la même loi, car les charges supplémentaires qui lui avaient été imposées ne se rapportaient pas au plan de cession de la SCI et qu'il n'avait pas la qualité de cessionnaire de l'entreprise. Quant à l'appel du dirigeant évincé, il fut déclaré irrecevable au motif susénoncé, qu'il ne figurait pas non plus parmi les personnes auxquelles l'article 171 précité ouvrait l'appel, et que, l'irrégularité invoquée n'était pas « suffisamment grave pour justifier un appel-nullité ».

Les appelants se pourvurent en cassation, le moyen du pourvoi invoquait l'excès de pouvoir commis par la cour d'appel en ce qu'elle a – notamment – violé les dispositions de l'article 62, al. 3 de la loi du 25 janvier 1985, duquel il résulte que les personnes qui exécuteront le plan, même à titre d'associés, ne peuvent se voir imposer des charges *autres que les engagements qu'elles ont souscrits* au cours de sa préparation.

Sur la recevabilité des pourvois, la Cour de cassation, reprenant la solution dégagée par l'arrêt du 6 mars 1984, énonce : « *Attendu que si les dispositions de l'article 171 de la loi du 25 janvier 1985 prévoient que les décisions arrêtant le plan de continuation de l'entreprise ne sont susceptibles de pourvoi en cassation que de la part du débiteur, de l'administrateur (...) et si les décisions arrêtant le plan de cession de l'entreprise ne peuvent, en vertu de l'article 175 de la même loi, faire l'objet d'un recours en cassation de la part de quiconque, aucune disposition n'interdit de faire constater selon les voies de recours du droit commun la nullité d'une décision entachée d'excès de pouvoir* ».

La Cour de cassation casse en toutes ses dispositions l'arrêt d'appel, pour avoir, en déclarant irrecevables les appels-nullité précités, *excédé ses pouvoirs*. L'augmentation des charges pesant sur la personne qui s'est engagée à exécuter le plan, est en effet *constitutive d'excès de pouvoir*.

Par ailleurs, ce qui a permis à la Cour de cassation de décider que l'appel-nullité est recevable à l'égard du jugement attaqué dans ses deux parties, celle se rapportant au plan de cession de la SCI, et celle se rapportant au plan de continuation de la SARL, c'est le fait que le plan de cession de la SCI était lié de *manière indissociable* au plan de continuation arrêté au profit de la SARL. L'unicité des propositions émanant du tiers dont l'exécution commandait l'application des deux plans arrêtés par le tribunal, conduisait à faire nécessairement *rejaillir* sur le second l'appel formé à propos du premier.

La solution donnée par l'arrêt du 27 avril 1993 serait *toujours valable aujourd'hui*, sous l'empire de la loi nouvelle du 26 juillet 2005 sur les entreprises en difficulté, car les dispositions de l'article 62, al. 3 précité ont été reprises par cette loi et introduites dans le Code de commerce à l'alinéa troisième de l'article L. 626-10.

¹⁹²⁷ CA Paris, 10 juill. 1987 précit. : Gaz. Pal. 1987. 2. 688 ; D. 1987, IR. 211. Dans cette espèce était en cause la notion de « partie » à l'appel-nullité. La Cour de Paris pour préciser cette notion, énonce : « *considérant que si, pour remédier à certains vices particulièrement graves, (...), l'appel à fin d'annulation peut être formé, même lorsque l'appel-réformation n'est pas ouvert, encore faut-il qu'il émane « d'une partie » ainsi qu'en dispose l'art. 546 CPC (...)* ». En l'espèce, trois sociétés mises en redressement judiciaire ont fait l'objet de plans de cession en vertu d'un même jugement. C'est le candidat repreneur évincé qui a formé un appel-nullité contre ce jugement qui a ordonné la cession totale des trois sociétés. L'appel-nullité fut déclaré irrecevable pour *défaut de qualité* au sens de l'article 546 CPC. A l'appui de son recours, l'appelant faisait valoir que les restrictions que pose l'article 174 de la loi du 25 janvier 1985 quant aux personnes ayant qualité pour faire appel du jugement arrêtant le plan de cession, ne s'appliquaient plus lorsque l'appel tendait à l'annulation du jugement et non à sa réformation. La cour de Paris ne l'a pas suivi dans son raisonnement. Le défaut de qualité du candidat repreneur évincé, a suffi à rendre l'appel-nullité *irrecevable*. D'ailleurs, les griefs invoqués à l'encontre du jugement *n'étaient pas fondés*. La question de qualité dans l'appel-nullité ne nous intéresse pas en elle-même dans la présente étude, mais l'arrêt est cité car il *réaffirme* le principe de recevabilité de l'appel-nullité pour sanctionner en droit des procédures collectives *les vices qui sont d'une particulière gravité*. – V. un arrêt rendu deux

1040. – La décision précitée du 6 mars 1984 institua une jurisprudence constante qui fut suivie dans de nombreuses autres décisions rendues dans la matière des procédures collectives¹⁹²⁸.

jours avant celui précité du 10 juillet 1987 et qui adopte un attendu identique : CA Paris, 8 juill. 1987 précit. : D. 1988, jur. 11, concl. J. Sauvel. – V. aussi pour une même solution : CA Paris, 5 mars 1991 précit. : D. 1991, jur. 376, note J.-P. Sortais. V. aussi un arrêt qui vise les vices d'une particulière gravité affectant la « régularité intrinsèque du jugement » : CA Paris, 17 janv. 1989 précit. : D. 1989, somm. 182, obs. P. Julien.

V. pour un arrêt qui décide dans le même sens quant à la question de qualité : Cass. com., 22 mars 1988 : Bull. civ. 4, n° 113, p. 79 ; D. 1988, jur. 375 ; *ibid.* 1988, IR. 109. – V. aussi pour un arrêt qui exige que le jugement litigieux soit atteint d'un vice *particulièrement grave* : CA Paris, 2 mars 1990 : Gaz. Pal. 1990. 1. 683. – V. aussi pour un arrêt qui exige pour le bien-fondé d'un appel-nullité formé contre une ordonnance du juge des référés, *qu'une irrégularité grave ait été commise* : CA Paris, 7 mars 1990 : Gaz. Pal. 1991. 1. somm. 26, note J.-P. Marchi. L'attendu reproduit par le commentateur dans sa note sous l'arrêt, énonçait que : « *les appelants ne démontrent pas que le juge des référés a outrepassé les limites d'une attribution légale de compétence ni par ailleurs qu'il a commis quelque autre irrégularité grave* ».

V. aussi, qui affirme très clairement l'exigence de vices particulièrement graves : CA Versailles, 1^{er} déc. 1994 : D. 1995, IR. 51. – Cass. com., 28 mai 1996 précit. : Bull. civ. 4, n° 150, p. 130 ; D. 1997, jur. 538, note G. Bolard ; Pet. Aff. du 9 mai 1997, n° 56, p. 13, note Ch. Lebel ; RTD civ. 1996. 985, obs. R. Perrot. L'arrêt énonce dans une motivation à portée générale, que : « (...) *la recevabilité de l'appel-nullité, voie de recours distincte de l'appel de droit commun, suppose que le jugement déféré renferme un vice ; (...); que seul un vice d'une particulière gravité du jugement déféré peut rendre recevable l'appel-nullité* ». L'espèce se rapporte à l'application de l'ancien article 173 de la loi du 25 janvier 1985, texte qui interdisait l'appel contre les jugements par lesquels le tribunal statue sur le recours formé contre les ordonnances du juge-commissaire. L'ordonnance du 28 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, a abrogé les dispositions de l'article 173 précité. Celles-ci avaient en effet été reprises par la loi du 26 juillet 2005 et introduites au Code de commerce par l'ancien article L. 661-5 C. com. Celui-ci a été abrogé par l'ordonnance précitée.

Ceci m'amoindrit en rien la valeur de la décision de la Chambre commerciale du 28 mai 1996 : sa valeur réside dans le fait d'avoir insisté sur *l'exigence de vices d'une particulière gravité* pour rendre l'appel-nullité recevable en l'existence d'une interdiction légale de la voie d'appel.

V. aussi qui dans une remarquable thèse, approuve cette solution : Ch. LEFORT, thèse précit., n°s 1017, 1025 et 1057.

¹⁹²⁸ V. CA Douai, 4 juin 1987 précit. : Gaz. Pal. 1987. 2. 691 ; Banque 1987. 856, obs. J.-L. Rives-Lange. Cet arrêt adopte une motivation très similaire à celle de l'arrêt précité du 6 mars 1984. La Cour de Douai énonce en effet, dans son attendu : « *qu'il est exact qu'aucune disposition régissant les procédures collectives n'interdit de faire constater selon les voies de recours du droit commun la nullité d'un jugement lorsque celui-ci présente de graves irrégularités commises par les premiers juges qui ont, soit violé l'un des principes fondamentaux de la procédure civile, soit outrepassé leurs pouvoirs* ». – V. aussi : CA Paris, 10 juill. 1987 précit. : Gaz. Pal. 1987. 2. 688 ; D. 1987, IR. 211. – V. aussi : CA Lyon, 16 oct. 1987 : Gaz. Pal. 1988. 1. 249. – V. aussi : CA Paris, 22 mars 1989 précit. : Gaz. Pal. 1990. 1. 163, note J.-P. Marchi ; D. 1989, IR. 133 ; RTD com. 1989. 760, obs. B. Grelon. Cet arrêt réitère de même, dans un attendu de principe, la solution – constante – de recevabilité de l'appel-nullité dans la matière des procédures collectives, en employant cependant une *motivation différente*. Y étaient en outre en cause, les pouvoirs du juge-commissaire relativement à la vente d'immeubles dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire. – V. aussi : CA Paris, 7 mars 1990 précit. : Gaz. Pal. 1991. 1. somm. 26, note J.-P. Marchi. Dans cette espèce, un appel-nullité a été formé contre une décision du juge des référés, rendue en vertu de l'article 150 CPC, et qui a ordonné une enquête. L'appel-nullité fut jugé recevable, cependant mal fondé : les appelants n'ayant pu prouver que le juge des référés *a outrepassé ses pouvoirs ou commis une grave irrégularité*. – V. aussi : CA Paris, 6 mars 1991 : D. 1992, somm. 92, obs. F. Derrida. Dans cette espèce était par ailleurs en cause, « l'intérêt à agir » de l'appelant dans l'appel-nullité. La Cour de Paris applique la règle de droit commun en la matière : l'appelant à un appel-nullité *doit justifier d'un intérêt à agir* pour que son recours soit jugé recevable. Le commentateur de l'arrêt souligne, que si l'appel-nullité est soumis aux règles particulières du redressement judiciaire en ce qui concerne ses formes, *il obéit aux règles du droit commun en ce qui concerne l'exigence d'un intérêt*, v. : F. DERRIDA, obs. sous l'arrêt in D. 1992, somm. 92.

1041. – Dans la même ligne de jurisprudence tracée par l'arrêt du 6 mars 1984, fut rendu par la Chambre commerciale, un arrêt très remarqué en date du 26 avril 1994, décision riche en enseignements en droit des procédures collectives¹⁹²⁹, qui suscita l'intérêt de la doctrine¹⁹³⁰, et de laquelle il résulte la réaffirmation, « *qu'il ne peut être exercé de recours en cassation contre les arrêts qui statuent sur le plan de cession de l'entreprise en redressement judiciaire, à moins que ne soit en cause l'excès de pouvoir* »¹⁹³¹. Dans cet arrêt, les plaideurs reprenant la jurisprudence

¹⁹²⁹ L'affaire « La Banque Majorel » donne d'importantes solutions, notamment quant à la question de la qualité requise pour exercer l'appel-nullité et quant aux conditions de forme et de délai pour exercer cette voie de recours. Concernant la question de qualité, elle a été abordée par la Cour en ce qui concerne le représentant des créanciers, ainsi que le chef de l'entreprise mise en redressement. Nous ne nous arrêterons pas sur ces questions qui, bien qu'importantes, n'intéressent pas la notion de subsidiarité que nous visons à étudier à travers l'étude de l'appel-nullité, et ne servent pas davantage à éclairer celle-ci.

¹⁹³⁰ V. : M. VASSEUR, *L'affaire de la banque Majorel*, D. 1994, chron. 317.

¹⁹³¹ Cass. com., 26 avr. 1994 : Bull. civ. 4, n° 154, p. 122 ; D. 1994, jur. 542, note F. Derrida ; RTD com. 1995. 167, obs. M. Cabrillac ; JCP 1994. 4. 1596 ; JCP (E) 1995. 1. 463, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet. Dans l'affaire de la « Banque Majorel » qui a donné lieu à l'arrêt du 26 avril 1994, la Commission bancaire a désigné un administrateur provisoire à cette banque, qui est de faible importance, par application de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit. Le mandataire judiciaire a déclaré la cessation de paiement de la Société Majorel. Le tribunal a alors, par jugement du 19 mars 1992, mis en redressement judiciaire celle-ci. Par même jugement du 19 mars 1992, le tribunal a arrêté le plan de cession des actifs de la Société Majorel au profit de la Société agenaise de Crédit industriel et commercial. Par décision du 20 mars 1992, la Commission bancaire a maintenu l'administrateur provisoire dans ses fonctions et a prononcé, à titre de sanction disciplinaire, la démission d'office de M. Majorel, gérant de la Société Majorel. Intervint alors, une série de recours en appel-nullité interjetés par différentes parties intéressées à la procédure collective. C'est alors que, le 26 mars 1992, M. Majorel a interjeté au nom de la Société Majorel, appel-nullité du jugement ayant arrêté le plan de cession en invoquant à l'appui de son recours des irrégularités constitutives – selon lui – d'excès de pouvoir des premiers juges. La Banque La Hénil, créancière de la Société Majorel, et M. Majorel, déclarant agir en son nom personnel en qualité de créancier, ont à une date postérieure, interjeté un appel-nullité contre ce même jugement. Tandis que la Caisse régionale de crédit agricole de l'Ardèche, créancière, formait une tierce opposition jugée irrecevable par jugement du 9 juin 1992. Celui-ci fut frappé d'appel. En cause d'appel, intervint volontairement aux mêmes fins la Caisse hypothécaire anversoise, autre créancier. Par un premier arrêt, la cour d'appel a déclaré irrecevables les appels-nullité formés par la Société Majorel, la Banque La Hénil et M. Majorel contre le jugement précité du 19 mars 1992. A de même été déclarée irrecevable, l'intervention volontaire de la Caisse hypothécaire anversoise. Toutes ces parties qui ont formé des appels-nullité contre les différentes décisions rendues lors de la procédure de redressement de la Banque Majorel, se sont pourvues en cassation contre les arrêts d'appel. La Cour de cassation, après avoir regroupé les différents pourvois – il s'agissait de six pourvois –, s'est prononcée dans le sens de l'*irrecevabilité* de tous les pourvois, principaux qu'incidentes. La Cour de cassation adoptait la même motivation pour répondre aux différents pourvois, ainsi le même attendu se répétait. La Cour énonçait l'attendu reproduit plus haut, que nous reproduisons ici de même : « *Attendu qu'il résulte de la combinaison des articles 174, al. 2, et 175 de la loi du 25 janv. 1985 qu'il ne peut être exercé de recours en cassation contre les arrêts qui statuent sur le plan de cession de l'entreprise en redressement judiciaire, à moins que ne soit en cause l'excès de pouvoir* ». Concernant le pourvoi en cassation intenté par la Caisse hypothécaire anversoise, la Cour de cassation, après avoir énoncé cet attendu, poursuit en décidant : « *qu'ayant exactement énoncé que, faute d'appel-nullité recevable, la Caisse hypothécaire anversoise, eût-elle un droit propre distinct de celui invoqué par les autres créanciers, était irrecevable en son intervention, la cour d'appel n'a pas excédé ses pouvoirs* ». Ainsi, le pourvoi formé par la Caisse hypothécaire anversoise a été rejeté car le grief reproché à la Cour d'appel n'était pas constitutif d'excès de pouvoir. Mérite d'être spécialement signalé, le pourvoi en cassation formé par la Société aveyronnaise et l'administrateur judiciaire ; ceux-ci reprochaient aux juges d'appel d'avoir déclaré recevable la requête en interprétation du jugement ayant arrêté le plan de cession et décidé que le cessionnaire était tenu de respecter les engagements de la Société Majorel envers la Société l'Épargne de France. Ils faisaient valoir que la requête en interprétation

instituée par l'arrêt précité du 6 mars 1984, faisaient valoir à l'appui de leur appel-nullité que les arrêts attaqués les « *ont privés du droit de faire constater selon les voies de recours du droit commun la nullité d'une décision entachée d'excès de pouvoir* ».

1042. – Par ailleurs, a été jugé recevable l'appel-nullité interjeté par le représentant des créanciers aux fins d'annulation du jugement qui a arrêté le plan de redressement de l'entreprise, *sans avoir procédé à la consultation de ceux-ci*¹⁹³². Cette même solution approuvée par un éminent spécialiste de la matière¹⁹³³, a été adoptée, et, par conséquent, *la nullité du jugement* arrêtant le plan de redressement fut prononcée, lorsque le tribunal, après avoir consulté les créanciers, a néanmoins statué *sans attendre leur réponse*¹⁹³⁴.

était irrecevable car l'appel-nullité a été déclaré irrecevable, et que, sous couvert d'interprétation l'arrêt avait modifié le jugement qui excluait de la reprise les conventions conclues avec les entreprises régies par le Code des assurances. La Cour de cassation, pour répondre à ce pourvoi, commence par rappeler un principe applicable aux voies de recours, et énonce : « *que les jugements ou arrêts interprétatifs ont, quant aux voies de recours, le même caractère et sont soumis aux mêmes règles que les décisions interprétées* ». La Cour poursuit en répétant l'attendu de principe reproduit plus haut, pour décider : « *que la cour d'appel, qui devait, en application de l'art. 461, al. 1^{er} CPC, statuer sur la requête en interprétation, des charges autres que les engagements pris par celui-ci au cours de l'élaboration du plan ; qu'elle n'a pas excédé ses pouvoirs* ». Ici de même, le pourvoi formé par la Société aveyronnaise et l'administrateur judiciaire a été rejeté car le grief reproché à la cour d'appel *n'était pas constitutif d'excès de pouvoir*. Ces deux solutions, tirées des pourvois formés par la Caisse hypothécaire anversoise et par la Société aveyronnaise et l'administrateur judiciaire, contribuent à davantage éclairer la notion d'excès de pouvoir : il peut en être déduit que, *lorsque la cour d'appel pose des solutions exactes*, elle ne commet pas d'excès de pouvoir.

¹⁹³² CA Dijon, 12 août 1987 : Gaz. Pal. 1987. 2. 690. Rappelons que le représentant des créanciers n'est pas au nombre des personnes qui étaient habilitées en vertu de l'article 174 de la loi du 25 janvier 1985 applicable alors à cette espèce, à faire appel du jugement qui décide de la continuation de l'entreprise. L'arrêt de la cour d'appel de Dijon ne prend pas soin de citer l'article 174 en question – applicable au litige –, seuls sont mentionnés les articles 24 de la loi du 24 janvier 1985 et 42 du décret du 27 décembre 1985 qui réglementent la procédure de consultation des créanciers. Mais aussi et surtout, l'arrêt ne précise pas que l'appel formé par le représentant des créanciers était bel et bien *un appel-nullité*. En l'espèce, il était reproché au jugement rendu le 30 janvier 1987 par le tribunal de commerce de Mâcon de n'avoir pas appliqué la procédure de consultation des créanciers instituée par les textes précités. La cour de Dijon précise à cet égard que : « *les consultations limitées, par téléphone et par télex, (...), ne sauraient pallier l'irrégularité qu'a constitué le fait de statuer le 30 janvier 1987 alors que les formalités légales et réglementaires sus-rappelées n'étaient pas accomplies* ». Plus loin l'arrêt poursuit, et précise que : « *les propositions du plan de redressement ont donc été faites et adoptées hors des exigences des textes en ce qui concerne les créanciers représentés par Me Bouillot (le représentant des créanciers de l'entreprise) ; que l'appelant est en conséquence recevable et fondé à invoquer la nullité du jugement (...)* ». Soulignons que selon l'arrêt, les propositions du plan de redressement ont été faites « hors des exigences des textes », ceci a justifié à l'égard de la cour de Dijon la recevabilité de l'appel-nullité à l'encontre du jugement, alors que, dans une décision rendue quelques mois plus tôt, il a été jugé que le fait que le tribunal ait imposé aux créanciers de l'entreprise un *abandon d'intérêts* dans un cas où la loi ne lui en donnait pas le droit, *ne justifiait pas* la recevabilité de l'appel-nullité, v. : CA Douai, 4 juin 1987 précit. : Gaz. Pal. 1987. 2. 691 ; Banque 1987. 856, obs. J.-L. Rives-Lange.

Pour une affaire comparable à celle ayant fait l'objet de l'arrêt précité de la cour de Dijon du 12 août 1987, v. aussi : CA Lyon, 17 juin 1987 : Gaz. Pal. 1987. 2. 696. L'espèce mettait en cause, l'interprétation à donner à l'article 24 de la loi du 24 janvier 1985. La société débitrice mise en redressement, soutenait que la consultation des créanciers n'était obligatoire en vertu dudit article 24, que lorsque sont proposés cumulativement des « délais et remises », et que, puisqu'il n'était proposé dans la présente espèce que des « délais », la consultation ne serait, selon la société débitrice, que *facultative*. Le représentant des

La consultation des créanciers a pu être considérée comme un élément *essentiel* de la procédure¹⁹³⁵, dont l'omission constitue une *irrégularité justifiant la nullité du jugement*¹⁹³⁶. A de même été déclaré recevable, l'appel-nullité formé par les créanciers de l'entreprise, agissant *individuellement*, contre le jugement homologuant un plan de cession arrêté au vu d'un rapport *qui ne respectait pas les dispositions procédurales d'ordre public de la loi du 25 janvier 1985*¹⁹³⁷.

créanciers a formé un appel-nullité contre le jugement qui a ordonné un règlement à 100% des créanciers, sans cependant avoir procédé à la consultation de ceux-ci sur les propositions pour le règlement des dettes. La cour de Lyon après avoir énoncé que : « *quelles que soient les raisons d'opportunité, l'administrateur, ni le représentant des créanciers non plus que le Tribunal ne peuvent déroger à ces dispositions d'ordre public* (l'article 24 de la loi du 24 janvier 1985) », ne retient pas l'allégation avancée par la société. Plus loin, statuant sur l'appel interjeté à l'encontre du jugement, elle énonce : « *qu'en l'espèce, le plan contenant les propositions pour le règlement des dettes n'ayant été remis au représentant des créanciers que le 28 novembre 1986, l'administrateur n'a pas mis ce dernier en mesure de consulter les créanciers avant l'audience du Tribunal fixée au 3 décembre suivant (...); qu'il importe de constater que le Tribunal a statué en l'absence de l'élément essentiel que constituent les réponses des créanciers aux propositions sur lesquelles ils auraient dû être consultés, et qu'en conséquence le jugement doit être déclaré nul* ».

¹⁹³³ B. SOINNE, *Le recours nullité dans le cadre des procédures collectives*, *op. cit.*, p. 697.

¹⁹³⁴ CA Douai, 3 mars 1988 : *Gaz. Pal.* 1988. 1. 414.

¹⁹³⁵ V. CA Lyon, 17 juin 1987 précit. : *Gaz. Pal.* 1987. 2. 696. – V. aussi qui adopte cette opinion : B. SOINNE, *Le recours nullité dans le cadre des procédures collectives*, *op. cit.*, p. 697. – Rapp. : L. MAUPAS, *L'appel-nullité dans les procédures collectives*, *Rev. proc. coll.* 2002. 229, spéc. n° 19.

¹⁹³⁶ V. CA Dijon, 12 août 1987 précit. : *Gaz. Pal.* 1987. 2. 690. – CA Toulouse, 29 oct. 1987 : *Rev. proc. coll.* 1988. 385, n° 2, obs. B. Soinne. – CA Paris, 22 mars 1988 : *Juris-Data* n° 021861. – V. pourtant en sens contraire : CA Lyon, 4 nov. 1988 précit. : *Gaz. Pal.* 1989. 1. 350 ; D. 1989, somm. 12, obs. F. Derrida.

¹⁹³⁷ CA Douai, 31 mars 1988 précit. : *Gaz. Pal.* 1988. 2. 584, note B. Soinne ; D. 1990, somm. 4, obs. F. Derrida. Les faits de l'espèce méritent d'être relatés. Une entreprise (Herriau) fait signifier à une autre société (la Société Moreau) exerçant la même activité, un arrêt condamnant cette dernière pour contrefaçon. A la suite de cette décision le matériel est saisi et l'activité de la Société Moreau ne peut plus être poursuivie en l'état. Cette société dépose alors le bilan le 7 juillet 1987. Le 28 octobre 1987, une société dite « société nouvelle d'exploitation Moreau » est constituée. Un plan est déposé que le tribunal de commerce de Cambrai arrête le même jour. Deux créanciers de la Société Moreau contestent alors cette décision dans le cadre d'un appel-nullité en soutenant que la *procédure n'aurait pas été régulière* et que surtout, le plan ne serait pas en réalité un plan de cession mais *un plan de continuation déguisé*. Ces deux créanciers soutiennent en outre, qu'ils ont été écartés des répartitions à opérer à la suite du règlement du prix par le cessionnaire. Pour ce prononcer sur la validité du jugement homologuant le plan de cession, la cour de Douai fait une analyse des objectifs recherchés par la loi du 25 janvier 1985. Elle commence par préciser que : « *l'administrateur qui aux termes de l'article 21 de la loi reçoit les offres, que ce soit de continuation ou de reprise, a pour mission de dresser un bilan de l'entreprise et proposer au tribunal soit la liquidation soit un plan de redressement (continuation ou cession) dans un rapport unique (...)* » ; « *Ce rapport doit être établi après information et consultation préalable notamment celle des créanciers sur les délais et remises proposées (...)* ». La cour poursuit pour décrire toute la procédure édictée en vue de l'élaboration du rapport, puis elle énonce : que « *cet ensemble de mesures démontre la volonté du législateur de faire du plan un instrument de travail privilégié permettant au Tribunal d'avoir une vue complète tant de la situation actuelle de l'entreprise que des possibilités d'avenir. La réalisation de cet objectif suppose que l'administrateur ne se contente pas d'une analyse comptable ou d'une simple compilation mais recueille l'avis de tous les intéressés à la survie de l'entreprise, c'est-à-dire le débiteur, le personnel et les créanciers (...)* ». Pour déclarer le jugement entaché de nullité, la cour relève que : « *par une coïncidence remarquable le jour même où la nouvelle société naissait officiellement, le projet de reprise était déjà mis au point et le rapport de l'administrateur déjà établi ; de toute évidence, l'opération importante sur le plan économique et social et qui nécessitait des accords financiers préalables, a été élaborée de façon occulte et de surcroît réalisée à la hâte, dans un temps record, dans le but d'éviter toute remise en cause du plan proposé* ». Et elle poursuit :

1043. – A côté des irrégularités résultant de la violation des dispositions d'ordre public de la loi du 25 janvier 1985¹⁹³⁸, la violation du principe du contradictoire a été jugée comme un grief justifiant l'ouverture, *malgré l'interdiction de tout recours*, de la voie de l'appel-nullité¹⁹³⁹. La violation du principe du

« *statuant sur un rapport qui n'a pas été établi conformément aux dispositions procédurales d'ordre public de la loi du 25 janvier 1985 et de son décret d'application fondées sur un principe de concertation préalable, le jugement déféré est entaché de nullité. Il sera donc annulé (...)* ». Cet arrêt est important. D'un apport doctrinal considérable, il contribue à la construction de l'édifice de l'appel-nullité dans le droit des procédures collectives. Hormis qu'il ait jugé recevable l'appel-nullité *pour atteinte aux règles d'ordre public* qui régissent l'élaboration du plan de redressement, l'arrêt est de même important car il a accueilli l'action de deux créanciers *agissant individuellement*. L'accueil de l'action des créanciers se justifie par *l'opposition d'intérêts* qui existait entre ceux-ci et le représentant des créanciers. Pour une opinion approbative, v. : F. DERRIDA, obs. in D. 1990, somm. 5.

En revanche, la Cour de cassation a considéré que l'atteinte portée par le jugement arrêtant le plan de cession à l'égalité des créanciers, *ne peut valablement fonder un appel-nullité*, v. : Cass. com., 26 avr. 1994 précit. : Bull. civ. 4, n° 154, p. 122 ; D. 1994, jur. 542, note F. Derrida ; RTD com. 1995. 167, obs. M. Cabrillac ; JCP 1994. 4. 1596 ; JCP (E) 1995. 1. 463, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet.

La Cour de cassation n'excluait pas que cette atteinte existât, et elle en a d'ailleurs sanctionné la violation : Cass. com., 17 nov. 1992 : Bull. civ. 4, n° 361, p. 257.

Cependant l'atteinte portée à l'égalité des créanciers *n'est pas jugée constitutive d'excès de pouvoir*, v. : M. VASSEUR, *op. cit.*, p. 319, n° 11.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre commerciale du 26 avril 1994 cité *supra*, trois des pourvois formés avaient invoqué l'atteinte portée à l'égalité des créanciers, mais la Cour ayant déclaré ces pourvois irrecevables, n'avait pu connaître du moyen tiré de l'atteinte à cette égalité.

¹⁹³⁸ V. par ex. CA Rennes, 7 juill. 1993 : D. 1996, somm. 7. Cette espèce présente l'hypothèse d'un tribunal qui a statué sur l'offre du repreneur de l'entreprise, offre qui a été modifiée à la veille de l'audience, à la suite de la défaillance du repreneur conjoint. Il a été décidé que les délégués du personnel et les comités d'entreprise qui sont partie à la procédure, bien que non partie à l'instance au sens strict du terme, sont *recevables à relever appel-nullité* de la décision ainsi rendue en violation des dispositions d'ordre public de la loi du 25 janvier 1985.

¹⁹³⁹ CA Nancy, 13 janv. 1988 précit. : Rev. proc. coll. 1988. 386, n°s 4 et 5, obs. B. Soinne. – CA Paris, 22 mars 1989 précit. : Gaz. Pal. 1990. 1. 163, note J.-P. Marchi ; D. 1989, IR. 133 ; RTD com. 1989. 760, obs. B. Grelon. En l'espèce, un tribunal de commerce a prononcé la liquidation judiciaire d'un particulier. Le juge-commissaire sur requête du mandataire liquidateur, avait autorisé celui-ci par une ordonnance du 26 mai 1987, à céder un appartement de deux pièces situé à Paris, pour le prix de 970 000 F. Un acheteur évincé formait opposition à cette ordonnance en indiquant qu'il souhaitait acquérir cet immeuble à un prix supérieur. A l'audience, il portait son offre à un million de francs. L'acheteur évincé formait alors un appel-nullité fondé sur la violation du principe du contradictoire puisque le tribunal avait retenu une offre formulée *après la clôture des débats*. Outre la recevabilité de l'appel-nullité, l'arrêt se rapporte aux difficultés d'application de l'article 154 de la loi du 25 janvier 1985 relatif à la vente amiable d'immeubles dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire. Pour se prononcer sur la recevabilité de l'appel-nullité, la Cour de Paris énonce : « *qu'en autorisant par son ordonnance du 26 mai 1987, la vente de gré à gré à M. Leluc (le nouvel acquéreur) pour un prix déterminé, le juge-commissaire a usé du pouvoir à lui conféré par l'article 154, al. 2, de la loi du 25 janvier 1985 ; qu'aux termes de l'art. 173 de la même loi, ne sont pas susceptibles d'appel les jugements par lesquels le Tribunal statue sur les recours formés contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire* ». L'espèce se rapporte à un texte aujourd'hui abrogé, il s'agit de l'article 173 de la loi du 25 janvier 1985. Ainsi après avoir clairement posé le principe de l'interdiction de l'appel contre des jugements rendus sur les recours formés contre les ordonnances du juge-commissaire institué par ce texte, la cour de Paris énonce dans un attendu de principe que : « *cependant, que cette dernière disposition n'interdit pas que soit constatée, par la voie de l'appel, la nullité d'un jugement affecté d'un vice grave tenant aux conditions mêmes dans lesquelles il a été rendu* ». Bien que rendu par application d'un texte aujourd'hui abrogé, cet arrêt conserve une *valeur certaine* car il a le mérite d'avoir affirmé que l'appel-nullité demeure recevable *malgré l'interdiction de recours posée par le texte pour faire prononcer la nullité du jugement litigieux*.

L'intérêt qui s'attache au surplus à cet arrêt, c'est d'avoir admis l'appel-nullité formé par une personne à l'égard de laquelle *la loi interdit le droit d'agir en réformation*, rapp. : J.-P. MARCHI, note sous CA

contradictoire constitue, en effet, *la violation d'un principe essentiel de procédure*¹⁹⁴⁰.

1044. – Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, la solution de l'arrêt du 6 mars 1984 fut réaffirmée dans un arrêt très remarqué du 3 mars 1992¹⁹⁴¹, considéré comme ayant *marqué une étape* dans l'application de l'appel-nullité sous l'empire de cette loi. Reprenant l'attendu de principe de l'arrêt du 6 mars 1984, cette décision censure l'arrêt qui a déclaré irrecevable l'appel-nullité formé contre un jugement *ayant inclus dans un plan de cession les biens personnels des associés de la société mise en redressement*. Était donc en cause, la violation d'une *règle de fond* considérée comme *essentielle*¹⁹⁴².

Paris, 22 mars 1989 précit. in Gaz. Pal. 1990. 1. 165. Il s'agissait dans cette espèce d'un candidat acheteur d'un immeuble évincé.

La jurisprudence a insisté sur l'obligation du juge-commissaire qui rejette une créance, de préalablement entendre le créancier, le débiteur, le représentant des créanciers et l'administrateur, et, à défaut d'un tel débat contradictoire, sa décision est *entachée d'irrégularité*, v. : CA Toulouse, 20 oct. 1987 : Rev. proc. coll. 1988. 380, n° 15, obs. M.-J. Campana et C. Saint-Alary-Houin.

V. aussi pour une hypothèse où l'ordonnance du juge-commissaire a été rendue sans que celui-ci ait assuré le respect du principe du contradictoire : CA Grenoble, 3 fév. 1988 précit. : Gaz. Pal. 1988. 2. 477, note Ph. Benezera.

V. aussi dans le même sens : Cass. com., 14 fév. 1995 précit. : Bull. civ. 4, n° 45, p. 39.

¹⁹⁴⁰ On a considéré que le respect du principe du contradictoire devait demeurer *incontournable*, v. : J.-P. MARCHI, note précit. sous CA Paris, 22 mars 1989 précit. in Gaz. Pal. 1990. 1. 165.

Il est néanmoins regrettable de constater qu'aujourd'hui, l'effet attaché à la violation de ce principe est sérieusement remis en cause, à la lumière des dernières décisions de la Cour de cassation, et l'on peut légitimement se demander si la jurisprudence susmentionnée ne sera pas bel et bien abandonnée dans le temps qui viendra. Sur le dernier état de la jurisprudence sur la matière des principes fondamentaux de procédure, v. : Cass. Ch. mixte, 28 janv. 2005 précit. : Bull. civ. Ch. mixte, n° 1, p. 1 ; D. 2005, IR. 286 ; *ibid.* 2006, pan. 548, note P. Julien et N. Fricéro. – Cass. 2^{ème} civ., 17 nov. 2005 précit. : Bull. civ. 2, n° 293, p. 260 ; D. 2005, AJ. 3085, obs. A. Lienhard.

¹⁹⁴¹ Cass. com., 3 mars 1992 précit. : Bull. civ. 4, n° 103, p. 182 ; D. 1992, jur. 345, note G. Bolard ; Rép. Def. 1992, art. 35382, p. 1380, obs. J.-P. Sénéchal. Cet arrêt concerne le plan de cession d'un groupe de sociétés dont une SNC. Une cession globale a été retenue. Par une décision interprétative prise par application de l'article 461 CPC, le tribunal avait inclus dans la cession la totalité des actifs personnels des deux associés de la SNC, eux-mêmes en redressement judiciaire. Ces deux associés ont alors formé un appel-nullité contre cette décision. Cet appel a été déclaré irrecevable au motif qu'ils tentaient de remettre en cause le jugement arrêtant le plan de cession à l'égard duquel ils ne disposaient pas du droit d'appel. Les appelants se sont alors pourvus en cassation. Sur la recevabilité du pourvoi, la Cour de cassation énonce dans un attendu de principe que : « *si les dispositions de l'art. 174 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 ne permettent pas au débiteur de relever appel des jugements arrêtant ou rejetant le plan de cession de l'entreprise en redressement judiciaire et si celles de l'art. 175 de la même loi prévoient qu'il ne peut être exercé de recours en cassation contre les jugements ou arrêts rendus en application de l'article précédent, aucune disposition régissant les procédures collectives n'interdit de faire constater, selon les voies de recours du droit commun, la nullité d'une décision entachée d'excès de pouvoir* ». Et pour censurer l'arrêt d'appel, elle énonce que : « *l'arrêt a déclaré irrecevable l'appel formé par les consorts Guerrault (les appelants) contre le jugement qui a décidé que leurs biens personnels étaient inclus dans le plan de cession, sans réserver le sort des biens non affectés à l'activité de l'entreprise, qui ne pouvaient être compris dans ce plan et ne pouvaient, dès lors, qu'être vendus selon les modalités prévues au titre III de la loi du 25 janv. 1985 ; qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a excédé ses pouvoirs* ».

Il y a eu violation de l'article 81, al. 4 de la loi du 25 janvier 1985. Le plan de cession ne doit inclure que les biens *nécessaires* au redressement de l'entreprise, ce qui exclut les biens du débiteur non affectés à l'exploitation de celle-ci. Or, le plan ayant inclus les biens personnels des associés de la société mise en redressement, la violation était *flagrante*. L'intérêt qui s'attache à cet arrêt c'est d'avoir souligné *le caractère impératif* de l'article 81 précité. Sa violation était constitutive d'excès de pouvoir. Il est significatif de noter que celui-ci résultait en l'espèce de la violation d'une règle de *fond*. Aujourd'hui, la

1045. – Dans la même orientation amorcée par l'arrêt précité du 3 mars 1992, fut rendu un arrêt du 28 février 1995¹⁹⁴³ duquel il résulte la réaffirmation de la recevabilité de l'appel-nullité¹⁹⁴⁴ pour violation d'une *règle de fond* ; il s'agissait de l'ancien article 62, al. 3 de la loi du 25 janvier 1985¹⁹⁴⁵ qui interdisait d'imposer aux personnes qui exécuteront le plan, des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation.

vente des biens non compris dans le plan de cession obéit aux mêmes règles que posait la loi antérieure. Elle est régie par les dispositions de l'article L. 642-21 C. com.

¹⁹⁴² Sur la violation de la loi constitutive d'excès de pouvoir, v. *supra* n° 624.

¹⁹⁴³ Cass. com., 28 fév. 1995 précit. : D. 1995, jur. 562, note G. Bolard. En l'espèce, dans une procédure de redressement, le tribunal a arrêté un plan de continuation de l'entreprise en l'accompagnant de la cession de certaines branches d'activité. Le tribunal a également décidé qu'une société tierce et son président seraient tenus solidairement avec la société mise en redressement, d'exécuter le plan. Par la suite, les actions de la société tenue solidairement avec la société mise en redressement ont été acquises par une autre société. La société cessionnaire, la société cédante et son président, ont alors fait appel du jugement. La cour d'appel a déclaré cet appel irrecevable. Les appelants se sont alors pourvus en cassation. La société cessionnaire invoquait à l'appui de son pourvoi l'excès de pouvoir commis par le tribunal ; car – selon elle – le plan homologué par le juge n'était pas conforme à son engagement, ce qui constituait une violation des anciens articles 62, al. 3 et 171 de la loi du 25 janvier 1985. Cependant, la société cessionnaire était sans intérêt à critiquer le jugement en question. Sur ce point, la Cour énonça : « *Mais attendu que la Société ASD Industrie (la société cessionnaire) est sans intérêt à se prévaloir de la nullité du jugement qui a statué sur des engagements souscrits par d'autres personnes qu'elle-même* ». Alors pour sortir de l'impasse, la Cour de cassation décide que la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs en déclarant irrecevable l'appel de la société cédante et de son président. Ainsi, elle évoque en premier la règle posée par l'article 62, al. 3 précité : « *attendu que les personnes qui exécuteront le plan, même à titre d'associés, ne peuvent, sous réserve de certaines exceptions qui ne sont pas en cause, se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation* ». Et appliquant cette règle au cas d'espèce, elle énonce : « *qu'après avoir constaté que la Société Ter (la société cédante) et M. Saboret (son président) demandaient l'annulation du jugement arrêtant le plan de continuation de l'entreprise avec cession de certaines branches d'activité en ce qu'il enfreindrait les dispositions de l'article 62 de la loi du 25 janvier 1985 par l'imposition des charges indéterminées non acceptées, la Cour a déclaré irrecevable leur appel en application des articles 171 et 174 de la loi du 25 janvier 1985* ». Et décide : « *qu'en statuant ainsi, alors qu'elle devait préalablement relever que le plan de continuation n'imposait pas à la Société Ter ou à M. Saboret des charges autres que les engagements qu'ils avaient souscrits au cours de sa préparation, la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs* ». La Cour de cassation rejeta le pourvoi, mais cassa l'arrêt seulement en ses dispositions relatives à l'appel interjeté par la Société Ter et M. Saboret. Rappelons que les dispositions de l'article 62, al. 3 ont été intégrées au Code de commerce par la loi nouvelle de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, à l'alinéa troisième de l'article L. 626-10 de ce Code.

¹⁹⁴⁴ La Cour de cassation n'évoque pas expressément un appel-nullité, mais il n'existe pas d'autre justification valable pour la recevabilité de l'appel en violation de l'ancien article 171-2° de la loi du 25 janvier 1985, qui interdisait le droit de faire appel du plan de continuation aux associés de la société débitrice.

¹⁹⁴⁵ V. aussi un intéressant arrêt qui met de même en cause la violation de l'article 62, al. 3 précité : Cass. com., 27 avr. 1993 précit. : Bull. civ. 4, n° 152, p. 104 ; D. 1994, somm. 45, obs. F. Derrida ; Rev. sociétés 1993, 649, note Y. Chaput.

Réaffirmant toujours l'orientation jurisprudentielle tracée par l'arrêt du 3 mars 1992, fut rendu un arrêt du 24 octobre 1995. Celui-ci a censuré une cour d'appel qui a rejeté l'appel-nullité formé contre un jugement ayant lui-même rejeté le recours formé contre une ordonnance du juge-commissaire qui excédant ses pouvoirs, a, en violation des dispositions de l'article L. 113-6 C. assur. dans son ancienne rédaction, *imposé à l'assureur la poursuite des contrats d'assurance* souscrits par l'entreprise mise en redressement¹⁹⁴⁶. La recevabilité de l'appel-nullité résulte ici de même de la violation d'une règle de fond, mais il s'agit aussi d'un *texte d'ordre public*¹⁹⁴⁷.

¹⁹⁴⁶ Cass. com., 24 oct. 1995 précit. : D. 1996, jur. 172, note J.-J. Barbieri. En l'espèce, une société spécialisée dans le transport a été mise en redressement judiciaire le 31 mars 1992. Le 7 mai 1992, l'assureur de cette société avait résilié les contrats d'assurance souscrits par celle-ci. Par une ordonnance du 7 mai 1992, le juge-commissaire a ordonné la poursuite de l'ensemble de ces contrats d'assurance. L'assureur a alors formé un recours devant le tribunal contre l'ordonnance du 7 mai 1992. Ce recours a été rejeté. L'assureur a alors intenté un appel-nullité contre ce jugement. La cour d'appel a déclaré cet appel irrecevable au motif que le juge-commissaire a statué dans la limite de ses attributions. Pour décider que la cour d'appel avait excédé ses pouvoirs et casser l'arrêt, la Cour de cassation énonce : « *qu'en statuant ainsi, alors que le jugement était susceptible d'appel-nullité en ce qu'il aurait imposé à l'assureur la poursuite des contrats malgré les dispositions de l'article L. 113-6 C. assur., selon lesquelles l'assureur conserve le droit de résilier le contrat pendant un délai de trois mois à compter de la date du jugement de redressement ou de liquidation, la Cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs* ».

Dans son ancienne rédaction, l'article L. 113-6 C. assur. disposait que : « L'assurance subsiste en cas de redressement ou de liquidation judiciaires de l'assuré. L'administrateur ou le débiteur autorisé par le juge-commissaire ou le liquidateur selon les cas, et l'assureur, conservent le droit de résilier le contrat pendant un délai de trois mois à compter de la date du jugement de redressement ou de liquidation judiciaires (...) ».

L'article L. 113-6 C fut modifié par du 26 juillet 2005. Dans sa rédaction nouvelle, cet article dispose que : « En cas de liquidation judiciaire d'une entreprise mentionnée à l'article L. 310-1, les contrats qu'elle détient dans son portefeuille sont soumis aux dispositions des articles L. 326-12 et L. 326-13, à compter de l'arrêt ou de la décision prononçant le retrait de l'agrément administratif ».

L'article L. 310-1 dispose que : « Le contrôle de l'Etat s'exerce dans l'intérêt des assurés, souscripteurs et bénéficiaires de contrats d'assurance et de capitalisation ».

Les entreprises concernées par ce contrôle et citées à l'article L. 310-1, sont notamment, les entreprises qui sous forme d'assurance directe contractent des engagements dont l'exécution dépend de la durée de la vie humaine, celles qui sous forme d'assurance directe également couvrent les risques de dommages corporels liés aux accidents et à la maladie, les mutuelles régies par le Code de la mutualité.

La lecture des articles L. 326-12 et 326-13 C. assur., montre qu'après la modification de l'article L. 113-6, le droit de résilier les contrats d'assurance souscrits par l'assureur *n'est plus discrétionnaire*, ce droit appartient désormais à l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles. Mais aussi, l'article L. 113-6 dans son ancienne rédaction régissait l'entreprise assurée mise en redressement ou en liquidation, alors que, dans sa rédaction actuelle, c'est la société d'assurance elle-même mise en redressement ou en liquidation judiciaire qui est concernée par ce texte.

Bien que l'article L. 113-6 C. assur. ait été profondément modifié par la loi du 26 juillet 2005, l'arrêt du 24 octobre 1995 ne conserve pas moins *une valeur certaine*, car il en découle clairement l'affirmation de la recevabilité de l'appel-nullité pour sanctionner un excès de pouvoir résultant de la *violation d'une règle de fond, règle d'ordre public*.

¹⁹⁴⁷ J.-J. BARBIÈRI, note précit. sous Cass. com., 24 oct. 1995 in D. 1996, jur. 173. – V. aussi pour une réaffirmation de cette orientation : CA Paris, 2 juill. 1999 précit. : D. 1999, AJ. 10.

1046. – Soulignons que l'arrêt du 24 octobre 1995 *n'est plus d'actualité* sur le point concernant le régime applicable aux jugements rendus sur recours formés contre les ordonnances du juge-commissaire, puisque l'ordonnance du 18 décembre 2008 *a modifié ce régime de manière radicale*¹⁹⁴⁸. Ceci n'ôte pourtant pas sa valeur et sa portée à cet arrêt, car, et c'est le plus important au-delà de toute modification législative, il consacre clairement la recevabilité de l'appel-nullité pour sanctionner *la violation d'une règle d'ordre public que fut l'article L. 113-6 C. assur. dans son ancienne rédaction*. L'annotateur de l'arrêt a pleinement approuvé cette solution, il a estimé que *la dénaturation d'une règle de fond* devait donc entrer, à titre principal, dans les motifs de l'appel-nullité¹⁹⁴⁹, et a dénoncé la conception restrictive adoptée par certaines juridictions qui limitent la recevabilité de cette voie de recours à une « *irrégularité exceptionnelle, d'une gravité telle qu'elle ne pouvait être tolérée* »¹⁹⁵⁰.

1047. – Concernant précisément la violation de la loi, la jurisprudence a pu décider que la violation de la loi non accompagnée d'excès de pouvoir ou de fraude *ne suffit pas* pour ouvrir la voie de l'appel-nullité ; *n'étant pas au degré de gravité qui permette de fonder ce recours*¹⁹⁵¹. Cette solution rejoint l'idée selon laquelle l'appel-nullité ne peut être employé pour redresser une violation de la loi, un « mal jugé »¹⁹⁵², elle a cependant besoin d'être nuancée car *la violation particulièrement flagrante de la loi* peut valablement fonder un appel-nullité. Ceci est surtout vrai en ce qui concerne le droit des procédures collectives comme en témoigne l'arrêt précité du 3 mars 1992, décision qui fut fortement approuvée¹⁹⁵³. D'une manière plus générale, on peut quand même affirmer que l'irrégularité ou la violation invoquée doit être *suffisamment grave* pour fonder l'appel-nullité¹⁹⁵⁴.

¹⁹⁴⁸ Sur cette modification législative, v. *supra* n^{os} 1000 et 1002.

¹⁹⁴⁹ J.-J. BARBIÈRI, note précit. sous Cass. com., 24 oct. 1995 : D. 1996, jur. 173. – V. aussi pour la violation d'une règle de fond du droit des entreprises en difficulté, il s'agissait des anciens articles 81, 155 et 156 de la loi du 25 janvier 1985 devenus respectivement les articles L. 621-83, L. 622-17 et L. 622-18 C. com. qui régissent les modalités de cession de l'entreprise : Cass. com., 22 avr. 1997 précit., n^o de pourvoi : 94-22.144.

V. aussi qui défend la solution selon laquelle la violation d'une règle de fond entre bel et bien, dans les cas d'ouverture de l'appel-nullité : M. SANTA-CROCE, *op. cit.*, spéc. pp. 468 et 469.

¹⁹⁵⁰ Cette expression a été textuellement employée par l'auteur, v. : J.-J. BARBIÈRI, note précit. sous Cass. com., 24 oct. 1995 : D. 1996, jur. 173. – Sur cette jurisprudence, v. par ex. : CA Versailles, 1^{er} déc. 1994 précit. : D. 1995, IR. 51.

¹⁹⁵¹ CA Aix-en-Provence, 7 janv. 1993 : Gaz. Pal. 1993. 2. 346, note Ph. Latil ; JCP (E) 1993. 1. 298, n^o 12, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel. En l'espèce, un juge-commissaire a, par une ordonnance du 12 février 1991, déclaré tardive l'action en relevé de forclusion intentée par un créancier du débiteur. La requête en relevé de forclusion a, en effet, été présentée, au mépris des dispositions de l'ancien article 53, alinéa 2 de la loi du 25 janvier 1985, *plus d'un an* après le jugement d'ouverture. Sur opposition à cette ordonnance, le Tribunal de commerce de Toulouse a, par un jugement rendu le 11 juillet 1991, relevé le créancier de la forclusion, et décidé que la créance sera admise dans la répartition sous réserve de la confirmation par la cour d'appel de son existence et de son montant. Un appel-nullité a été formé contre ce jugement par le

liquidateur judiciaire. La société créancière qui a agi en relevé de forclusion, souleva l'irrecevabilité de l'appel-nullité ; elle répliqua que le jugement du 11 juillet 1991 n'a pas prononcé l'admission de la créance, qu'il n'était donc pas, par application de l'ancien article 173-2° de la loi précitée du 25 janvier 1985, susceptible d'appel, et que, la violation de l'(ancien) article 153, al. 2 de la même loi *ne peut fonder un quelconque appel-nullité*. Pour se prononcer sur la recevabilité de l'appel-nullité, la cour d'Aix énonce : « *Attendu qu'aux termes des dispositions de l'art. 173-2° de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, ne sont pas susceptibles d'appel les jugements par lesquels le Tribunal statue sur le recours formé contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire dans la limite de ses attributions (...)* ». La cour d'Aix constate qu'en déclarant irrecevable par l'ordonnance du 12 février 1991 l'action en relevé de forclusion formée par la société créancière, le juge-commissaire *a statué dans les strictes limites définies par l'article 153 précité*. Elle constate de même que le tribunal auquel cette ordonnance a été déférée, a cru devoir la réformer et accueillir la demande sans cependant décider l'admission de la créance, celle-ci étant subordonnée à la constatation et à la fixation de la créance. Et pour déclarer l'appel-nullité irrecevable, elle énonce : « *Attendu que si la violation par les premiers juges des dispositions de l'art. 53, alinéa 2 de la loi susvisée (la loi du 25 janvier 1985) est manifeste, elle n'apparaît pas en l'absence d'abus de pouvoir caractérisé ou de collusion frauduleuse, d'une gravité telle qu'elle puisse ouvrir au liquidateur judiciaire la voie de l'appel-nullité* ».

L'abus de pouvoir ou l'excès de pouvoir est donc exigé par la Cour de cassation pour que la violation de la loi donne ouverture à l'appel-nullité, ce qui paraît acceptable. Cependant, la référence faite à l'existence d'une fraude ne semble pas justifiée, ni logique. Elle ajoute aux exigences traditionnellement admises des cas d'ouverture de l'appel-nullité et rendent ses conditions de recevabilité *très restrictives*.

Était en cause la violation de l'ancien article 53, al. 2 de la loi du 25 janvier 1985 qui régissait l'action en relevé de forclusion des créanciers. Cet article fut intégré au Code de commerce à l'article L. 621-46. Était de même en cause la question de l'application ou non de l'ancien article 173-2° précité. L'ancien article L. 621-46 disposait respectivement en ces alinéas premier et troisième que :

« A défaut de déclaration dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et dividendes à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion s'ils établissent que leur défaillance n'est pas due à leur fait. En ce cas, ils ne peuvent concourir que pour la distribution des répartitions postérieures à leur demande » (...).

« L'action en relevé de forclusion ne peut être exercée que dans le délai d'un an à compter de la décision d'ouverture ou, pour les institutions mentionnées à l'article L. 143-11-4 du Code du travail, de l'expiration du délai pendant lequel les créances résultant du contrat de travail sont garanties par ces institutions. L'appel de la décision du juge-commissaire statuant sur le relevé de forclusion est porté devant la cour d'appel ».

On se demande s'il existe une hiérarchie entre les deux articles 53 et 173-2° précités, et qu'il fallait ainsi adopter une certaine hiérarchie dans leur application. Nous pensons qu'il fallait commencer par examiner s'il n'existait pas une violation de l'article 53, al. 2, puis par la suite, examiner si les conditions d'une dérogation à l'interdiction de tout recours posée par l'ancien article 173-2°, se trouvaient vérifiées. Du point de vue technique pur, la manière de procéder de la cour d'Aix est exacte, sauf qu'il peut lui être reproché de ne pas avoir considéré que la violation du délai de forclusion fût bel et bien *constitutive* d'excès de pouvoir.

La solution donnée fut – à juste titre – critiquée : on a estimé que *la violation délibérée* d'un délai de forclusion est, *constitutive d'excès de pouvoir*, v. : M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, obs. pour CA Aix-en-Provence, 7 janv. 1993 in JCP (E) 1993. 1. 298, n° 12.

Actuellement, la procédure en relevé de forclusion est régie par l'article L. 622-26 C. com. Pour le texte de cet article, v. *infra* note 2111 sous n° 1111.

¹⁹⁵² V. par ex. : Ph. LATIL, note sous CA Aix-en-Provence, 7 janv. 1993 in Gaz. Pal. 1993. 2. 347.

¹⁹⁵³ V. G. BOLARD, note précit. sous l'arrêt in D. 1992, jur. 348, 2^{ème} col. L'auteur souligne que la jurisprudence a le choix entre l'application rigoureuse de la loi qui risque d'entraîner la négation des droits essentiels des plaideurs, et une application tempérée qui les rétablit quelque peu. Il approuve le choix par la Cour de cassation de la seconde solution, rappelant que « la justice est au service des justiciables ». – V. aussi qui approuve cet arrêt : J.-P. SÉNÉCHAL, obs. sous l'arrêt in Rép. Def. 1992, art. 35382, p. 1380.

Cependant on peut légitimement se demander aujourd'hui, que devient la place de cette solution au regard de la jurisprudence récente représentée par l'arrêt de la première Chambre civile du 20 février 2007, v. : Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007 précit. : Bull. civ. 1, n° 61, p. 56 ; Gaz. Pal. 21 juill. 2007, n° 202, p. 32, note N. Fricéro ; *ibid.* 18 mars 2008, n° 78, p. 17 ; RTD com. 2007. 459, obs. J.-L. Vallens ; RTD civ. 2007. 386, obs. R. Perrot.

¹⁹⁵⁴ Sur les rapports de la violation de la loi et de l'excès de pouvoir, v. *supra* n°s 855 et 856.

1048. – Concernant la violation de l'ordre public, la Cour de cassation a, par une décision de principe du 28 mars 1995, clairement affirmé que *la seule violation d'une disposition d'ordre public n'est pas de nature à rendre recevable l'appel-nullité*¹⁹⁵⁵. Cette solution se défend logiquement, car admettre le contraire rendrait vaine l'interdiction légale de tout recours qui est *elle-même d'ordre public*¹⁹⁵⁶. Elle

¹⁹⁵⁵ Cass. com., 28 mars 1995 précit. : Bull. civ. 4, n° 108, p. 95 ; D. 1995, IR. 112. En l'espèce, une société hôtelière a été mise en redressement judiciaire. Elle avait conclu une convention de crédit-bail immobilier avec une autre société. Le juge-commissaire a rendu une ordonnance dans laquelle il a prévu que l'administrateur judiciaire de la société devrait se prononcer sur la poursuite du contrat, au plus tard le 18 janvier 1992. Cette date étant arrivée, sans que l'administrateur ne se soit prononcé, intervint alors le 6 février 1992 le jugement qui a arrêté le plan de continuation de l'entreprise. Dans ce jugement, le Tribunal a décidé que la dirigeante de la société hôtelière s'engagera à verser sur un compte productif d'intérêt le montant du loyer qu'elle estime devoir à la société bailleuse, et sur la base d'un montant annuel de 500 000 F. La société bailleuse forma alors un appel-nullité contre le jugement du juge-commissaire du 6 février 1992. La cour d'appel d'Aix-en-Provence a déclaré l'appel-nullité recevable, et accueillit le recours formé contre le jugement. Elle retint que le tribunal *a violé les dispositions d'ordre public* de l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985 qui a institué une *présomption irréfragable de renonciation* au contrat à défaut de réponse dans le délai légal, ou dans celui fixé par le juge-commissaire. Celui-ci avait fixé le délai au 18 janvier 1992, et ce délai ne fut pas respecté par l'entreprise. Sur pourvoi de l'administrateur judiciaire, la Cour cassa sans renvoi l'arrêt. La décision est incontestablement un arrêt de principe, puisque la Cour y énonce : « *qu'en statuant ainsi, alors que le jugement arrêtant le plan de continuation de l'entreprise n'est susceptible d'appel que de la part du débiteur, de l'administrateur, du représentant des créanciers (...), l'appel formé par une autre partie, fût-ce aux fins d'annulation du jugement pour violation d'une disposition d'ordre public, étant irrecevable à moins que ne soit en cause la méconnaissance par le juge d'un principe essentiel de procédure ou l'excès de pouvoir* ». La Cour décide alors : « *qu'en l'espèce les griefs retenus n'étaient pas de nature à rendre recevable le recours de la société Domibail (La société bailleuse), la cour d'appel a violé le texte susvisé (l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985)* ».

Actuellement l'article 37 précité est remplacé par l'article L. 626-5 C. com. Ce texte dispose :

« Les propositions pour le règlement des dettes sont, au fur et à mesure de leur élaboration et sous surveillance du juge-commissaire, communiquées par l'administrateur au mandataire judiciaire (...).

Le mandataire judiciaire recueille individuellement ou collectivement l'accord de chaque créancier qui a déclaré sa créance (...), sur les délais et remises qui lui sont proposés. En cas de consultation par écrit, le défaut de réponse, dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre du mandataire judiciaire, vaut acceptation ».

L'article L. 626-5 C. com. n'a pas introduit de changement notable à la procédure de règlement des dettes, la solution de l'arrêt du 28 mars 1995 reste donc valable aujourd'hui, sous réserve de la place à donner désormais à la violation des principes fondamentaux de procédure civile dans l'ouverture de l'appel-nullité.

Soulignons pourtant, qu'un arrêt rendu la même année a décidé que le jugement qui a violé l'article 37 précité de la loi du 25 janvier 1980 en imposant à l'assureur la poursuite des contrats d'assurance de la société mise en redressement, *était constitutif d'excès de pouvoir*, v. : Cass. com., 24 oct. 1995 précit. : D. 1996, jur. 172, note J.-J. Barbière.

V. déjà une décision rendue par la même Chambre commerciale en matière de procédures collectives, et se rapportant à la recevabilité de la tierce opposition-nullité, *qui contient les prémices de la solution de l'arrêt du 28 mars 1995* : Cass. com., 25 janv. 1994 précit. : Bull. civ. 4, n° 32, p. 25 ; D. 1994, jur. 325, rapp. Pasturel ; *ibid.* 379, note F. Derrida. L'annotateur avait d'ailleurs souligné que cet arrêt donne une *illustration claire* d'une violation d'une disposition d'ordre public *non constitutive d'excès de pouvoir*, v. : F. DERRIDA, note sous l'arrêt in D. 1994, jur. 382, 1^{ère} col.

V. aussi déjà en droit des procédures collectives : CA Versailles, 1^{er} déc. 1994 précit. : D. 1995, IR. 51. Dans cet arrêt la cour de Versailles décidait que la violation du texte d'ordre public qu'est l'ancien article 53, al. 2 de la loi du 25 janvier 1985, *ne saurait fonder un appel-nullité*.

A rapprocher d'un arrêt qui décide que la violation l'ancien article 53 précité qui n'est pas accompagnée d'excès de pouvoir caractérisé ou de collusion frauduleuse, *n'est pas d'une gravité telle* qu'elle puisse ouvrir la voie de l'appel-nullité, v. : CA Aix-en-Provence, 7 janv. 1993 précit. : Gaz. Pal. 1993. 2. 346, note Ph. Latil ; JCP (E) 1993. 1. 298, n° 12, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel.

Sur les rapports de l'ordre public et de l'excès de pouvoir, v. *supra* n° 857.

¹⁹⁵⁶ G. BOLARD, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995 in D. 1996, jur. 81, 1^{ère} col.

semble par ailleurs être en *contradiction* avec le courant jurisprudentiel qui a admis l'ouverture de l'appel-nullité pour *la violation de textes d'ordre public*¹⁹⁵⁷.

1049. – La contradiction n'est cependant qu'apparente, et cette constatation nécessite d'être complétée : il faut préciser qu'il existe des *degrés* dans la notion d'ordre public¹⁹⁵⁸, seules les violations *les plus graves* ouvrent la voie à l'appel-nullité¹⁹⁵⁹. Le droit des entreprises en difficulté étant une matière d'ordre public¹⁹⁶⁰, c'est ce qui en fait un *terrain propice* au développement de l'appel-nullité, sans oublier – bien entendu – l'existence de nombreuses et importantes restrictions à l'exercice des voies de recours.

1050. – A côté des difficultés liées à la violation de l'ordre public et à leur gravité, il en existe d'autres liées à la détermination des pouvoirs des organes de la procédure.

Actuellement, la difficulté de pouvoir décider lorsqu'il y a excès de pouvoir, tient aussi au fait que, contrairement à ce qu'il en était dans l'ancien « droit de la faillite » où les pouvoirs du juge-commissaire étaient bien fixés, dans le présent droit des entreprises en difficulté, les pouvoirs du juge-commissaire se sont *considérablement accrus*, ce qui rend *plus difficile* d'en déterminer les limites¹⁹⁶¹.

Ainsi il est certain qu'un juge-commissaire « *avait excédé ses pouvoirs en ordonnant la cession forcée d'un contrat accessoirement à une vente de gré à gré* »¹⁹⁶², mais ce qui est surprenant, c'est qu'il ait fallu solliciter la Cour de cassation pour rectifier une *erreur de droit aussi grossière et évidente*¹⁹⁶³.

¹⁹⁵⁷ V. par ex. : Cass. com., 3 mars 1992 précit. : D. 1992, jur. 345, note G. Bolard ; Bull. civ. 4, n° 103, p. 182 ; Rép. Def. 1992, art. 35382, p. 1380, obs. J.-P. Sénéchal. – Cass. com., 24 oct. 1995 précit. : D. 1996, jur. 172, note J.-J. Barbiéri. Cette constatation est d'autant plus défendable que bon nombre d'auteurs estiment que l'appel-nullité puisse être recevable en cas de violation de textes d'ordre public, tant que – selon eux –, il serait choquant de dénaturer la loi positive *sans aucune sanction*, v. par ex. : L. CADIET, *Sur l'appel-nullité dans les procédures collectives*, *op. cit.*, p. 17, n° 15.

¹⁹⁵⁸ F. DERRIDA, note sous Cass. com., 25 janv. 1994 in D. 1994, jur. 382, 1^{ère} col. – M. VASSEUR, *op. cit.*, p. 319, n° 11.

¹⁹⁵⁹ G. BOLARD, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995 in D. 1996, jur. 81, 1^{ère} col.

¹⁹⁶⁰ Pour une affirmation de cette réalité datant de l'époque où était applicable le « droit de la faillite », v. : CA Toulouse, 6 mai 1929 précit. : D.P. 1930. 2. 135, note A. Chéron. La cour de Toulouse énonce dans un attendu de principe que : « *la procédure de faillite, rigoureusement réglementée par le Code de commerce, est d'ordre public et qu'il n'est pas permis d'y faire échec en lui substituant, en dehors des cas strictement prévus, des modalités amiables* ». – V. par ex. la fin de non-recevoir *d'ordre public* tirée de l'interdiction faite au créancier d'agir en relevé de forclusion plus d'une année après le jugement d'ouverture : Cass. com., 16 nov. 1993 précit. : Bull. civ. 4, n° 409. – Pour un rappel plus récent de cette réalité, v. : CA Grenoble, 29 janv. 1992 : Bull. inf. C. cassation 1992, n° 1029. – V. aussi : CA Paris, 2 juill. 1999 précit. : D. 1999, AJ. 10.

¹⁹⁶¹ F. DERRIDA, note précit. sous Cass. com., 25 janv. 1994 in D. 1994, jur. 382, 1^{ère} col.

¹⁹⁶² Cass. com., 26 juin 2001 (3^{ème} esp.) : JCP 2002. 2. 10096, note A. Perdriau ; RD banc. et fin. 2002, Act. n° 20, obs. F.-X. Lucas. En l'espèce, un juge-commissaire avait ordonné, par une décision du 9 mai 1994, la vente de gré à gré du fonds de commerce d'une société mise en liquidation judiciaire à une autre

1051. – Ainsi si l'appel-nullité tend *principalement* à sanctionner les vices de procédure proprement dits¹⁹⁶⁴, il faut déduire, notamment, au vu de l'arrêt précité du 3 mars 1992, que peuvent être atteintes par cette voie de recours les décisions contenant des *dispositions contraires aux principes fondamentaux régissant la procédure de redressement judiciaire*¹⁹⁶⁵.

L'appel-nullité aura donc pour fonction dans le domaine des entreprises en difficulté, non seulement *d'assurer* la régularité minimale des formalités de procédure, mais aussi de *protéger le respect des principes de base* de la procédure collective¹⁹⁶⁶.

1052. – La solution amorcée par l'arrêt précité de la Chambre commerciale du 6 mars 1984 et réitérée par celle du 3 mars 1992, selon laquelle « *aucune disposition régissant les procédures collectives ne peut interdire de faire constater, selon les voies de recours de droit commun, la nullité d'une décision entachée d'excès de pouvoir* » ou, « *rendue en violation d'un principe essentiel de procédure* », fut suivie dans de nombreuses autres décisions¹⁹⁶⁷.

société. L'ancienne dirigeante de la société mise en liquidation a présenté une « requête en omission de statuer » devant le juge-commissaire. Celui-ci a, par décision du 8 juin 1995, ordonné que les conventions passées entre la société mise en liquidation et une autre société et renouvelées, entre celles-ci seraient reprises par la société cessionnaire du fonds de commerce susmentionné aux clauses et conditions en vigueur au 9 mai 1994. L'ancienne cocontractante de la société mise en liquidation pour ces conventions, forma un recours devant le tribunal contre l'ordonnance précitée du 8 juin 1995. Le recours fut rejeté. Un appel-nullité fut alors formé par l'ancienne cocontractante contre le jugement ayant rejeté ce recours. La cour d'appel déclara cet appel mal fondé. Pour censurer l'arrêt, la Cour de cassation énonça que : « *l'arrêt retient que l'erreur de droit alléguée par la société Yacco (l'ancienne cocontractante), à savoir que la reprise par un tiers de conventions intervenues entre elle et la société MAF (la société mise en liquidation) a été ordonnée sans qu'elle y consente, n'est pas de nature à justifier un appel-nullité* ». Poursuivant, elle décide que : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le juge-commissaire qui ordonne la cession forcée d'un contrat accessoirement à la vente de gré à gré d'un bien visé à l'article 156 de la loi du 25 janvier 1985 (...), excède ses pouvoirs et qu'en rejetant le recours formé par la société Yacco le tribunal a consacré cet excès de pouvoir, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

¹⁹⁶³ F.-X. LUCAS, obs. pour Cass. com., 26 juin 2001 in RD banc. et fin. 2002, Act. n° 20.

¹⁹⁶⁴ Rappelons encore et surtout que la violation des règles de fond peuvent valablement entrer dans les motifs de l'appel-nullité.

¹⁹⁶⁵ J.-P. SÉNÉCHAL, obs. précit. pour Cass. com., 3 mars 1992 in Rép. Def. 1992, art. 35382, p. 1382.

¹⁹⁶⁶ J.-P. SÉNÉCHAL, *ibid.*, p. 1382.

¹⁹⁶⁷ V. par ex. qui réaffirme, dans un attendu de principe, la solution concernant l'interdiction de tout recours autrefois applicable en vertu de l'ancien article 173-2° de la loi du 25 janvier 1985, contre les jugements rendus sur recours formés contre les ordonnances du juge-commissaire : Cass. com., 30 mars 1993 précit. : Bull. civ. 4, n° 132, p. 89. Cet arrêt vise la « violation du principe de la contradiction ». – V. aussi : Cass. com., 31 mai 1994 : D. 1994, IR. 221. – V. aussi qui reprend le même attendu : Cass. com., 6 déc. 1994, n° de pourvoi : 92-18.158. – V. pour une décision de principe qui vise la violation d'un principe essentiel de procédure, en l'occurrence, « l'obligation de motivation des jugements » : Cass. com., 17 mai 1994 précit., n° de pourvoi : 92-11.008. – V. aussi pour un attendu de principe : Cass. com., 5 mars 1996 précit. : Gaz. Pal. 1996. 1. somm. 93. – V. aussi qui réaffirme, par un attendu de principe, la solution par rapport à l'interdiction de l'appel contre les jugements arrêtant ou rejetant le plan de cession de l'entreprise : Cass. com., 22 avr. 1997 précit., n° de pourvoi : 94-22.144. – V. aussi : Cass. com., 7 juill. 1998 précit., n° de pourvoi : 96-13.248.

1053. – Aujourd’hui et malgré le fait que la loi nouvelle des entreprises en difficulté du 26 juillet 2005 et la réforme du droit des entreprises en difficulté opérée par l’ordonnance du 18 décembre 2008, ont eu pour effet, en ouvrant les voies de recours dans des matières où était autrefois prohibé tout recours, de *restreindre* le domaine d’application de l’appel-nullité.

Celui-ci ne conserve pas moins une place primordiale, car l’interdiction des voies de recours reste fréquente en droit des procédures collectives, mais aussi, et surtout, une jurisprudence constante affirme toujours aujourd’hui, la recevabilité *de principe* « des voies de recours du droit commun », pour faire constater « la nullité d’une décision entachée d’excès de pouvoir »¹⁹⁶⁸, consacrant ainsi « un droit du recours pour excès de pouvoir »¹⁹⁶⁹.

1054. – L’importance qu’a acquise l’appel-nullité dans la pratique judiciaire a fait en sorte que la jurisprudence a eu à répondre à des questions cruciales qui se rapportent à son régime juridique. A cet égard, la Cour de cassation a décidé que la notification des voies de recours imposée lors de la signification d’un jugement par l’article 680 CPC, *ne concerne pas l’appel-nullité*¹⁹⁷⁰ ; le *caractère exceptionnel*¹⁹⁷¹ de cette voie de recours empêche qu’elle soit soumise aux dispositions de ce texte¹⁹⁷². Cependant, malgré son caractère exceptionnel, l’appel-nullité ne demeure pas moins « *de droit positif* »¹⁹⁷³.

¹⁹⁶⁸ Pour une réaffirmation claire de cette solution, v. par ex. : CA Toulouse, 16 janv. 2008 précit., n° RG : 06/05039.

Rappelons que depuis le fameux arrêt de la Chambre mixte du 28 janvier 2005, qui a posé que la dérogation à l’interdiction de tout recours *n’est possible qu’en cas d’excès de pouvoir*, que la violation des principes essentiels de procédure *ne donne plus ouverture aux recours-nullité*.

¹⁹⁶⁹ N. FRICÉRO, *L’excès de pouvoir en procédure civile*, art. précit., p. 31.

¹⁹⁷⁰ Cass. com., 9 juin 1998 : Bull. civ. 4, n° 188, p. 156 ; D. 1999. 70, note A. Honorat ; RTD com. 1998. 951, obs. crit. J.-L. Vallens. Sous le visa respectivement, des articles 173-2° de la loi du 25 janvier 1985 et 680 CPC, l’arrêt énonce : « *Attendu, selon le premier des textes susvisés, que les jugements par lesquels le Tribunal statue sur le recours formé à l’encontre des ordonnances rendues par le juge-commissaire dans la limite de ses attributions (...), sont insusceptibles d’opposition, d’appel ou de pourvoi en cassation ; qu’il en résulte, en vertu du second, que les actes de notification de tels jugements, qui n’ont pas à faire mention des délais et modalités de l’appel, ne doivent pas, non plus, indiquer qu’un appel-nullité est exceptionnellement ouvert en cas d’excès de pouvoir ou de violation d’un principe fondamental de procédure, ni à préciser le délai et les modalités d’exercice de cette voie de recours* ». En l’espèce, un juge-commissaire avait autorisé la cession du fonds de commerce d’un débiteur en liquidation judiciaire à un tiers, puis, sur recours de ce débiteur, avait siégé néanmoins à l’audience du Tribunal de commerce, lorsque ce recours avait été jugé. La violation du double degré de juridiction, comme celle du caractère équitable du procès, était flagrante. Cette violation devait autoriser le débiteur à former un appel-nullité contre le jugement du tribunal. Ce qu’il fit, mais, détail important : il interjeta appel plus de dix jours après la signification de ce jugement. La cour d’appel de Caen accueillit le recours, en relevant que l’acte de notification du jugement ne comportait aucune des mentions relatives aux voies de recours, telles qu’elles sont prévues par le Code de procédure civile. C’est sur ce dernier point que la Cour de cassation censura l’arrêt de la cour de Caen.

V. déjà dans le même sens mais de manière moins claire : Cass. 2^{ème} civ., 29 mars 1977 précit. : Bull. civ. 2, n° 100, p. 66 ; D. 1977, IR. 386, obs. P. Julien.

¹⁹⁷¹ C’est, notamment, la jurisprudence arbitrale qui a eu l’occasion d’affirmer que « l’appel en nullité », autre dénomination donnée à l’appel-nullité, est un recours *exceptionnel*, v. : CA Paris, 24 mai 1974 : D.

1055. – L'importance de cette voie de recours en droit des procédures collectives s'est réaffirmée à travers une jurisprudence constante qui réitère le principe de sa recevabilité pour sanctionner les décisions intervenant au cours de la procédure et qui sont entachées d'excès de pouvoir ou, violent un principe fondamental de procédure civile¹⁹⁷⁴, ce qui était du moins admis avant que n'intervienne le revirement du 28 janvier 2005¹⁹⁷⁵. Ceci a été vrai concernant l'interdiction de tout recours autrefois applicable aux jugements rendus sur les recours formés contre les ordonnances du juge-commissaire¹⁹⁷⁶. Ceci est toujours vrai en ce qui concerne les décisions par lesquels le tribunal arrête ou modifie le plan de cession de l'entreprise¹⁹⁷⁷.

1974, jur. 706, note J. Robert. Rendu sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile, cet arrêt est d'un important apport au point de vue du principe de recevabilité de l'appel-nullité puisqu'il énonce en réponse au premier moyen de nullité invoqué par l'appelante et entrant dans les prévisions de l'article 1028 anc. CPC, que : « *Mais attendu que si l'appel en nullité, voie de recours exceptionnelle contre une sentence en dernier ressort, ne peut être fondé que sur des moyens différents de ceux pour lesquels l'opposition de l'art. 1028 est ouverte (...)* ».

V. aussi en matière de procédures collectives : CA Versailles, 1^{er} déc. 1994 précit. : D. 1995, IR. 51.

Et plus récemment, en matière de procédures collectives également, v. : Cass. com., 2 mai 2001, n° de pourvoi : 97-21.644.

De plus, d'éminents auteurs ont souligné que l'appel-nullité *devait conserver un caractère exceptionnel*, v. par ex. : L. CADIET, *L'évolution de l'appel-nullité dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises*, art. précit., n° 37. – A. LIENHARD, obs. pour CA Paris, 12 fév. 1991 et 9 avr. 1991 et CA Lyon, 11 oct. 1991 in Rev. proc. coll. 1993, 53, n° 15. Cet auteur parle, quant à lui, du « caractère extrêmement restrictif » de cette voie de recours. – A. ROBERT, art. précit., p. 58. – B. SOINNE, *Le bateau ivre*, op. cit., n° 10, p. 15. – Ch. LEFORT, thèse précit., n°s 1041, 1042 et 1057. – Ph. FOUCHARD, note sous CA Paris, 29 mars 2001 précit. in Rev. arb. 2002, p. 446, n° 11. – Rapp. : A. PERDRIAU, *Pour une limitation des appels-nullité*, art. précit., p. 205, n° 10.

¹⁹⁷² Un auteur a pourtant regretté que l'appel-nullité ne soit pas soumis aux formalités protectrices prévues par l'article 680 CPC. L'omission des mentions obligatoires édictées par l'article 680 fait, selon lui, grief au destinataire de la signification du jugement en l'empêchant de connaître les voies de recours ouvertes contre celui-ci, v. : J.-L. VALLENS, obs. pour Cass. com., 9 juin 1998 in RTD com. 1998, 951.

¹⁹⁷³ G. BOLARD, *Les recours-nullité en procédure civile*, Justices, n° 4, juillet-déc. 1996, p. 119, spéc. p. 124, n° 11.

¹⁹⁷⁴ V. par ex. : CA Paris, 2 juill. 1999 précit. : D. 1999, AJ. 10. En plus de l'excès de pouvoir et de la violation d'un principe fondamental de procédure, cet arrêt vise la violation d'une règle de fond d'ordre public. – V. aussi : CA Dijon, 23 oct. 2001 précit. : JCP 2002, 4, 1348.

¹⁹⁷⁵ Sur l'arrêt de la Chambre mixte du 28 janvier 2005, v. *supra* n° 906 et note 1666.

¹⁹⁷⁶ V. par ex. : Cass. com., 14 fév. 1995 précit. : Bull. civ. 4, n° 45, p. 39. – V. aussi : Cass. com., 3 oct. 2006 précit., n° de pourvoi : 05-13.916. – Cass. com., 27 mai 2003 précit. : Bull. civ. 4, n° 88, p. 97 (sol. implicite).

Et depuis l'arrêt de la Chambre mixte du 28 janvier 2005, c'est seulement l'excès de pouvoir à l'exclusion de la violation des principes fondamentaux de procédure civile qui est désormais le seul est unique cas d'ouverture de la voie d'un appel-nullité, v. : Cass. com., 21 mars 2006, n° de pourvoi : 04-17.953. – Cass. com., 3 mai 2006, n° de pourvoi : 04-18.380 (sol. implicite). – Cass. com., 22 mai 2007 précit. : Bull. civ. 4, n° 140 ; JCP (E), n° 29 du 19 juill. 2007, p. 23 ; RD banc. et fin. 2007 - 3, p. 22, obs. F.-X. Lucas. – Cass. com., 3 fév. 2009 : Bull. civ. 4, n° 12. – Cass. com., 16 juin 2009 précit. : Bull. civ. 4, n° 82 ; D. 2009, 2521, note J. Théron ; Lexbase heb. éd. Gén., n° 359 (juillet 2009), obs. E. Le Corre-Broly.

¹⁹⁷⁷ V. par ex. : Cass. com., 3 mai 2006 (sol. implicite) : Bull. civ. 4, n° 111, p. 111 ; Lexbase Hebdo Ed. Aff., n° 221 du 29 juin 2006, note P.-M. Le Corre et E. Le Corre-Broly. – Cass. com., 19 juin 2007 (sol. implicite) : Bull. civ. 4, n° 169 ; D. 2007, AJ. 1965, obs. A. Lienhard ; *ibid.* 2008, 572, obs. F.-X. Lucas ; RTD com. 2008, 858, obs. C. Saint-Alary-Houin. Cette espèce se rapporte à la procédure de redressement de cinq entreprises. Après avoir arrêté leurs plans de cession et ayant fixé sa durée à un an, le tribunal s'est saisi d'office et prorogé d'un an la durée des plans et celle de la mission du commissaire à l'exécution. Le jugement qui proroge la durée du plan de cession et la mission du commissaire à l'exécution du plan est assimilable à une décision modifiant le plan. Sur ce point, la Cour énonce que : « *attendu que le jugement*

1056. – La loi du 26 juillet 2005 a maintenu bon nombre de restrictions et d'interdictions à la voie d'appel qui existaient sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985. L'ordonnance du 18 décembre 2008 est cependant venue *supprimer* un certain nombre de ces restrictions et interdictions¹⁹⁷⁸.

Malgré ceci, les restrictions à l'exercice des voies de recours sont toujours assez fréquentes en droit des procédures collectives et il est par conséquent, permis d'affirmer que l'appel-nullité *y conserve toujours une place importante*¹⁹⁷⁹.

1057. – Après avoir étudié les manifestations de la subsidiarité dans le domaine des procédures collectives, à travers l'application qui y est largement admise de l'appel-nullité, il nous faut examiner les possibilités d'application de cette voie de recours en droit libanais.

Le droit libanais de la faillite qui est inspiré de l'ancienne loi française du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens et la faillite, institue des interdictions à l'exercice des voies de recours contre plusieurs décisions intervenues avant ou lors des procédures de faillite.

Ces interdictions concernent la décision par laquelle le tribunal convoque les créanciers pour délibérer sur la proposition du concordat préventif, ainsi que les jugements de nomination et de récusation des syndics. L'interdiction de tout recours se rapporte de même aux décisions par lesquelles le tribunal nomme ou remplace le juge-commissaire. Ces interdictions sont régies par les articles 462, al. 1^{er}, 519 et 523 C. com. lib.¹⁹⁸⁰

prorogeant la durée du plan de cession et la mission du commissaire à l'exécution du plan est une décision modifiant le plan, de sorte qu'il n'est, selon l'article L. 623-6 III, C. com. dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, susceptible que d'un appel du ministère public ». Un appel-nullité a été formé par les créancières des sociétés en question contre ce jugement. Ce recours a été déclaré irrecevable, car la Cour de cassation a jugé que « *n'excède pas ses pouvoirs la juridiction qui proroge, avant qu'elles n'aient pris fin, la durée du plan de cession et la mission du commissaire à l'exécution du plan, déjà prorogées par des décisions devenues irrévocables* ».

¹⁹⁷⁸ Sur les interdictions à la voie d'appel qui ont été reprises par la loi du 26 juillet 2005 ainsi que les modifications apportées à ces interdictions par l'ordonnance du 18 décembre 2008, v. *supra* n^{os} 1004 et 1009.

¹⁹⁷⁹ L'appel-nullité pourrait en effet, connaître un *renouveau* en matière de prévention, où le législateur, contrairement au régime antérieur, *a fermé* toute voie de recours contre certaines décisions. Il en est ainsi de l'article L. 611-8, § 1 C. com. Ce texte dispose que :

« Le président du tribunal, sur la requête conjointe des parties, constate leur accord et donne à celui-ci force exécutoire. Il statue au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord, ou que ce dernier y met fin. La décision constatant l'accord n'est pas soumise à publication et n'est pas susceptible de recours. Elle met fin à la procédure de conciliation ».

¹⁹⁸⁰ Pour le texte de ces articles, la réglementation du droit libanais de la faillite et les interdictions aux voies de recours qui y sont appliquées, v. *supra* n^{os} 1012 et 1013.

Nous pensons que les décisions prises en vertu des articles 462, al. 1^{er}, 519 et 523 précités *peuvent valablement* faire l'objet d'un recours en appel-nullité lorsqu'elles sont entachées d'excès de pouvoir¹⁹⁸¹.

1058. – La solution du droit français admettant la recevabilité de l'appel-nullité contre les décisions entachées d'excès de pouvoir, lorsqu'elles ne sont susceptibles d'aucun recours, doit – pensons-nous – être transposée sans réserves ni restrictions, en droit libanais. L'appel-nullité étant recevable, *en l'absence d'un texte*, et par application des *principes généraux du droit*, sa recevabilité doit y être admise pour sanctionner, les griefs d'excès de pouvoir et, pourrions-nous même dire, les *vices particulièrement graves*, dont est entachée une décision de justice, lorsqu'aucune autre voie de recours n'est ouverte.

La subsidiarité trouvera ainsi dans le droit libanais de la faillite, un domaine d'application assez important. C'est par le biais de l'appel-nullité, visant à sanctionner l'excès de pouvoir et les *atteintes flagrantes à la légalité* dont seraient entachées les décisions non susceptibles de recours, que la subsidiarité se manifeste.

1059. – Cependant, les prohibitions à l'exercice des voies de recours étant *plus importantes* en droit français des procédures collectives qu'en droit libanais de la faillite, les divergences entre les deux systèmes touchant de même la nature des décisions concernées par l'interdiction¹⁹⁸² ; l'existence de cette profonde différence entre les deux systèmes aura une *incidence certaine* sur les manifestations de la subsidiarité.

On peut *a priori* affirmer que le domaine d'application de l'appel-nullité est plus important en droit français des procédures collectives qu'il ne l'est en droit libanais de la faillite.

La raison en est que – logiquement – les chances d'application de l'appel-nullité, concrétisant la subsidiarité, *croissent en considération de la fréquence des interdictions aux voies de recours et de l'ampleur de ces interdictions*.

¹⁹⁸¹ Soulignons cependant que les annotateurs du Code de commerce libanais n'ont aucunement évoqué *la possibilité d'un appel-nullité* praticable contre le jugement convoquant les créanciers pour délibérer sur la proposition de concordat préventif, ils n'ont soulevé que la question de la faculté offerte au créancier qui n'a pas été partie audit jugement de former tierce opposition à celui-ci, v. : Ch. FABIA et P. SAFA, *Précis de Code de commerce annoté*, T. 2, 2^{ème} éd., 2004, Ed. du Béryl, p. 878, sous art. 462.

¹⁹⁸² Sur l'interdiction des voies de recours en droit français des procédures collectives et les décisions qui en sont concernées, ainsi qu'une comparaison entre les droits français et libanais en cette matière, v. *supra* n^{os} 1005 et s.

1060. – Quant à l’objet de la protection, les intérêts qu’un appel-nullité recevable en droit libanais viserait à protéger seraient d’une importance *moindre* qu’il en est en droit français, car ils ne se rattachent pas au sort de la société en faillite ou du commerçant failli, mais à des décisions qui ont principalement pour objet de *mettre en place* la procédure de faillite, et *la nomination des organes* de celle-ci.

Nous pensons de manière plus générale, que l’appel-nullité trouvera à s’appliquer, en tant que voie de recours *ultime*, dans toute matière où le législateur a limité, supprimé ou, plus simplement, posé de *graves restrictions* à l’exercice des voies de recours. Il en est ainsi sans nul doute, à côté du droit de la faillite, du *droit de l’arbitrage*.

A l’instar des procédures collectives, l’arbitrage constitue un domaine où prospère l’appel-nullité.

Sous-par. 2 : En droit de l’arbitrage.

1061. – L’arbitrage peut en effet, constituer un domaine prospère au développement de l’appel-nullité, le législateur, ayant dans cette matière, prohibé l’appel contre certaines décisions qui interviennent au cours de la procédure d’arbitrage, comme il en est à l’article 1457 CPC¹⁹⁸³.

C’est ainsi que, lorsque le juge d’appui *excède ses pouvoirs* en exerçant les fonctions que lui confère ce texte, que l’appel-nullité trouverait à s’appliquer.

1062. – À cet égard, la jurisprudence décide que *l’appel demeure toujours recevable* en cas de nullité pour excès de pouvoir¹⁹⁸⁴.

C’est alors que, l’interdiction des voies de recours imposée par l’article 1457, al. 1^{er} précité, *ne devait pas fermer la voie devant un appel-nullité* praticable contre l’ordonnance rendue par le juge dans l’exercice de sa fonction d’appui à l’arbitrage, lorsque celle-ci est entachée d’excès de pouvoir ou, pourrions-nous même dire, d’une violation d’un principe fondamental de procédure civile¹⁹⁸⁵.

¹⁹⁸³ Sur l’interdiction de l’appel dans le droit de l’arbitrage, et le texte de l’article 1457 CPC, v. *supra* n° 1014 et s.

¹⁹⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 29 juin 1994 : Bull. civ. 1, n° 224, p. 163 ; Rev. arb. 1996. 400, note A. Hory. Sous le visa des articles 460 et 542 CPC, l’arrêt énonce une règle de portée générale : « *Attendu, selon les deux premiers de ces textes* (les articles 460 et 542 CPC), *que la voie d’appel est toujours ouverte en cas de nullité pour excès de pouvoirs* ».

¹⁹⁸⁵ En ce sens : Ph. FOUCHARD, note sous CA Paris, 19 nov. 1993 : Rev. arb. 1996. 425.

L'ordonnance du juge d'appui porterait sans doute atteinte, à un *principe fondamental de procédure civile* qui devait, en principe, ouvrir la voie à l'appel-nullité, lorsqu'elle viole *le principe d'égalité des parties* dans la désignation des arbitres¹⁹⁸⁶.

L'excès de pouvoir est, en l'occurrence, souvent invoqué par les plaideurs pour contourner l'interdiction des voies de recours posée par l'article 1457 précité¹⁹⁸⁷.

Lorsque l'excès de pouvoir commis par le juge d'appui, à l'occasion de l'exercice des pouvoirs qu'il tient de l'article 1444 CPC, se trouve caractérisé, la jurisprudence décide que l'appel-nullité devient recevable.

Il en est notamment ainsi, lorsque le juge saisi d'une demande en récusation d'un arbitre, s'est interrogé sur la compétence du tribunal arbitral¹⁹⁸⁸.

¹⁹⁸⁶ E. LOQUIN, note sous CA Rouen, 3 oct. 1996, Cass. 1^{ère} civ., 8 juin 1999 et TGI Paris, 7 déc. 1994 in Rev. arb. 2000. 123. Le principe de « l'égalité des parties dans la désignation des arbitres » a été posé par la Cour de cassation dans un arrêt du 7 janvier 1992 (Rev. arb. 1992. 470, note P. Bellet). Il fut depuis suivi dans de nombreuses décisions. V. pour un arrêt qui cite ce principe comme visa à son attendu : Cass. 1^{ère} civ., 8 juin 1999 précit. : Rev. arb. 2000. 119. L'arrêt énonce très clairement : « *vu le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres* ». – V. aussi de manière moins générale, un jugement qui rejette le grief fondé sur une prétendue violation de ce principe : TGI Paris, 7 déc. 1994 précit. : Rev. arb. 2000. 120. Ce principe consacré désormais comme *règle obligatoire*, impose que chacune des parties soit en mesure de désigner l'arbitre ou de consentir à la désignation de celui-ci. La mise en œuvre de ce principe est en *relation directe* avec l'application de l'article 1457, texte donnant au Président du tribunal compétence de composer de tribunal arbitral dans le cadre de sa fonction d'assistance à l'arbitrage, d'où l'importance de ce principe au regard de l'admission de l'appel-nullité, car l'excès de pouvoir ou la violation d'un principe fondamental de procédure civile commis par le juge dans l'exercice des pouvoirs conférés par le texte précité devaient, *en principe*, ouvrir la voie à cette voie de recours. Nous le disons ainsi, car au regard du dernier état de la jurisprudence qui n'admet la recevabilité de l'appel-nullité *que pour cause d'excès de pouvoir*, il est permis de douter que cette solution ancrée depuis longtemps en droit positif *ne soit plus à l'ordre du jour*.

¹⁹⁸⁷ V. par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 1993 et CA Paris, 16 avr. 1993 précit. : Rev. arb. 1993. 431, note A. Hory. Dans ces arrêts, le grief d'excès de pouvoir a été rejeté et, l'appel-nullité jugé mal fondé.

¹⁹⁸⁸ CA Paris, 19 nov. 1993 : Rev. arb. 1996. 419, note Ph. Fouchard. En l'espèce, deux sociétés de gestion de droits d'auteur se disputaient l'adhésion de certaines catégories d'artistes. Pour régler leur litige, elles signèrent un compromis le 27 mars 1987. Le tribunal arbitral a rendu le 11 juillet 1987, une sentence qui n'a fait l'objet ni d'un exequatur ni d'un recours en annulation. Cinq ans plus tard, par lettre du 10 avril 1992, l'une des deux sociétés, la société Adami a saisi le tribunal arbitral d'une demande en interprétation de cette sentence. L'autre société, la société Spedidam, apprenant que C., le fils de l'arbitre qu'elle avait elle-même désigné en 1987 était devenu depuis lors un responsable d'Adami, récusait cet arbitre le 8 janvier 1993. Cette dernière saisit le Président du tribunal de grande instance de Paris, sur le fondement de l'article 1463 CPC, pour faire dire que la récusation de l'arbitre était irrecevable et mal fondée. Après audition de C., l'arbitre contesté, le juge rendit, le 15 février 1993, une ordonnance dans laquelle il considéra que les arbitres désignés par le compromis d'arbitrage du 27 mars 1987 étaient dessaisis de leur mission, et a constaté que l'examen du bien-fondé de la récusation de l'arbitre par la société Spedidam est devenu sans objet et a débouté la société Adami de sa demande, ceci au motif que la requête en interprétation devait *s'analyser en une demande nouvelle*. La société Adami a relevé appel de cette décision. Elle demanda l'annulation de l'ordonnance du 15 février 1993 sur le fondement de l'excès de pouvoir, alléguant que le juge en refusant de statuer sur la récusation de l'arbitre C. a méconnu un pouvoir qui lui appartenait. Elle ajoute que le cas de l'arbitre C. n'entre pas dans les cas de récusation limitativement prévus par l'article 341 CPC. La cour de Paris se prononçant sur le grief d'excès de pouvoir du juge d'appui, énonce : « *considérant qu'aux termes de l'article 1475 CPC, si la sentence dessaisit l'arbitre de la contestation qu'elle tranche, l'arbitre a néanmoins le pouvoir d'interpréter la sentence (...)* » ; pour décider plus loin que : « *en décidant néanmoins que la requête constituait une demande nouvelle et non une demande en interprétation de la sentence, le premier juge a excédé son pouvoir de juridiction (...)* ; *qu'en se prononçant sur le caractère de demande nouvelle de la requête, il s'est attribué un pouvoir dévolu au seul tribunal arbitral par l'article 1466 CPC (...)* ». Saisie par l'effet dévolutif de l'appel – en application de l'article 562 CPC –, de l'entier litige, la cour de Paris déclare nulle l'ordonnance du 15 février 1993 *comme entachée d'excès de pouvoir*. Cependant, sur le fond, elle déclare

Il en est de même lorsque, le juge des référés se substitue au juge de l'exécution tel que désigné par l'article 1498 CPC, et accorde l'exequatur à une sentence arbitrale rendue à l'étranger¹⁹⁸⁹. Cette solution se justifie parfaitement¹⁹⁹⁰, car les limitations aux voies de recours cessent d'être applicables lorsqu'un juge intervient *en dehors du cadre défini par les textes* régissant l'arbitrage¹⁹⁹¹.

L'appel-nullité a de même été jugé recevable lorsque le président du tribunal, saisi d'une demande de désignation d'un arbitre, fonde sa décision refusant de le désigner sur *une cause étrangère* à celles énumérées à l'article 1444, al. 3 CPC¹⁹⁹².

recevable mais mal fondée, la demande de récusation de l'arbitre C. pour le motif qu'elle n'obéit pas aux cas de récusation limitativement énumérés par l'article 341 CPC.

Soulignons que cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en cassation. Bien que la Cour de cassation n'ait pas approuvé la cour d'appel de Paris dans son interprétation des causes de récusation de l'arbitre, le pourvoi fut rejeté. Sur l'arrêt de la Cour de cassation, v. : Cass. 2^{ème} civ., 18 déc. 1996 : Rev. arb. 1997. 361, note A. Hory.

¹⁹⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 29 juin 1994 précit. : Bull. civ. 1, n° 224, p. 163 ; Rev. arb. 1996. 400, note A. Hory. En l'espèce, une sentence arbitrale a été rendue à Hambourg le 10 mai 1990, dans un litige qui opposait deux sociétés. Une des sociétés, la Mediterranean Shipping Company a saisi, le 26 juin 1990, le président du tribunal de grande instance de Saint-Denis de la Réunion statuant en qualité de juge de l'exécution en la forme des référés, pour obtenir l'exequatur de la sentence du 10 mai 1990. L'autre partie, l'Union Réunionnaise des Coopérations Agricoles et son assureur, ont interjeté appel de l'ordonnance d'exequatur du président du Tribunal de grande instance de Saint-Denis de la Réunion. La cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion a déclaré cet appel irrecevable. La cour d'appel s'est fondée sur l'article 1488 CPC, et a écarté le moyen tiré de l'excès de pouvoir du juge des référés aux motifs que le juge de l'exécution n'ayant pas encore été institué. Les appelants déboutés de leur demande en annulation, se pourvurent en cassation. Le moyen du pourvoi se basait sur le grief d'excès de pouvoir commis par le juge du premier degré dans son ordonnance d'exequatur et la violation de l'article 1498 CPC. Pour accueillir le pourvoi, et casser l'arrêt d'appel, la première Chambre civile énonce : « qu'en se déterminant ainsi, alors que le juge des référés avait excédé ses pouvoirs en se substituant au juge de l'exécution tel que désigné par les articles 1498 CPC et L. 311-11 COI, l'arrêt attaqué a violé les textes susvisés ». L'espèce constitue par ailleurs, une illustration de décision d'exequatur rendue par un juge incompétent *rationae materiae*.

¹⁹⁹⁰ En ce sens : A. HORY, note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 juin 1994 précit. in Rev. arb. 1996. 403.

¹⁹⁹¹ A. HORY, *ibid.*, p. 403.

¹⁹⁹² CA Paris, 17 sept. 1996 : Rev. arb. 2002. 683.

En effet, en vertu de l'alinéa troisième de l'article 1444 CPC, le président du tribunal peut s'abstenir de désigner l'arbitre dans des cas précis, qui sont d'interprétation stricte, et sa décision prise en ce sens n'encourt aucune sanction. C'est ainsi que l'alinéa troisième de ce texte, précise les causes qui justifient le refus du juge de désigner l'arbitre, et dispose que :

« Si la clause compromissoire est soit manifestement nulle, soit insuffisante pour permettre de constituer le tribunal arbitral, le président le constate et déclare n'y avoir lieu à désignation ».

1063. – Confirmant cette orientation, la Cour de cassation a clairement affirmé dans un arrêt du 18 décembre 1996¹⁹⁹³ où était en cause la récusation d'un arbitre, *l'exigence* d'excès de pouvoir pour que l'appel-nullité soit recevable contre les décisions du juge d'appui prises en vertu de l'article 1457 CPC. Cette décision est une nouvelle pierre apportée à l'édification jurisprudentielle de l'appel-nullité¹⁹⁹⁴, car il en résulte, fût-ce de manière implicite, la reconnaissance sans équivoque de l'admission pour cause d'excès de pouvoir de l'appel-nullité contre les ordonnances du juge d'appui. La décision est surtout importante, car c'était la *première fois* que la Cour de cassation devait statuer sur un pourvoi formé contre un arrêt ayant *admis la*

¹⁹⁹³ Cass. 2^{ème} civ., 18 déc. 1996 précit. : Rev. arb. 1997. 361, note A. Hory. Cette décision a été rendue sur pourvoi contre l'arrêt précité de la cour d'appel de Paris du 19 novembre 1993. Rappelons que la cour d'appel de Paris saisie d'un appel-nullité pour excès de pouvoir, a déclaré nulle comme entachée d'excès de pouvoir l'ordonnance rendue par le 15 février 1993 par le président du tribunal de grande instance de Paris, et statuant au fond, a déclaré *recevable mais mal fondée*, la demande de récusation de l'arbitre. Il était reproché à la Cour d'appel d'avoir déclaré mal fondée la demande de récusation de l'arbitre. Le moyen du pourvoi faisait valoir qu'en l'absence de renvoi exprès du Livre quatrième du Code de procédure civile aux dispositions de l'article 341 du même code, qui régit les causes de récusation des juges étatiques, ces dispositions ne sont pas applicables à la récusation des arbitres, et que la récusation d'un arbitre « doit être prononcée pour toute circonstance de nature à altérer son indépendance et son impartialité ».

Soulignons que l'article 341 CPC qui régit les causes de récusation des juges étatiques se situe dans le Titre dixième du Livre premier du Code de procédure civile. Ce livre se rapporte aux « dispositions communes à toutes les juridictions ». Le Titre dixième en question se rapporte aux cas d'abstention, de récusation, de renvoi, et de prise à partie. L'article 341 précité énumère les causes de récusation des juges, elles sont au nombre de huit, et cette énumération est *limitative*. En effet, ceci peut être déduit des termes mêmes du texte qui dispose :

« La récusation d'un juge n'est admise que pour les causes déterminées par la loi ».

Et l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 19 novembre objet du pourvoi, avait déjà affirmé ce principe quand il a énoncé que : « *les causes de récusation des arbitres sont celles prévues à l'article 341 CPC pour les juges étatiques, qu'étant légales, ces causes de récusation sont limitativement énumérées par ce texte (...)* ».

Le Livre quatrième du Code de procédure civile régit quant à lui, l'arbitrage. Il est vrai que, comme l'invoquait le moyen du pourvoi, il n'existe pas de renvoi exprès du Livre quatrième précité aux dispositions de l'article 341 qui régit les causes de récusation des juges *étatiques*. Le régime de récusation de l'arbitre peut être obtenu du rapprochement des différents textes du Livre quatrième qui évoquent la récusation. Il s'agit des articles 1452, 1463 et 1464 CPC. Mais on se demande s'il est possible de déduire de tout ceci que les dispositions de l'article 341 précité sont inapplicables à la récusation des arbitres.

Le moyen du pourvoi se fondait sur des arguments très pertinents ; il invoquait l'indépendance d'esprit nécessaire à l'exercice de tout pouvoir juridictionnel et la nécessité de récuser l'arbitre lorsqu'existe une circonstance de nature à *altérer* son indépendance et son impartialité, faisant ainsi valoir une violation de l'article 1463 précité.

Nous pensons qu'une solution consistant à s'écarter des causes de récusation limitatives de l'article 341 en ce qui concerne la récusation des arbitres, *est parfaitement défendable*. Une telle solution tiendrait en effet en compte la spécificité de l'arbitrage. Si on l'appliquait au cas d'espèce, elle aboutirait sans doute à la récusation de l'arbitre contesté. S'écarter des causes de récusation limitatives de l'article 341 CPC est une nécessité en l'état actuel d'une jurisprudence – critiquable – qui applique avec rigueur les causes de récusation limitatives, de l'article 341 à la récusation de l'arbitre, ne prenant pas en considération la spécificité de l'arbitrage. Sur ce point, v. : A. HORY, note sous Cass. 2^{ème} civ., 18 déc. 1996 et CA Versailles précit., 14 nov. 1996 in Rev. arb. 1997. 373 et les réf. citées.

La Cour de cassation ne répondit cependant pas à ce moyen, elle procéda à une substitution de motifs et se fondant sur l'article 1457 CPC, elle pose le principe applicable à la recevabilité de l'appel contre les décisions prises en vertu de cet article : « *qu'en vertu de l'article 1457 CPC, les décisions prises par le président du tribunal sur le fondement de l'article 1463 du même code ne sont pas susceptibles de recours, et que les moyens de cassation, étant dirigés contre les dispositions de l'arrêt relatives à la récusation sans imputer à la cour d'appel un excès de pouvoir, ne sont pas recevables* ».

¹⁹⁹⁴ A. HORY, note précit. sous Cass. 2^{ème} civ., 18 déc. 1996 et CA Versailles., 14 nov. 1996 in Rev. arb. 1997. 371.

recevabilité d'un appel-nullité dirigé contre une ordonnance du juge étatique intervenant pour assister la constitution du tribunal arbitral¹⁹⁹⁵.

1064. – En complément de cette orientation, la Cour de cassation affirme dans un arrêt très remarqué du 10 mai 1995, que la décision du juge qui procède à la désignation de l'arbitre « sans y être habilité » est *susceptible d'appel*¹⁹⁹⁶, et ceci malgré – bien entendu – l'interdiction de tout recours édictée par l'article 1457 CPC. L'excès de pouvoir du juge d'appui est ainsi invoqué¹⁹⁹⁷ pour rendre recevable, *contra legem*, l'appel-nullité¹⁹⁹⁸.

¹⁹⁹⁵ Les décisions rendues jusqu'alors par la Cour de cassation se sont prononcées à propos, soit de décisions ayant déclaré l'appel irrecevable, soit de décisions ayant admis la recevabilité de l'appel de droit commun contre une décision rendue par un juge incompétent, v. : A. HORY, note précit. sous Cass. 2^{ème} civ., 18 déc. 1996 et CA Versailles., 14 nov. 1996 in Rev. arb. 1997. 372, et les réf. citées.

¹⁹⁹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995 : D. 1996, jur. 79, note G. Bolard ; Rev. arb. 1995. 605, note A. Hory. En l'espèce, un contrat avait en 1986, été conclu entre une société française (Letavernier) et une société marocaine (Ahsen Inox). Ce contrat stipulait que tout litige survenant entre les deux parties sera tranché par un « arbitre désigné par ordonnance du président du tribunal de commerce de Paris statuant en référé ». Un premier arbitre désigné en 1989, selon les modalités de cette clause, se fut déclaré incompétent. La société marocaine a alors saisi le président du tribunal de commerce de Paris qui, par une ordonnance du 27 septembre 1990, a autorisé la demanderesse à assigner au principal. Sur cette assignation, le tribunal de commerce a désigné un nouvel arbitre et prorogé la durée de mission de celui-ci. Cet arbitre ayant démissionné, la société marocaine a saisi le même tribunal, qui a désigné le même arbitre pour la seconde fois et, a condamné la société française à une indemnité sur le fondement de l'article 700 CPC. Celle-ci forma un appel-nullité contre cette dernière décision. La cour d'appel a déclaré ce recours irrecevable, au motif notamment, que le tribunal statuant au fond pouvait *régulièrement* désigner l'arbitre au lieu et place du président statuant en référé. C'est pour ce motif que l'arrêt a été cassé.

La Cour de cassation a rendu incontestablement un arrêt *de grande portée*, car elle débute sa décision par l'énoncé d'un attendu de principe. Sous le visa des articles 1493, 1457, 1504 et 1502, 2^o CPC, elle énonce : « *Attendu de l'arbitre investi en méconnaissance de la volonté des parties ou des textes susvisés est irrégulièrement désigné et que la décision du juge qui procède à cette désignation sans y être habilité est susceptible d'appel* ». Reprenant les faits, et après avoir relevé que la Cour d'appel a déclaré l'appel-nullité irrecevable, la Cour de cassation, pour casser son arrêt, énonce : « *qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que l'arbitre avait été désigné non par le « juge » choisi par les parties, fût-il constitué en formation collégiale, mais par le tribunal de commerce saisi au fond, la Cour a violé les textes susvisés* ».

C'est le deuxième terme de l'attendu principal qui est particulièrement novateur, et qui nous intéresse dans la perspective de subsidiarité de l'appel-nullité, car il affirme la possibilité d'exercer cette voie de recours, à l'encontre de l'interdiction légale, pour sanctionner la décision de désignation d'arbitre rendue par un juge qui n'était pas habilité – par la convention des parties – à la rendre.

V. qui approuve cet arrêt : D. FOUSSARD, *Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage*, Rev. arb. 2002. 579, spéc. p. 609.

¹⁹⁹⁷ L'expression d'« excès de pouvoir » n'est nulle part mentionnée dans l'arrêt, néanmoins il n'est pas de doute que l'illégalité commise par le tribunal qui, en violation de la volonté des parties, et statuant au fond, a désigné l'arbitre, était *constitutive d'excès de pouvoir*. Etais en cause la constitution même du tribunal arbitral qu'on rattache aux *principes essentiels de procédure*, v. : G. BOLARD, note sous l'arrêt rapporté in D. 1996, jur. 81, 2^{ème} col.

¹⁹⁹⁸ Bien que l'arrêt ne le désigne pas nommément, il s'agit bien d'un appel-nullité. Pourtant, un commentateur de l'arrêt a estimé que c'est *le droit commun de l'appel*, par référence à l'article 1502, 2^o CPC, qui fonde la décision de la Cour de cassation, v. : A. HORY, obs. sous l'arrêt rapporté in Rev. arb. 1996. 615.

1065. – Complétant toujours l'orientation jurisprudentielle consacrant la recevabilité de l'appel-nullité nonobstant l'interdiction de tout recours édictée par l'article 1457 précité, la Cour de cassation affirme par une décision du 8 avril 1998, que cette voie de recours est recevable contre l'ordonnance du président de tribunal, qui *excède ses pouvoirs* en refusant de prêter son concours à la constitution du tribunal arbitral *au motif de l'existence d'une difficulté sérieuse*¹⁹⁹⁹.

En refusant en l'occurrence, d'exercer les pouvoirs qui lui sont dévolus par l'article 1444 CPC, le juge d'appui commet un excès de pouvoir *négatif*²⁰⁰⁰ qui justifie la recevabilité de l'appel-nullité, au même titre que l'excès de pouvoir positif ou *normalement entendu*.

Clairement, cette décision, qui fut, à juste titre, pleinement approuvée²⁰⁰¹, fait suite à celle précitée du 18 décembre 1996, en affirmant de manière *explicite* cette fois, la recevabilité de l'appel-nullité contre l'ordonnance du juge d'appui qui est entachée d'excès de pouvoir.

Cette solution fut suivie dans d'autres décisions, elle fut notamment réaffirmée dans une décision, que l'on peut qualifier de principe, de la première Chambre civile du 7 mars 2000²⁰⁰², qui énonce que l'appel tendant à la nullité de la décision du président du tribunal saisi pour proroger le délai d'arbitrage *n'est ouvert qu'en cas d'excès de pouvoir*.

¹⁹⁹⁹ Cass. 2^{ème} civ., 8 avr. 1998 : Rev. arb. 1998. 373, note A. Hory. En l'espèce, une des parties à une convention de garantie de passif, a décidé de donner effet à la clause compromissoire stipulée dans cette convention. Elle saisit le tribunal du commerce et demanda au président du tribunal de désigner un arbitre pour parfaire la composition du tribunal arbitral. Le juge saisi sur le fondement de l'article 1444 CPC, s'était déclaré « incompétent » au motif qu'une difficulté sérieuse faisait obstacle à l'exercice de ses pouvoirs. Un appel fut formé et la Cour d'appel de Pau, dans une décision rendue le 28 février 1996, déclara le recours recevable, infirma l'ordonnance et désigna un arbitre au lieu et place de la partie récalcitrante. Celui-ci forma un pourvoi contre cet arrêt, invoquant deux moyens dont l'un a été déclaré irrecevable par la Cour de cassation. Au soutien de l'autre moyen de cassation, le demandeur invoquait deux arguments. Il faisait valoir que, d'une part la Cour d'appel aurait violé les articles 1444 et 1457 CPC en déclarant l'appel recevable, alors que le refus de désignation n'était fondé ni sur la nullité manifeste, ni sur l'insuffisance de la clause compromissoire, et d'autre part, que la décision des juges d'appel manquerait de base légale en ce qu'elle n'aurait pas constaté qu'un excès de pouvoir avait été commis par le juge d'appui. La Cour de cassation rejette le pourvoi estimant que « *le président du Tribunal qui refuse de prêter son concours à la constitution du tribunal arbitral au motif de l'existence d'une difficulté sérieuse, excède ses pouvoirs ; que sa décision est dès lors susceptible d'appel* ».

V. qui approuve cet arrêt : D. FOUSSARD, *op. cit.*, p. 611.

V. aussi, une espèce où le juge d'appui se déclare incompétent pour désigner un arbitre afin de compléter le tribunal arbitral : CA Besançon, 24 avr. 1996 : JCP 1997. 4. 518 ; Juris-Data n° 046297.

²⁰⁰⁰ Sur l'article 1444 CPC, v. *supra* n°s 1014 et 1016.

²⁰⁰¹ A. HORY, note sous Cass. 2^{ème} civ., 8 avr. 1998 in Rev. arb. 1998. 376. L'auteur estime que l'objectif de donner la pleine efficacité à la convention d'arbitrage, recherché par les dispositions de l'article 1457 CPC interdisant tout recours contre les ordonnances du juge d'appui, serait méconnu si le juge méconnaissant les pouvoirs qui lui sont reconnus par les textes, refusait de procéder à la désignation de l'arbitre. C'est pour cette raison, qu'il approuve pleinement la solution consacrée par l'arrêt précité du 8 avril 1998.

²⁰⁰² Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 2000 (deuxième espèce) : Rev. arb. 2000. 447, note A. Lacabarats. En l'espèce, un contrat conclu entre une société française et une société allemande comportait une clause

1066. – D'autres décisions rendues dans le même sens ont suivi, certaines réitérant de manière implicite la solution de recevabilité de l'appel-nullité pour excès de pouvoir²⁰⁰³, d'autres se présentant *incontestablement*, comme des arrêts de principe²⁰⁰⁴.

compromissoire confiant à un arbitre le règlement des litiges susceptibles de survenir entre elles. Le président du Tribunal de grande instance de Troyes a été saisi pour désigner cet arbitre puis pour proroger le délai d'arbitrage. Des appels ont été formés par la société allemande contre les ordonnances du président ayant désigné l'arbitre et prorogé le délai. Par arrêts du 10 mars 1999, la cour d'appel de Reims a déclaré irrecevables les recours. Par un premier arrêt du 7 mars 2000, la première Chambre civile a cassé l'arrêt de la cour d'appel ayant décidé que le président du tribunal de grande instance de Troyes était compétent pour désigner l'arbitre. Par son second arrêt rendu le même jour et ci-dessus rapporté, la Cour, pour décider que le pourvoi concernant la décision de prorogation du délai d'arbitrage *était devenu sans objet* car la décision relative à la désignation de l'arbitre par le président du Tribunal de grande instance de Troyes a été cassée par arrêt du même jour, rappelle dans un attendu à portée générale la solution applicable au recours contre les décisions du « juge d'appui », en énonçant que : « *Attendu qu'aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 1457 CPC – auquel renvoie, pour l'arbitrage international, l'article 1495 – le président du Tribunal, saisi notamment pour proroger le délai d'arbitrage, statue par ordonnance non susceptible de recours ; que, l'appel tendant à la nullité de sa décision n'est ouvert qu'en cas d'excès de pouvoir* ».

V. qui approuve cet arrêt : D. FOUSSARD, art. précit., p. 610.

²⁰⁰³ Cass. 2^{ème} civ., 8 juin 2000 : Rev. arb. 2002. 680. En l'espèce, deux particuliers et une EURL ont cédé à une société les actions composant le capital social d'une société. Une clause de garantie de passif a été souscrite dans un acte séparé qui comportait une clause d'arbitrage. Un litige étant né sur la garantie de passif, la société cessionnaire a mis en œuvre la clause d'arbitrage. Les cédants se sont refusés à désigner l'arbitre tel que le prévoyait la clause d'arbitrage, la société cessionnaire a alors saisi le président du tribunal de grande instance qui a nommé cet arbitre. Les cédants ont interjeté appel de cette décision. Ils faisaient valoir devant la cour d'appel, que seul le président du Tribunal de grande instance de Grasse était compétent pour désigner leur arbitre, et que le ressort de Bobigny n'avait été conventionnellement désigné que pour la désignation du troisième arbitre, de sorte que le président du Tribunal de grande instance de Bobigny n'était, à aucun titre, habilité à désigner leur arbitre. Les cédants se pourvurent alors en cassation. Le premier moyen du pourvoi – qui seul nous intéresse ici – reprochait à la cour d'appel d'avoir déclaré irrecevable l'appel sans nullement rechercher si le président du Tribunal de grande instance de Bobigny n'avait pas excédé ses pouvoirs en désignant l'arbitre des cédants et, que la cour d'appel a ainsi privé sa décision de toute base légale au regard des articles 1444 et 1457 CPC, ensemble l'article 1134 CC. La Cour de cassation se fonde sur l'appréciation souveraine de la volonté des parties, et rappelle implicitement la recevabilité de l'appel-nullité pour excès de pouvoir, elle rejette le grief fondé sur celui-ci aussi bien que le pourvoi, en énonçant que : « *l'ordonnance, qui retient, par une appréciation souveraine de la volonté des parties, que le renvoi du choix du troisième arbitre au président du Tribunal de commerce de Bobigny emporte localisation des opérations d'arbitrage dans le ressort de cette juridiction, n'est pas entachée d'un excès de pouvoir de nature à ouvrir la voie de l'appel* ».

V. qui approuve cet arrêt : D. FOUSSARD, *op. cit.*, p. 610.

V. aussi, une décision qui affirme la solution de manière explicite mais moins générale : Cass. 2^{ème} civ., 31 mai 2001 : Rev. arb. 2002. 691.

²⁰⁰⁴ Cass. 2^{ème} civ., 30 avr. 2002 : Rev. arb. 2002. 720. En l'espèce, une cession de la totalité des actions d'une société a été faite à plusieurs acquéreurs. L'acte de cession était assorti d'une garantie de passif et comportait une clause compromissoire. Les acquéreurs ont voulu mettre en œuvre la garantie, un tribunal arbitral a donc été constitué. Ce tribunal a constaté, le 6 mars 1998, que ses fonctions avaient pris fin faute d'avoir rendu une sentence dans le délai conventionnel d'arbitrage. L'épouse et ayant-droit du cédant, entre-temps décédé, a refusé de conclure un nouveau compromis d'arbitrage. Les sociétés venant aux droits des cessionnaires, ont alors saisi le président du Tribunal de commerce d'une demande tendant à la désignation d'un arbitre. Le 10 juillet 1998, le juge a rendu une ordonnance par laquelle il s'est déclaré incompétent. L'appel contre cette décision a été déclaré irrecevable par un arrêt du 23 juin 1999. Sur nouvelle demande des sociétés, le président du tribunal a désigné un arbitre par une seconde ordonnance du 28 janvier 2000. L'épouse et ayant-droit du cédant a formé un appel-nullité contre cette ordonnance ; cet appel-nullité a été déclaré recevable. Les sociétés reprochaient à la cour d'appel d'avoir déclaré recevable cet appel-nullité. Le premier moyen du pourvoi faisait – notamment – valoir que la cour d'appel a accueilli l'appel-nullité sans avoir recherché si la décision attaquée « était entachée d'un vice grave de nature à faire échec à l'interdiction des voies de recours prévue par l'article 1457 CPC ». La Cour de cassation répond à ce moyen du pourvoi par un attendu de principe, en énonçant que : « *Attendu que la décision par laquelle le président d'un Tribunal, saisi sur le fondement de l'article 1444 CPC, désigne un arbitre est susceptible d'appel lorsqu'elle procède d'un excès de pouvoir* ». La Cour poursuit pour préciser

1067. – Cette jurisprudence qui est dans la droite ligne de celle inaugurée par la décision précitée du 18 décembre 1996, a par ailleurs le mérite, de donner des enseignements sur les actes considérés comme constitutifs d’excès de pouvoir commis par le juge étatique dans sa fonction d’assistance au tribunal arbitral.

C’est ainsi qu’il a été jugé qu’il excède ses pouvoirs, la cour d’appel qui refuse de prêter son concours à la constitution du tribunal arbitral sans constater que la clause était soit manifestement nulle, soit insuffisante pour permettre de constituer celui-ci²⁰⁰⁵.

Il a de même été jugé qu’il excède ses pouvoirs, le président du tribunal qui refuse de procéder à la désignation de l’arbitre en retenant qu’aucun litige n’existait plus à raison de la prescription de l’action²⁰⁰⁶.

1068. – Dans ce contexte mettant en valeur l’excès de pouvoir comme grief donnant ouverture à l’appel-nullité, il nous faut signaler un arrêt très remarqué de la cour d’appel de Paris du 17 septembre 1996²⁰⁰⁷. Cet arrêt mérite d’être évoqué, en ce qu’il fait référence à la violation d’un « principe fondamental ou d’ordre public »²⁰⁰⁸, comme grief ouvrant la voie à l’appel-nullité.

de quelle manière se caractérisait l’excès de pouvoir dans l’espèce rapportée, elle énonce : « *qu’en retenant que l’ordonnance du 28 janvier 2000 avait été rendue par un juge dessaisi de la contestation tranchée par une décision définitive antérieure, la cour d’appel a, par ce motif, légalement justifié sa décision d’accueillir l’appel-nullité* ». En effet, les faits relatés plus haut montrent, que le président du Tribunal, après s’être déclaré incompétent par une première ordonnance, fut de nouveau saisi et il désigna alors un arbitre par une seconde ordonnance rendue le 28 janvier 2000. Le juge ne peut, une fois dessaisi du litige, y statuer de nouveau, car de cette manière il statuerait en dehors des pouvoirs qui lui sont reconnus par la loi. La Cour de cassation rejeta le pourvoi, réaffirmant ainsi une jurisprudence désormais constante.

V. aussi qui approuve cette solution : D. FOUSSARD, art. précit., p. 609.

²⁰⁰⁵ Cass. 2^{ème} civ., 13 juin 2002 : Rev. arb. 2002. 682.

²⁰⁰⁶ Cass. 2^{ème} civ., 31 mai 2001 précit. : Rev. arb. 2002. 691. En l’espèce, des particuliers ont constitué une société en participation. Les statuts de cette société comportaient une clause compromissoire. Une procédure d’arbitrage ayant été mise en œuvre, le demandeur a assigné les associés de la société en participation devant le président d’un tribunal de grande instance afin qu’il désigne l’arbitre. Le président du tribunal ayant constaté que l’action en reddition de comptes étant prescrite, il décida que la désignation de l’arbitre n’avait plus d’objet. Les défendeurs ont alors interjeté appel de cette décision. La cour d’appel d’Amiens a déclaré les appels recevables, rejeté le moyen tiré de la prescription, et désigné un arbitre en qualité d’amiable compositeur. Le demandeur s’est pourvu en cassation. Le second moyen du pourvoi – qui seul nous intéresse ici – faisait valoir, que selon les dispositions de l’article 1457 CPC, les décisions prises en application de l’article 1444, al. 1^{er} CPC par le président du tribunal en matière de désignation d’arbitres, sont insusceptibles de recours à moins que ne soit commis un excès de pouvoir, et que la cour d’appel a ainsi violé l’article 1457 CPC. Sur quoi la Cour de cassation a répondu par l’attendu suivant : « *Mais attendu que la décision du premier juge, procédant d’un excès de pouvoir en ce qu’elle statuait sur la prescription, était susceptible d’appel ; que l’arrêt se trouve légalement justifié de ce chef* ». La deuxième Chambre civile a ainsi cassé l’arrêt d’appel seulement en ses dispositions relatives à la prescription.

²⁰⁰⁷ CA Paris, 17 sept. 1996 précit. : Rev. arb. 2002. 683.

²⁰⁰⁸ L’arrêt énonce à cet égard, dans un attendu de principe que : « *considérant toutefois que l’appel est toujours recevable, même si la décision attaquée n’est pas susceptible de recours ou susceptible seulement d’un recours différé, lorsqu’elle est affectée d’un vice grossier découlant de la violation d’un principe fondamental ou d’ordre public* ». Par ailleurs, les faits de l’espèce méritent d’être reproduits. Une société,

Cette référence faite aux principes *fondamentaux et d'ordre public*, dans un arrêt riche en enseignements²⁰⁰⁹, est d'autant plus importante que le dernier état de la jurisprudence dénie à la violation des principes fondamentaux de procédure civile la « vertu » d'ouvrir la voie à l'appel-nullité²⁰¹⁰, ce qui constitue un revirement *critiquable et contraire aux principes ancrés dans le droit positif*²⁰¹¹.

représentée par son PDG, a acquis par un acte sous seing privé du 24 octobre 1990, mille deux cent quatre-vingt parts sociales détenues par un seul associé dans une SARL, ainsi que la totalité des actions détenues par ce même associé dans une SA filiale de cette SARL. Le cessionnaire s'est en outre engagé à substituer sa propre caution à celle donnée par le cédant pour garantir les engagements de ladite SARL. Un litige est né entre les parties au sujet de cette substitution de caution et le cédant a manifesté la volonté de recourir à l'arbitrage organisé par l'acte du 24 octobre 1990. Le cessionnaire ayant refusé de désigner un arbitre, le cédant a alors saisi de la difficulté le président du Tribunal de commerce de Paris, qui par une ordonnance du 17 octobre 1995, a déclaré irrecevable la demande de désignation d'arbitre au motif que le cessionnaire n'était signataire en son nom propre du protocole précité du 24 octobre 1990, et ne pouvait donc être lié par une clause compromissoire qui liait seulement « les parties au protocole ». Le cédant a alors interjeté appel de cette décision. Il faisait notamment valoir que les conditions requises pour justifier un refus de désignation de l'arbitre n'étaient pas réunies et que le premier juge a excédé ses pouvoirs, et que l'appel-nullité est toujours ouvert en cas d'excès de pouvoir. Il demanda à la cour d'appel d'infirmer l'ordonnance déférée et de procéder à la désignation de l'arbitre. L'intimé répliqua que la décision du premier juge n'est pas fondée sur la nullité manifeste ou l'insuffisance de la clause compromissoire et que l'appel doit être déclaré irrecevable par application de l'article 1457 CPC. Statuant sur la recevabilité de l'appel-nullité, la cour de Paris énonce que : « contrairement à ce que soutient Jacques Delafaye (le cédant) la décision du premier juge dont les termes sont parfaitement clairs et dépourvus d'ambiguïté n'est pas fondée sur la nullité manifeste ou l'insuffisance de la clause compromissoire mais seulement son inopposabilité à Patrick Laurent (le cessionnaire) ». La cour de Paris poursuit en énonçant l'attendu de principe reproduit en début de note. Puis retraçant l'analyse adoptée par le président du tribunal de commerce de Paris, elle décide que celui-ci a commis un excès de pouvoir, et énonce que : « considérant qu'en l'espèce, ce n'est qu'après avoir analysé la convention du 24 octobre 1990 et la qualité de ses signataires que le premier juge en a déduit que Patrick Laurent ne l'avait pas approuvée en son nom et qu'il n'était pas lié par la clause d'arbitrage » ; « qu'en fondant ainsi son refus de désigner un arbitre sur une cause étrangère à celles énumérées à l'article 1444, al. 3 CPC et qui au demeurant n'avait aucun caractère d'évidence, le président du tribunal de commerce a méconnu ses pouvoirs ». La cour d'appel de Paris en déduit que : « la décision déférée est de ce fait, entachée d'une irrégularité grave qui aurait pour effet de fermer définitivement à Jacques Delafaye la voie arbitrale malgré la convention des parties » ; « que cette irrégularité de l'ordonnance entraîne sa nullité et rend l'appel recevable ». Il est intéressant de souligner, qu'après la référence faite à la violation des principes fondamentaux et d'ordre public, l'arrêt constate que le juge étatique a, eu égard aux circonstances de l'espèce, méconnu ses pouvoirs, pour par la suite en arriver à décider que l'ordonnance litigieuse est « entachée d'une irrégularité grave ». La référence faite conjointement par l'arrêt aux principes fondamentaux et d'ordre public, à l'excès de pouvoir, et « l'irrégularité grave », indique sans doute que ces trois griefs sont considérés comme égaux, et ouvrant au même titre à l'appel-nullité.

Par ailleurs, la cour ayant déclaré l'appel recevable et ayant annulé l'ordonnance attaquée du 17 octobre 1995, se prononce sur le fond du litige par application de l'effet dévolutif de l'appel-nullité. Sur l'effet dévolutif de l'appel-nullité, v. *infra* n^{os} 1077 et s.

²⁰⁰⁹ L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 sept. 1996, a par ailleurs le mérite de donner des enseignements sur la compétence du juge étatique dans sa fonction d'assistance à l'arbitrage. Il énonce que : « le président du Tribunal de commerce de Paris avait été saisi par Jacques Delafaye (le cédant) d'une demande de désignation d'arbitre en vue de la constitution du tribunal arbitral (...) » ; « que cette demande entraine dans le domaine d'application des articles 1444 et 1454 CPC ; que le président ainsi saisi devait donc statuer par référence aux pouvoirs qui lui sont attribués dans sa mission d'assistance à l'arbitrage laquelle consiste à donner sa pleine efficacité à la clause compromissoire hormis les cas où à l'évidence, il apparaît vain d'organiser un arbitrage certainement voué à l'échec en raison de la nullité manifeste ou des insuffisances de la clause ». Après ce rappel des textes et principes qui régissent la compétence du juge d'appui, la cour précise : « qu'il n'appartient pas au juge étatique chargé de coopérer à la mise en place du tribunal arbitral mais seulement au tribunal arbitral lui-même qui a compétence pour apprécier sa propre compétence de procéder à une étude approfondie des données du litige opposant les parties pour vérifier l'arbitrabilité de celui-ci ».

²⁰¹⁰ Rappelons que ce revirement a été opéré par l'arrêt de la Chambre mixte du 28 janvier 2005 : Bull. civ. Ch. mixte, n^o 1, p. 1 ; D. 2005, IR. 386, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 2006, pan. 548, note P. Julien et N. Fricéro. Il fut confirmé par l'arrêt précité de la première Chambre civile du 20 février 2007 : Cass. 1^{ère}

1069. – La solution initiée par l’arrêt précité de la deuxième Chambre civile du 8 avril 1998 a été réaffirmée par un arrêt très remarqué de la cour d’appel de Paris du 29 mars 2001²⁰¹² ; cet arrêt a clôt une fameuse affaire qui a opposé l’Etat d’Israël à la société iranienne “National Iranian Oil Company”. Le juge d’appui français saisi par la partie iranienne en vue de la désignation d’un arbitre, a commis un excès de

civ., 20 fév. 2007 : Bull. civ. 1, n° 61, p. 56 ; D. 2007. 803 ; Gaz. Pal. 21 juill. 2007, n° 202, p. 32, note N. Fricéro ; *ibid.* 18 mars 2008, n° 78, p. 17, note E. Du Rusquec ; RTD com. 2007. 459, obs. J.-L. Vallens ; RTD civ. 2007. 386, obs. R. Perrot.

²⁰¹¹ Cette jurisprudence a en effet suscité la critique de la doctrine, v. par ex. : Ch. LEFORT, thèse précit., p. 877, n° 1051. – J.-L. VALLENS, obs. pour Cass. 1^{ère} civ., 20 fév. 2007 in RTD com. 2007. 459. Cet auteur a, à juste titre, estimé que la motivation demeure *un principe essentiel de la procédure civile*, par application de l’article 455 CPC. Il a également souligné que la position de la Cour de cassation concernant l’obligation de motivation des jugements en droit interne est en flagrante contradiction avec l’approche exigeante qu’a celle-ci à l’égard des décisions étrangères : elle invoque volontiers cette nécessité pour considérer qu’une décision étrangère non motivée est *contraire à la conception française de l’ordre public international*, v. : Cass. 1^{ère} civ., 28 nov. 2006 : Bull. civ. 1, n° 520, p. 460 ; Gaz. Pal. 24 avr. 2007, n° 119, p. 29 ; JDI 2007. 543, note H. Péroz. La Cour considère, « *qu’est contraire à la conception française de l’ordre public international, la reconnaissance d’une décision étrangère lorsque ne sont pas produits des documents de nature à servir d’équivalent à la motivation défaillante* ».

²⁰¹² CA Paris, 29 mars 2001 précit. : Rev. arb. 2002. 436, note Ph. Fouchard.

pouvoir en *se refusant* de procéder à cette désignation²⁰¹³. Ce fut aussi l'occasion pour la cour de Paris, de réaffirmer *l'existence de principe de l'appel-nullité*²⁰¹⁴.

1070. – La recevabilité de l'appel-nullité contre les ordonnances du juge d'appui, est une solution d'une *importance primordiale* en droit de l'arbitrage, car elle atténue la rigueur de l'article 1457 CPC²⁰¹⁵ et présente l'avantage d'éviter qu'un tribunal arbitral irrégulièrement constitué puisse, sous couvert de l'irrecevabilité prévue par l'article 1457, poursuivre inutilement sa mission²⁰¹⁶.

Cette solution a également le mérite d'assurer la protection d'intérêts divers. C'est un instrument de protection de la volonté des parties : ce recours est là pour *freiner* les ardeurs du juge et lui rappeler qu'en cette matière, leur volonté est souveraine et qu'il faut y déférer²⁰¹⁷. C'est, *notamment*, aussi un instrument tendant à *assurer l'efficacité de l'arbitrage*²⁰¹⁸.

²⁰¹³ En l'espèce, un accord de participation avait été conclu le 29 février 1968 entre l'Etat d'Israël et la société de droit iranien, "National Iranian Oil Company" (NIOC), pour la construction, l'entretien et l'exploitation d'un oléoduc. Cet accord contenait une clause d'arbitrage qui, en autres, stipule que si les deux arbitres nommés par les parties ne se mettent pas d'accord sur le choix du troisième arbitre, il sera demandé au Président de la Chambre de commerce internationale de Paris de nommer ce troisième arbitre. Un litige est né entre les parties en 1994. La NIOC a désigné son arbitre mais s'est heurtée au refus de l'Etat d'Israël de nommer son propre arbitre. Cette société a alors saisi le Président du tribunal de grande instance de Paris, sur le fondement de l'article 1493, al. 2 CPC en arguant d'un déni de justice, aux fins de nomination du second arbitre. Un jugement, sans aucun lien avec ce litige, a été rendu par le tribunal de première instance de Tel-Aviv-Jaffa, qui a déclaré que l'Iran était un pays ennemi d'Israël en vertu de la loi pénale. La situation se présentant ainsi, la NIOC a alors saisi le Président du tribunal de grande instance de Paris par acte du 13 juillet 1999, et ceci au visa de l'article 1493, al. 2 CPC. L'Etat d'Israël a contesté la compétence du juge d'appui français, soutenant *notamment* qu'il n'existait aucun lien de rattachement entre le litige et la France, pouvant justifier l'intervention du juge français. Le délégué du Président du tribunal de grande instance de Paris a rendu une ordonnance en date du 9 février 2000, par laquelle il a reçu l'Etat d'Israël en son exception d'incompétence, a déclarée celle-ci bien fondée et a renvoyé les parties à mieux se pourvoir. La NIOC a formé un contredit contre cette ordonnance dont elle poursuivait l'infirmité. Elle a demandé à la cour de dire que le Président du tribunal de grande instance de Paris était compétent pour statuer, d'évoquer cette demande, d'impartir à l'Etat d'Israël un délai pour désigner son arbitre et, à défaut, de procéder à cette désignation. L'Etat d'Israël a demandé à la cour de dire la NIOC mal fondée en son contredit et de confirmer l'ordonnance déférée. Par arrêt du 28 septembre 2000, la cour de Paris a rouvert les débats et invité les parties à fournir leurs observations sur la recevabilité du contredit formé par la NIOC, sur la possibilité de la cour de le requalifier en appel-nullité et, sur l'excès de pouvoir commis par le délégué du Président du tribunal de grande instance de Paris, *seul susceptible de rendre cet appel-nullité recevable*. Ce jugement avant-dire droit a été pris par la cour, au motif essentiel que : « *Il résulte de ces dispositions (celles combinées des art. 1457 et 1493 CPC) que l'ordonnance rendue au visa de l'article 1493 est, de principe, insusceptible de recours ; qu'il est cependant constant qu'en procédure civile un appel-nullité demeure toujours recevable lorsqu'une décision procède d'un excès de pouvoir, même si cette décision n'est pas susceptible de recours ou susceptible seulement d'un recours différé (...)* ». Dans son arrêt du 29 mars 2001, la cour reprend textuellement l'attendu de principe ci-dessus reproduit, et, après avoir décidé, que le délégué du Président du tribunal de grande instance de Paris *a méconnu l'étendue de ses pouvoirs en se déclarant incompétent pour statuer*, elle déclare *recevable* le recours formé par la NIOC en ce qu'il constitue un *appel-nullité*, annule l'ordonnance du 9 février 2000 rendue par le celui-ci, et, statuant à nouveau, impartit à l'Etat d'Israël un délai d'un mois à partir de la signification de l'arrêt pour désigner un arbitre.

V. qui approuve cet arrêt : D. FOUSSARD, art. précit., p. 612.

²⁰¹⁴ Sur l'attendu affirmant l'existence de principe de l'appel-nullité, v. *supra* note 2013.

²⁰¹⁵ A. LACABARATS, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 2000 (deux espèces) in Rev. arb. 2000. 450.

²⁰¹⁶ A. LACABARATS, *ibid.*, 450.

²⁰¹⁷ D. FOUSSARD, art. précit., p. 615, n° 18, et les réf. citées.

²⁰¹⁸ D. FOUSSARD, *ibid.*, p. 616, n° 18, et les réf. citées.

1071. – La solution consacrant la recevabilité, en droit de l'arbitrage, de l'appel-nullité pour excès de pouvoir, reçut également l'approbation d'un éminent spécialiste de la matière²⁰¹⁹ ; qui s'est appuyé sur une comparaison faite avec la jurisprudence sur l'appel-nullité applicable en droit des procédures collectives²⁰²⁰.

Cet auteur a par ailleurs souligné que la spécificité de l'arbitrage aura son incidence sur l'applicabilité de l'appel-nullité contre les ordonnances rendues en vertu de l'article 1457. C'est ainsi que – selon lui – en arbitrage interne, l'application des articles 1483 et 1484 CPC²⁰²¹ régissant respectivement l'appel et le recours en annulation, recours légalement ouverts, permettraient de *valablement sanctionner* un vice quelconque qui affecterait la décision du juge d'appui rendue en vertu de l'article 1457 CPC²⁰²². Ce qui par conséquent, exclut tout recours en appel-nullité dirigé contre ladite décision²⁰²³. Le même raisonnement a été avancé par l'auteur concernant l'arbitrage international²⁰²⁴ ; c'est ainsi que tout recours en appel-nullité contre la désignation des arbitres devrait être exclu si pouvait par ailleurs être exercé, pour sanctionner la décision litigieuse, l'un des recours ouverts par les articles 1502 et 1504 CPC²⁰²⁵.

²⁰¹⁹ G. BOLARD, note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995 précit. in D. 1996, jur. 80, 2^{ème} col.

²⁰²⁰ Sur cette jurisprudence, v. *supra* n^{os} 1036 et s.

²⁰²¹ L'article 1483 dispose que :

« Lorsque, suivant les distinctions faites à l'article 1482, les parties n'ont pas renoncé à l'appel, ou qu'elles se sont réservées expressément cette faculté dans la convention d'arbitrage, la voie de l'appel est seule ouverte, qu'elle tende à la réformation de la sentence arbitrale ou à son annulation. (...) ».

Quant à l'article 1484 du même Code, il dispose que :

« Lorsque, suivant les distinctions faites à l'article 1482, les parties ont renoncé à l'appel, ou qu'elles ne se sont pas expressément réservées cette faculté dans la convention d'arbitrage, un recours en annulation de l'acte qualifié sentence arbitrale peut néanmoins être formé malgré toute stipulation contraire.

Il n'est ouvert que dans les cas suivants :

- 1° Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ;
- 2° Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;
- 3° Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
- 4° Lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté ;
- 5° Dans tous les cas de nullité prévus à l'article 1480 ;
- 6° Si l'arbitre a violé une règle d'ordre public ».

²⁰²² G. BOLARD, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995 in D. 1996, jur. 81, 1^{ère} col.

²⁰²³ G. BOLARD, *ibid.* 81, 1^{ère} col.

²⁰²⁴ G. BOLARD, *ibid.* 81, 1^{ère} col.

²⁰²⁵ L'article 1502 CPC dispose :

« L'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants :

- 1° Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée ;
- 2° Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;
- 3° Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
- 4° Lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté ;
- 5° Si la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international ».

Quant à l'article 1504 du même Code, il dispose :

« La sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas prévus à l'article 1502.

L'ordonnance qui accorde l'exécution de cette sentence n'est susceptible d'aucun recours.

Toutefois, le recours en annulation emporte de plein droit, dans les limites de la saisine de la cour, recours contre l'ordonnance du juge de l'exécution ou dessaisissement de ce juge ».

1072. – Ces constatations, qui d’ailleurs doivent être approuvées, ont pour résultat de *renforcer la subsidiarité* de l’appel-nullité exercé pour sanctionner les décisions rendues en vertu dudit article 1457. Ce recours serait subsidiaire car, non seulement ce texte a interdit tout recours contre les décisions rendues en son application, mais aussi, parce que si la décision rendue en vertu de ce texte pouvait être valablement sanctionnée par application d’autres textes relatifs à la matière, ceci *exclut* naturellement l’appel-nullité pratiqué dans ce même but²⁰²⁶.

1073. – Précisons aussi que la solution consacrant la recevabilité de l’appel-nullité contre les ordonnances rendues en vertu de l’article 1457 précité doit être étendue aux ordonnances de désignation d’arbitre ainsi qu’à celles qui refusent de procéder à cette désignation *pour d’autres motifs que ceux prévus à l’article 1444 CPC*²⁰²⁷ ; ce texte dispensant le juge de la désignation d’arbitre dans des cas précis se rattachant *notamment* à la validité de la clause compromissoire²⁰²⁸.

Cette affirmation est logique, car ce n’est pas *l’objet même* de l’ordonnance qui doit être pris en considération pour décider dans le sens de la recevabilité ou non de l’appel-nullité, mais bien le *risque d’illégalité* qui, dans ce contexte, accompagne le pouvoir juridictionnel du juge ; ce risque se concrétisant, le cas échéant, par l’excès de pouvoir.

1074. – Un auteur²⁰²⁹ a mis en garde contre les dangers qui pourraient résulter de l’admission de plus en plus fréquente de l’appel-nullité contre les ordonnances du juge intervenant dans le cadre de sa mission d’assistance à l’arbitrage, ceci mènerait, selon lui, à un abondant contentieux susceptible de retarder, sinon entraver, la mise en place de la juridiction arbitrale²⁰³⁰. Il a alors préconisé d’encadrer très rigoureusement cette voie exceptionnelle de recours, notamment par une *définition restrictive* de ses conditions de recevabilité²⁰³¹.

²⁰²⁶ Cette réalité a aussi l’avantage de *sensiblement limiter* le recours à l’appel-nullité exercé contre les décisions rendues en vertu de l’article 1457, car une prolifération excessive de ce type de recours aurait pour résultat de perturber la procédure arbitrale.

²⁰²⁷ Rappr. : A. HORY, note sous Cass. 2^{ème} civ., 21 janv. 1998 in Rev. arb. 1998. 119.

²⁰²⁸ Sur l’article 1444 CPC, v. *supra* n^{os} 1014 et 1016.

²⁰²⁹ A. HORY, note sous Cass. 2^{ème} civ., 18 déc. 1996 et CA Versailles, 14 nov. 1996 in Rev. arb. 1997. 374.

²⁰³⁰ A. HORY, *ibid.*, p. 374.

²⁰³¹ A. HORY, *ibid.*, p. 375.

Ce même auteur a émis le souhait d'apporter une modification à l'article 1457 CPC, pour admettre systématiquement un recours contre la décision de refus de désignation d'un arbitre, et selon lui, éviter aux parties « la voie incertaine de l'appel-nullité »²⁰³². Soulignons qu'aucune des décisions citées n'emploie l'adjectif de « subsidiaire » pour qualifier l'appel-nullité jugé recevable à l'encontre des décisions intervenues durant la procédure arbitrale, ceci n'empêche nullement de constater que cette jurisprudence est *révélatrice* de la subsidiarité de cette voie de recours par le seul fait qu'il soit jugé recevable en *l'interdiction de toute voie de recours*.

Ayant analysé les manifestations de la subsidiarité par l'application de l'appel-nullité en droit français de l'arbitrage, il convient à présent d'en faire la comparaison avec le droit libanais.

1075. – En droit libanais de l'arbitrage, il existe – comme nous l'avons dit – des interdictions à l'exercice des voies de recours analogues à celles adoptées en droit français.

Il en est ainsi de l'interdiction de tout recours contre les ordonnances du premier président du tribunal de première instance prises dans sa fonction d'assistance à la constitution du tribunal arbitral. Elle est édictée à l'article 774 NCPC lib., texte analogue à l'article 1457 applicable en droit français²⁰³³.

A l'égard de l'interdiction de tout recours édictée par l'article 774, la solution consacrée en droit français devait, logiquement, s'appliquer également en droit libanais ; l'appel-nullité serait ainsi être recevable pour sanctionner l'excès de pouvoir ou la transgression des principes fondamentaux de légalité dont est entachée la décision rendue par le juge dans le cadre de l'exercice des pouvoirs qu'il tient de ce texte.

Cette affirmation se défend parfaitement, car d'une part, elle s'appuie sur un support textuel, les textes régissant la matière en droit libanais et français sont *clairement comparables*, et d'autre part, elle se défend logiquement car c'est le même esprit qui anime les droits français et libanais de l'arbitrage, précisément quant aux règles qui régissent les pouvoirs du juge dans son appui à la constitution du tribunal arbitral.

²⁰³² A. HORY, note précit. sous Cass. 2^{ème} civ., 21 janv. 1998 in Rev. arb. 1998. 120.

²⁰³³ Sur le texte de l'article 774 NCPC lib., ainsi qu'une comparaison entre les textes libanais et français applicables à cette matière, v. *supra* n^{os} 1016 et 1017.

A côté des manifestations de la subsidiarité concrétisées dans l'arbitrage par l'application de l'appel-nullité, il en existe d'autres consacrées en droit de la famille.

Sous-par. 3 : En droit de la famille.

1076. – À côté des manifestations typiques de l'appel-nullité en jurisprudence, il en existe d'autres qui en sont moins symptomatiques, mais ne méritent pas moins d'être examinées.

En effet, tel que nous l'avons précédemment souligné, l'interdiction de l'appel contre les décisions du juge aux affaires familiales prises en vertu des articles 1110 et 1111 CPC, *devait permettre la recevabilité de l'appel-nullité*. C'est ce qui a été effectivement affirmé par un arrêt remarqué de la deuxième Chambre civile du 3 juillet 1985²⁰³⁴. Cet arrêt se rapportait l'hypothèse d'une convocation *irrégulière*²⁰³⁵. L'appel-nullité tendant précisément, comme son nom l'indique, à la nullité de l'ordonnance prise par suite de la convocation irrégulière, a été jugé recevable, et la nullité prononcée. Dans le sens contraire, et si l'ordonnance était maintenue, il en résulterait au détriment de la personne irrégulièrement convoquée une *atteinte aux droits de la défense*²⁰³⁶.

Après avoir examiné les manifestations jurisprudentielles de la subsidiarité de l'appel-nullité dans les différentes matières choisies, nous allons envisager dans une section troisième, les *effets* de cette voie de recours.

²⁰³⁴ Cass. 2^{ème} civ., 3 juill. 1985 : JCP 1986. 2. 20625, obs. R. Lindon et A. Bénabent ; RTD civ. 1986. 643, obs. R. Perrot ; Gaz. Pal. 1987. 1. 103, note J. M. Sous le double visa, respectivement des articles 1112 et 460 CPC, l'arrêt énonce : « *Attendu que le premier de ces textes n'exclut pas l'appel d'une ordonnance de non-conciliation lorsqu'il tend non à sa réformation mais à son annulation* ».

²⁰³⁵ Les faits de l'espèce méritent d'être retracés, car la Cour de cassation a statué sur une difficulté qui se présentait pour la première fois. Dans une instance en divorce, la convocation de l'épouse à l'audience de conciliation n'avait pas été adressée dans le délai légal. La procédure s'étant poursuivie et, devant le juge du fond, l'épouse s'était prévalu de cette irrégularité. La cour d'appel, saisie d'un appel contre le jugement ayant débouté le mari de sa demande en divorce pour faute, avait alors fait le raisonnement suivant : l'ordonnance de conciliation devait être considérée comme nulle, parce qu'intervenue au résultat d'une convocation hors délai ; or, l'article 460 CPC dispose que « la nullité d'un jugement ne peut être demandée que par les voies de recours prévues par la loi » ; et, s'agissant de l'ordonnance de non-conciliation dans une procédure de divorce, le Code de procédure civile, dans son article 1112 énonce que cette décision n'est susceptible d'appel que « quant à la compétence et aux mesures provisoires ». La voie de l'appel-nullité se trouvait, selon le raisonnement de la cour d'appel, ainsi fermée. L'irrégularité ne pouvait être sanctionnée par l'utilisation par l'épouse d'un tel recours, celle-ci ayant qualité pour ce plaindre du vice qui entachait la convocation à l'ordonnance. Donc et, selon ce même raisonnement, la conséquence du vice qui entachait la convocation ne peut être que la nullité de la procédure consécutive à l'ordonnance de non-conciliation ; ce qui entraînait le débouté de la demande en divorce du mari. Ce raisonnement fut déféré par le mari à la Cour de cassation. Celle-ci faisant droit au moyen soulevé par le mari, raisonna autrement. Elle décide dès l'attendu ci-dessus rapporté – et qui se présente comme attendu de principe – que l'article 1112 permet l'appel lorsque celui-ci tend à l'annulation de l'ordonnance de non-conciliation.

²⁰³⁶ En ce sens : R. LINDON et A. BÉNABENT, note sous Cass. 2^{ème} civ., 3 juill. 1985 précit. in JCP 1986. 2. 20625.

Section 3 : Les effets de l'appel-nullité.

1077. – Les spécialistes du droit procédural ont fait le rapprochement entre l'appel-nullité et le pourvoi en cassation²⁰³⁷. Certains ont considéré que l'appel-nullité *s'apparente* au pourvoi en cassation, en ce qu'il ne peut, en principe, aboutir qu'à l'annulation de la décision querellée²⁰³⁸.

D'autres ont même pensé, que ce recours d'origine prétorienne « n'a d'appel que le nom »²⁰³⁹. D'autres encore ont estimé que l'appel-nullité a « ni plus ni moins » pris la place du pourvoi en cassation²⁰⁴⁰, et, qu'il en est devenu purement et simplement le *substitut*²⁰⁴¹, et, qu'il joue en tant que tel le rôle d'*institution protectrice de la légalité*²⁰⁴².

1078. – Toute voie de recours autorise l'annulation des décisions atteintes d'illégalité, sauf à admettre l'absurde et sous la seule réserve des vices légalement considérés comme couverts ou caduques²⁰⁴³.

C'est ainsi que l'annulation du jugement constitue l'un des deux effets de l'appel ; ceci résulte des dispositions de l'article 542 CPC, qui dispose :

« L'appel tend à faire réformer ou annuler par la cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré ».

L'appel tend à l'annulation ainsi qu'à la réformation d'un jugement.

Un texte identique existe en droit libanais ; il s'agit de l'article 638 NCPC lib.

D'après ces textes, on distingue entre l'effet de *réformation* de l'appel et son effet de *nullité*. Mais cette distinction ne résout pas la question. L'appel-nullité devait normalement s'opposer à l'appel dans sa fonction de réformation. Cette fonction ayant pour effet de *réformer* le jugement attaqué, contrairement à l'appel-nullité qui – comme son nom l'indique – n'a, en principe, *qu'un effet d'annulation*.

²⁰³⁷ V. par ex. : A. FISSELIÉ, *op. cit.*, n° 221, p. 189. – Ph. GERBAY, *Les effets de l'appel voie d'annulation*, D. 1993, chron. 143, spéc. n° 13. – P. LEVEL, note sous CA Paris, 21 janv. 1975 in Rev. arb. 1976. 43.

²⁰³⁸ J. VIATTE, *op. cit.*, p. 979, 1^{ère} col. – J. A., note sous Cass. soc., 23 fév. 1977 in JCP 1978. 2. 18897. – R. PERROT, *Les voies de recours en matière d'arbitrage*, Rev. arb. 1980. 268, p. 278, n° 17 et p. 280, n° 21. – J.-J. BARBIÉRI, note précit. sous Cass. com., 24 oct. 1995 in D. 1996, jur. 172.

²⁰³⁹ L'expression a été employée par : J. VIATTE, note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1976 précit. in Gaz. Pal. 1976. 2. 664. – V. aussi employant la même expression : Ph. FOUCHARD, note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 1975 in JDI 1975. 553.

²⁰⁴⁰ L'expression est de : H. MOTULSKY, note sous CA Paris, 5 janv. 1961 précit. in JCP 1961. 2. 12204.

²⁰⁴¹ S. GUINCHARD, *Le second degré de juridiction en matière civile aujourd'hui et demain*, *op. cit.*, pp. 1011-1012. – V. aussi du même auteur : S. GUINCHARD et F. FERRAND, *Procédure civile*, Dalloz, 2006, n° 1672. – V. aussi : A. HONORAT et D. MAS, note précit. sous Cass. com., 9 fév. 1988 in D. 1988, jur. 411, n° 3. – V. aussi de manière plus nuancée : L. CADIET, *L'évolution de l'appel-nullité dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises*, *op. cit.*, n° 39.

²⁰⁴² H. MOTULSKY, note précit. sous CA Paris, 5 janv. 1961 précit. : JCP 1961. 2. 12204.

²⁰⁴³ G. BOLARD, note précit. sous Cass. 2^{ème} civ., 9 déc. 1997 in D. 1998, jur. 229.

1079. – La fonction de réformation de l'appel est une manifestation de *son effet dévolutif*. L'effet dévolutif de l'appel constitue un de ses effets, et il découle des dispositions claires de l'article 562, al. 2 CPC²⁰⁴⁴. Ce texte attache un effet dévolutif à l'appel non seulement – et ceci est normal – lorsque celui-ci tend à l'infirmité du jugement attaqué, mais aussi, ce qui est le plus surprenant, lorsque la voie de l'appel est employée pour *en obtenir l'annulation*.

Concernant le point précis de l'effet de réformation, il est admis par jurisprudence et doctrine, que l'appel-nullité ne peut être employé, ni ne peut avoir pour effet de redresser un « mal jugé »²⁰⁴⁵.

1080. – Cependant, et concernant l'effet dévolutif de l'appel-nullité, la doctrine est divisée entre les auteurs qui contestent l'existence d'un effet dévolutif à l'appel-nullité²⁰⁴⁶, et ceux qui, au contraire, estiment que rien ne s'oppose à ce que l'appel-nullité ait cet effet²⁰⁴⁷.

²⁰⁴⁴ Sur le texte de l'article 562 CPC, v. *supra* note 1039 sous n° 539.

²⁰⁴⁵ Concernant le droit des procédures collectives : CA Douai, 31 mars 1988 précit. : Gaz. Pal. 1988. 2. 584, note B. Soinne ; D. 1990, somm. 4, obs. F. Derrida. La Cour énonce : « *Ne sanctionnant pas un mal jugé, mais des décisions entachées de vices graves résultant de l'inobservation d'un principe fondamental ou d'ordre public, l'appel-nullité suppose une irrégularité grossière, dont la constatation se fait selon les voies de recours du droit commun* ». – V. aussi : CA Douai, 16 juill. 1987 précit. : Gaz. Pal. 1987. 2. 693 ; JCP (E) 1988. 2. 15114, n° 11, obs. M. Cabrillac et M. Vivant. – V. aussi qui énonce cette règle de manière très claire : Cass. com., 2 mai 2001 précit. : Bull. civ. 4, n° 83, p. 79 ; JCP 2001. 4. 2144. L'arrêt énonce : « *Attendu que, sans dénaturer les conclusions d'appel, l'arrêt retient que l'appel-nullité vise à faire sanctionner, non pas ce qui a été jugé en première instance mais la manière dont le juge a statué tant en ce qui concerne le déroulement des débats que le prononcé de la décision, qu'il n'est pas allégué que le jugement ait été rendu au mépris d'un principe essentiel de la procédure* ». Et pour rejeter le pourvoi, l'arrêt poursuit : « *la critique faite au jugement en ce qu'il a rejeté l'exception de nullité de l'assignation, après avoir écarté le moyen tiré de l'irrégularité de l'acte relevant exclusivement de l'appel de droit commun ; que la cour d'appel a ainsi légalement justifié sa décision* ».

V. qui approuve cet arrêt : D. FOUSSARD, art. précit., p. 609.

Pour la doctrine, v. : R. PERROT, *Les voies de recours en matière d'arbitrage*, art. précit., p. 276, n° 14. – J.-L. RIVES-LANGE, obs. précit. pour CA Douai, 4 juin 1987 in Banque 1987. 856. – J. VIATTE, note précit. sous CA Paris, 21 janv. 1975 in Gaz. Pal. 1975. 1. 326. – Rapp. : A. FISSELIER, *op. cit.*, n° 217, p. 187. – J. VINCENT, *La procédure civile et l'ordre public*, in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, 1961, Dalloz et Sirey, T. 2, p. 320, note 2.

²⁰⁴⁶ O. BARRET, *L'appel-nullité (dans le droit commun de la procédure civile)*, art. précit., n°s 33 et s. – L. CADIET, *Sur l'appel-nullité dans les procédures collectives*, *op. cit.*, n°s 16 à 18. – V. aussi du même auteur : *L'évolution de l'appel-nullité dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises*, *op. cit.* n° 39, p. 386. – Ph. FOUCHARD, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 1975 in JDI 1975. 553. – D. MAS, *La portée de l'effet dévolutif de l'appel aux fins d'annulation d'un jugement sur le fond (contribution à l'étude de l'appel-nullité)*, thèse Nice, 1987 (thèse microfiche), spéc. n° 49. – V. aussi : A. FISSELIER, *op. cit.*, n° 221, p. 191. – V. HUET, *L'appel-nullité*, art. précit., p. 369. – P. LEVEL, note sous CA Paris, 21 janv. 1975 in Rev. arb. 1976. 44. – R. PERROT, note sous Trib. civ. Montluçon, 9 nov. 1951 et Trib. civ. Meaux, 2 avr. 1952 in D. 1952, jur. 566.

²⁰⁴⁷ G. BOLARD, *L'appel-nullité*, D. 1988, chron. 177. – V. aussi du même auteur : *Heurs et malheurs des voies de recours dans les faillites*, art. précit., n° 15. – Note précit. sous Cass. com., 3 mars 1992 et 12 mai 1992 in D. 1992, jur. 346. – Ph. GERBAY, art. précit., p. 147, n° 14. – H. MOTULSKY, *Les rapports entre l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans la jurisprudence récente de la Cour suprême*, JCP 1953. 1. 1095. – Du même auteur : *Nouvelles réflexions sur l'effet dévolutif de l'appel et de l'évocation*, JCP 1958. 1. 1423. – A. PERDRIAU, *Le contrôle de la Cour de cassation en matière de faillite*, JCP 1987. 1. 3288. – L. MAUPAS, *L'appel-nullité dans les procédures collectives*, *op. cit.*, n°s 37 et 38.

Ce qui milite en faveur de la première opinion, c'est le fait que l'appel-nullité *n'ait pas d'effet suspensif*²⁰⁴⁸.

La jurisprudence sur l'effet dévolutif de l'appel-nullité a été pendant longtemps hésitante avant qu'elle ne tranche cette question de manière définitive (par. 1^{er}). La question relative à l'existence de l'effet dévolutif dans le cas d'irrégularité affectant la procédure s'est également posée devant elle (par. 2). Au-delà de ces deux points, il convient d'étudier les enjeux qui s'attachent à la reconnaissance d'un effet dévolutif à l'appel-nullité (par. 3).

Par. 1^{er} : La solution du droit positif sur la question de l'effet dévolutif de l'appel-nullité.

1081. – La jurisprudence sur l'effet dévolutif de l'appel-nullité a été pendant longtemps hésitante. Un courant jurisprudentiel déniait à l'appel-nullité tout effet dévolutif, les décisions prenant appui du motif selon lequel cette voie de recours n'est ouverte *que pour faire prononcer la nullité de la décision*²⁰⁴⁹.

D'autres décisions ont, au contraire, décidé qu'il *découle* bel et bien, un effet dévolutif de l'appel-nullité ; la cour d'appel serait ainsi, après l'annulation du jugement, saisie de la connaissance de *l'entier litige*²⁰⁵⁰.

²⁰⁴⁸ V. par ex. Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1976 précit. : Gaz. Pal. 1976. 2. 664, note J. Viatte ; Rev. arb. 1977. 269, note Mezger. – V. aussi : Ch. LEFORT, thèse précit., p. 885, n° 1058 *in fine*.

²⁰⁴⁹ Ce sont surtout les cours d'appel qui tendaient à recuser l'effet dévolutif, v. : CA Lyon, 17 juin 1987 (2^{ème} esp.) : D. 1987, jur. 546, note F. Derrida. – CA Paris, 22 mars 1989 précit. : Gaz. Pal. 1990. 1. 163, note J.-P. Marchi ; D. 1989, IR. 133 ; RTD com. 1989. 760, obs. B. Grelon. L'arrêt énonce sur ce point que : « *Considérant que si, en vertu de l'art. 562 CPC, la dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement, il ne peut en aller de même lorsque, comme en l'espèce, cette voie de recours n'est ouverte que pour faire prononcer la nullité ; qu'ayant constaté celle-ci, la Cour n'est pas saisie du fond par l'effet dévolutif* ». Puis l'arrêt poursuit, précisant : « *qu'en outre, les conditions de l'évocation, édictées par l'article 568 CPC ne sont pas réunies, le jugement entrepris n'étant pas au nombre de ceux énumérés par ces textes* ». Cette dernière tranche de l'attendu a pour effet d'*amoindrir* la portée de l'arrêt. On peut se demander si l'évocation s'appliquait dans ce cas, l'effet dévolutif trouverait aussi à s'appliquer. – V. aussi qui reprend presque le même attendu : CA Paris, 20 oct. 1989 : D. 1989, IR. 294. – V. aussi : CA Paris, 9 avr. 1991 (3^{ème} esp.) : D. 1992, somm. 8, obs. F. Derrida. – CA Paris, 10 mai 1994 : Gaz. Pal. 1994. 2. 798, note Fisselier.

²⁰⁵⁰ V. par ex. : CA Paris, 10 juin 1987 (1^{ère} esp.) : D. 1987, jur. 546, note F. Derrida. – CA Nancy, 13 janv. 1988 précit. : Rev. proc. coll. 1988. 386, n° 4 et 5, obs. B. Soinne. – CA Saint-Denis de la Réunion, 14 juin 1991 : RJ com. 1992. 32, note E. Putman. – CA Paris, 19 nov. 1993 précit. : Rev. arb. 1996. 419, note Ph. Fouchard. – Cass. com., 1^{er} oct. 1997 précit. : Bull. civ. 4, n° 232, p. 203.

1082. – Cet état d'hésitation ne devait cependant pas durer longtemps ; un arrêt très remarqué – précédemment cité – de la Chambre commerciale du 28 mai 1996²⁰⁵¹, est en effet venu mettre fin *définitivement* à la controverse, dans lequel la Cour de cassation affirme que « *l'effet dévolutif s'opère pour le tout en application de l'article 562, al. 2, CPC, la cour d'appel ayant dès lors l'obligation, après avoir annulé la décision attaquée, de statuer au fond en répondant aux conclusions qui déterminent les moyens des parties* ».

Cet attendu renseigne énormément sur la question de l'effet dévolutif. Insistons surtout sur l'emploi par la Cour du terme « obligation » ; faire jouer l'effet dévolutif *n'est pas une faculté* pour la cour d'appel, il lui incombe *impérativement* de vider le litige en faisant *pleinement* jouer l'effet dévolutif.

Un autre enseignement important est de même fourni par cet attendu : savoir que c'est en fonction de ce que les parties invoquent dans les conclusions qu'ils présentent devant elle, que découle l'obligation de la cour d'appel saisie de l'appel-nullité de statuer au fond. Ce sont précisément ces conclusions, exprimant la volonté des plaideurs, qui *fixent la dimension* que prendra le procès devant la cour²⁰⁵².

La controverse née sur l'existence d'un effet dévolutif pour le tout pour l'appel-nullité, est sans doute due à la considération que la réformation du jugement *n'est pas de la fonction de cette voie de recours*, pour laquelle on a, très justement, estimé qu'elle *ne vise aucunement à redresser un « mal jugé »*²⁰⁵³.

Mais aussi, le doute sur l'existence d'un effet dévolutif de l'appel-nullité s'explique par l'idée que, « c'est la volonté des plaideurs qui fixe l'étendue de la dévolution »²⁰⁵⁴, et que la partie qui exerce un appel-nullité cherche plus à *faire censurer l'irrégularité dont elle se plaint*, qu'à déférer à la juridiction d'appel l'entière connaissance du litige²⁰⁵⁵.

²⁰⁵¹ Cass. com., 28 mai 1996 précit. : Bull. civ. 4, n° 150, p. 130 ; D. 1997, jur. 538, note G. Bolard ; Pet. Aff. du 9 mai 1997, n° 56, p. 13, note Ch. Lebel ; RTD civ. 1996. 985, obs. R. Perrot.

²⁰⁵² Rapp. : G. BOLARD, note précit. sous Cass. 2^{ème} civ., 9 déc. 1997 in D. 1998, jur. 231, 2^{ème} col. *in fine*.

²⁰⁵³ R. PERROT, note précit. sous Trib. civ. Montluçon, 9 nov. 1951 et Trib. civ. Meaux, 2 avr. 1952 in D. 1952, jur. 568, 2^{ème} col. – V. aussi : A. HONORAT et D. MAS, note sous Cass. com., 25 fév. 1986 in D. 1986, jur. 313, n° 2.

²⁰⁵⁴ R. PERROT, note précit. sous Trib. civ. Montluçon, 9 nov. 1951 et Trib. civ. Meaux, 2 avr. 1952 in D. 1952, jur. 568, 2^{ème} col. – V. aussi : G. BOLARD, note précit. sous Cass. 2^{ème} civ., 9 déc. 1997 in D. 1998, jur. 230, 2^{ème} col.

²⁰⁵⁵ R. PERROT, note précit. sous Trib. civ. Montluçon, 9 nov. 1951 et Trib. civ. Meaux, 2 avr. 1952 in D. 1952, jur. 568, 2^{ème} col., *in fine*.

1083. – De ceci, ainsi que de l'arrêt précité du 28 mai 1996, dont la solution fut suivie dans d'autres décisions²⁰⁵⁶ et qui approuvée par une doctrine autorisée²⁰⁵⁷, on peut déduire que, déterminer ou non l'existence de l'effet dévolutif revient à *pouvoir interpréter la volonté des plaideurs* quant à l'étendue qu'ils veulent donner à l'appel-nullité qu'ils intentent.

La solution de l'arrêt du 28 mai 1996 possède également un autre avantage ; c'est celui de *restaurer*, ou de *rétablir*, le recours que la loi interdit²⁰⁵⁸. Rétablir le recours, c'est renvoyer naturellement à son régime juridique, défini par l'article 542 CPC²⁰⁵⁹, et celui-ci comporte la *réformation* du jugement objet du recours²⁰⁶⁰. Cette constatation démontre que la solution de l'arrêt précité du 28 mai 1996, a l'avantage de rendre plus *cohérent* le régime juridique de l'appel-nullité, et, est en harmonie avec les textes qui régissent l'appel.

Cette solution a par ailleurs le mérite de démontrer que l'appel-nullité a bien *la nature d'un appel*, et non celui d'un pourvoi en cassation comme une partie de la doctrine l'avait estimé²⁰⁶¹.

Se rattache aussi à l'existence de l'effet dévolutif pour le tout de l'appel-nullité, la question de déterminer s'il peut jouer dans le cas où il existe une *irrégularité grave entachant la procédure*.

Par. 2 : L'existence de l'effet dévolutif dans le cas d'irrégularité procédurale grave.

1084. – Cette hypothèse concerne *principalement* le cas de nullité de l'acte introductif d'instance²⁰⁶², mais nous avons préféré l'intitulé plus générique d'« irrégularité procédurale », car il est aussi possible que des irrégularités *autres* que celles affectant l'acte introductif d'instance *puissent réellement exister*, il pourrait s'agir d'irrégularités entachant, de manière plus générale, la *saisine des premiers juges*²⁰⁶³, ou alors, d'autres commises devant la cour d'appel.

²⁰⁵⁶ V. par ex. : Cass. com., 14 oct. 1997 précit. : Procédures 1997, n° 286, note R. Perrot.

²⁰⁵⁷ G. BOLARD, note sous l'arrêt in D. 1997, jur. 539, 2^{ème} col. – Ch. LEFORT, thèse précit., n°s 1069 à 1073.

²⁰⁵⁸ G. BOLARD, *ibid.*, 539, 2^{ème} col.

²⁰⁵⁹ Sur le texte de l'article 542 CPC, v. *supra* n° 1078.

²⁰⁶⁰ G. BOLARD, note précit. sous l'arrêt in D. 1997, jur. 539, 2^{ème} col.

²⁰⁶¹ Ch. LEFORT, thèse précit., n° 1060.

Sur les auteurs qui ont fait le rapprochement entre l'appel-nullité et le pourvoi en cassation, v. *supra* n° 1077.

²⁰⁶² La Cour de cassation décide que, sous peine de nullité, l'exploit introductif d'instance doit contenir l'indication du jour de la comparution, v. par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 7 juin 1974 : Bull. civ. 2, n° 189, p. 158.

²⁰⁶³ A. HONORAT et D. MAS, note précit. sous Cass. com., 25 fév. 1986 : D. 1986, jur. 314, n° 9. Ces auteurs estiment que le concept de « saisine irrégulière » débordé *nécessairement* l'hypothèse de la nullité de la citation en justice ; et à l'appui de cette opinion – qui doit d'ailleurs être approuvée – ils donnent

1085. – La question s’est principalement posée en jurisprudence de savoir si l’effet dévolutif peut jouer dans le cas où la saisine des premiers juges est entachée d’irrégularité.

A l’exception de quelques arrêts rendus en sens contraire²⁰⁶⁴, il est constant en jurisprudence que l’effet dévolutif de l’appel ne peut recevoir application *que* lorsque la nullité du jugement résulte d’un vice inhérent à la décision elle-même ou d’une irrégularité commise au cours de la procédure de première instance²⁰⁶⁵, et qu’en revanche, *il ne peut aucunement jouer* lorsque les premiers juges ont statué alors qu’ils étaient *irrégulièrement saisis*²⁰⁶⁶.

l’exemple des nombreuses hypothèses existant dans le droit des procédures d’apurement du passif, où par définition il n’existe pas d’assignation, et où le tribunal se saisit *d’office*.

De plus, la jurisprudence semble donner au concept de « saisine irrégulière » un *sens large*. La question s’est posée à la jurisprudence de savoir si le fait pour un dirigeant social poursuivi en comblement de l’insuffisance de l’actif social sur le fondement de l’ancien article 99 de la loi du 13 juillet 1967, de ne pas avoir été convoqué en entendu en chambre du conseil, était de nature à affecter la saisine des premiers juges, et la Cour de cassation y a répondu par l’*affirmative*, v. : Cass. com., 25 fév. 1986 : D. 1986, jur. 312, note A. HONORAT et D. MAS.

Des auteurs ont proposé que le concept de « saisine irrégulière » soit appréhendé à partir de celui du respect du contradictoire ; ainsi, selon cette perspective, il faudrait admettre que toute violation des obligations que la contradiction fait peser sur les plaideurs constitue une hypothèse d’irrégularité de la saisine, v. : A. HONORAT et D. MAS, note précit. sous Cass. com., 25 fév. 1986 : D. 1986, jur. 315, spéc. n° 9.

Nous pensons que partir du principe du respect du contradictoire pour appréhender le concept de « saisine irrégulière », aboutirait à donner à celui-ci un sens *très étroit*. Il serait alors plus convenable d’appréhender ce concept à partir de celui du « respect des droits de la défense » et non celui du principe qui contradictoire, qui en constitue une des applications.

²⁰⁶⁴ V. par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 6 oct. 1977 : Bull. civ. 2, n° 195, p. 130 ; D. 1978, IR. 58, obs. P. Julien ; RTD civ. 1978. 427, n° 14, obs. R. Perrot.

²⁰⁶⁵ V. par ex. sous l’empire de l’ancien décret du 28 août 1972, devenu l’article 562, al. 2 CPC : CA Paris, 12 nov. 1974 : Gaz. Pal. 1975. 1. 11, note J. V. ; RTD civ. 1975. 376, obs. R. Perrot. – V. aussi : R. PERROT, obs. in RTD civ. 1980. 422. – P. JULIEN, obs. in D. 1983, somm. 394 et les réf. citées. – F. DERRIDA, P. GODÉ et J.-P. SORTAIS, *op. cit.*, p. 40, 2^{ème} col.

²⁰⁶⁶ V. le premier arrêt qui a posé ce principe : Cass. 2^{ème} civ., 5 déc. 1979 : Bull. civ. 2, n° 280 ; Gaz. Pal. 1980. 1. 213, note J. V. ; *ibid.* 1980. 2. 446, note E. du Rusquec ; D. 1980, IR. 373, obs. P. Julien ; RTD civ. 1980. 421, n° 15, obs. R. Perrot.

V. aussi sous l’empire de la loi du 13 juillet 1967 sur les faillites : Cass. com., 22 déc. 1975 précit. : Bull. civ. 4, n° 311, p. 259 ; Gaz. Pal. 1976. 1. 275, note R. P. ; D. 1976, IR. 90 ; RTD civ. 1976. 406, n° 12, obs. R. Perrot ; *ibid.* 1977. 626, n° 15, obs. R. Perrot. – CA Paris, 19 nov. 1976 précit. : JCP 1977. 2. 18584, note J. A. ; RTD civ. 1977. 626, obs. R. Perrot. – CA Aix-en-Provence, 17 déc. 1976 précit. : D. 1977, IR. 261, note P. Julien ; RTD civ. 1977. 627, obs. R. Perrot.

V. aussi : Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 1982 : Bull. civ. 2, n° 38. Sous le visa de l’article 562 CPC, la Cour de cassation énonce dans un attendu à portée générale, que : « *Attendu que, si la dévolution s’opère pour le tout lorsque l’appel tend à l’annulation du jugement, il en va différemment lorsque les premiers juges ont statué en l’absence d’assignation contre le défendeur qui n’a pas comparu et a soulevé en appel l’irrégularité de la procédure* ». – V. aussi qui, sous le visa du même article 562, adopte un attendu comparable mais à portée plus générale : Cass. 2^{ème} civ., 7 mars 1984 : Bull. civ. 2, n° 45, p. 31 ; RTD civ. 1984. 777, n° 11, obs. R. Perrot. La Cour énonce que : « *Attendu que si, selon le premier de ces textes (l’article 562 CPC) la dévolution s’opère pour le tout lorsque l’appel tend à l’annulation du jugement, il en va différemment lorsque le premier juge n’a pas été valablement saisi* ». – Cass. com., 25 fév. 1986 précit. : D. 1986, jur. 312, note A. HONORAT et D. MAS. – V. aussi : Cass. com., 15 déc. 1980 : Bull. civ. 4, n° 422, p. 338 ; D. 1981, IR. 204, obs. A. Honorat ; RTD civ. 1981. 906, obs. R. Perrot ; D. 1981, IR. 368, obs. P. Julien. – Cass. com., 3 mars 1981 : Bull. civ. 4, n° 114, p. 88 ; D. 1981, IR. 368, obs. P. Julien ; RTD civ. 1981. 906, n° 12, obs. R. Perrot. – Cass. com., 15 fév. 1983 : Bull. civ. 4, n° 58, p. 48.

Dans une telle hypothèse, on a avancé l'idée selon laquelle le premier degré de juridiction *n'a pas pu valablement jouer*, ce qui, en pratique, a privé le justiciable *d'un degré de juridiction* et, par conséquent, devait normalement *ôter toute possibilité* à ce que l'effet dévolutif de l'appel – appel-nullité – puisse jouer. Cette idée a été préconisée pour la première fois, par un jugement en date du 2 avril 1952 du tribunal civil de Meaux statuant comme juridiction d'appel²⁰⁶⁷, et elle fut endossée par une doctrine autorisée²⁰⁶⁸.

1086. – Cette solution se défend parfaitement, car décider le contraire serait *dénier* toute effectivité au premier degré de juridiction et, transférer à la cour d'appel un litige *qui n'a pas été réellement et contradictoirement soumis au premier juge*²⁰⁶⁹, et par conséquent, violer ouvertement la règle du « double degré de juridiction »²⁰⁷⁰ qu'on a, très justement, considérée être, la « pièce maîtresse de l'organisation judiciaire »²⁰⁷¹, et la voie de la « seconde chance »²⁰⁷².

²⁰⁶⁷ Trib. civ. Meaux, 2 avr. 1952 : D. 1952, jur. 565, note R. Perrot. En l'espèce, le tribunal de Meaux était juge d'appel d'une sentence prononcée par un juge de paix statuant en matière prud'homale ; en première instance, le juge de paix avait fondé sa décision sur une enquête menée dans des conditions irrégulières et singulièrement expéditives. Les appelants ont demandé à obtenir l'annulation de l'enquête en question et par voie de conséquence la nullité du jugement rendu au vu des résultats de ladite enquête. Pour prononcer cette nullité, le tribunal énonce que : « *Attendu, que le premier juge n'a pas respecté les formalités substantielles (...), que le procès-verbal d'enquête ne correspond nullement aux exigences du code de procédure civile (...); que l'absence de ces formalités entraîne également la nullité de l'enquête et de ses suites* ». Et le tribunal de décider que : « *la nullité totale du jugement dont est appel, qui va être prononcée, dessaisit le juge d'appel et replace les parties dans l'état où elles se trouvaient avant l'introduction de l'instance devant le premier juge ; que le tribunal ne pourrait donc en connaître au principal sans priver les parties d'un degré de juridiction (...)* ».

V aussi mais de manière moins claire : Trib. civ. Montluçon, 9 nov. 1951 : D. 1952, jur. 564, note R. Perrot.

²⁰⁶⁸ V. R. PERROT, obs. pour Cass. 2^{ème} civ., 6 oct. 1977 in RTD civ. 1978. 428. – V. du même auteur : obs. in RTD civ. 1975. 376, n° 16. – Obs. in RTD civ. 1976. 407. – Rapp. : P. JULIEN, obs. in D. 1977, IR. 58. – V. aussi : F. DERRIDA, P. GODÉ et J.-P. SORTAIS, *op. cit.*, p. 40, 2^{ème} col. – G. BOLARD, note précit. sous Cass. com., 28 mai 1996 in D. 1997, jur. 540, 1^{ère} col. – V. aussi du même auteur : note précit. sous Cass. 2^{ème} civ., 9 déc. 1997 in D. 1998, jur. 230, 2^{ème} col.

²⁰⁶⁹ G. BOLARD, note précit. sous Cass. 2^{ème} civ., 9 déc. 1997 in D. 1998, jur. 230, 1^{ère} col.

²⁰⁷⁰ La règle du « double degré de juridiction » ne signifie pas que le plaideur aurait le droit d'exiger deux jugements successifs corrects ; un seul lui suffit, mais il a le droit d'exiger un *double examen* de son litige, « en fait et en droit », v. : G. BOLARD, note précit. sous Cass. 2^{ème} civ., 9 déc. 1997 in D. 1998, jur. 229 *in fine*. – V. déjà : M. WALINE, *La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs*, *op. cit.*, p. 142.

²⁰⁷¹ R. PERROT, note précit. sous Trib. civ. Montluçon, 9 nov. 1951 et trib. civ. Meaux, 2 avr. 1952 : D. 1952, jur. 565. – Rapp. : N. MOLFESSIS, *op. cit.*, n° 364.

Certains auteurs se sont interrogés sur le point de savoir si le principe d'un effet dévolutif pour le tout concernant l'appel-nullité, ne risque pas de porter atteinte au principe de la contradiction, v. : A. HONORAT et D. MAS, note précit. sous Cass. com., 25 fév. 1986 in D. 1986, jur. 313, n° 2 et p. 315, n° 9. – V. aussi des mêmes auteurs : note précit. sous Cass. com., 9 fév. 1988 in D. 1988, jur. 412, n° 6. – D. MAS, thèse précit., n° 50 et s. et spéc. n° 93 à 96. Cet auteur estime que l'application de l'effet dévolutif pour le tout de l'appel-nullité, *met en cause le principe de la contradiction*. Il préconise pour que ce principe puisse être rétabli au second degré dans le cas de l'appel diligenté aux fins d'annulation d'un jugement sur le fond, qu'au préalable le débat tenu devant les premiers juges soit *renoué*.

Nous ne pensons pas que cette opinion puisse être approuvée, car la règle du double degré de juridiction constitue un concept *beaucoup plus large* que le respect du contradictoire, et peut par conséquent, plus que celui-ci, justifier que l'effet dévolutif de l'appel soit écarté.

²⁰⁷² Rapp. : S. GUINCHARD, *Le second degré de juridiction en matière civile aujourd'hui et demain*, *op. cit.*, pp. 1009-1010.

C'est dans cette perspective, que l'on a affirmé que la privation d'un degré de juridiction *porte nécessairement atteinte aux droits de la défense*²⁰⁷³.

Le problème de la reconnaissance d'un effet dévolutif à l'appel diligenté aux fins d'annulation d'un jugement sur le fond rejaillit sur l'existence et la portée de cet effet à l'égard de l'appel-nullité.

La question de la portée attachée à l'effet dévolutif de l'appel-nullité revêt une importance considérable, car l'effet dévolutif peut être vu comme une *condition de l'effectivité* de cette voie de recours²⁰⁷⁴.

A cet égard, il a été décidé que l'effet dévolutif de l'appel-nullité ne peut valablement jouer lorsque tous les candidats repreneurs n'ont pas été attirés dans la procédure d'appel, la cour se trouvant, dans cette situation, *dans l'impossibilité de statuer*²⁰⁷⁵.

1087. – Soulignons cependant, que la solution consistant à exclure l'application de l'effet dévolutif de l'appel reçoit une dérogation, et celui-ci pourrait valablement jouer malgré l'irrégularité dont est entachée la procédure, si les parties *renoncent à s'en prévaloir et concluent au fond du litige*²⁰⁷⁶.

Après avoir envisagé la question de l'effet dévolutif, nous allons dans ce qui va suivre, discuter les enjeux qui s'attachent à la reconnaissance d'un tel effet.

Par. 3 : Les enjeux qui s'attachent à la reconnaissance d'un effet dévolutif à l'appel-nullité.

1088. – Reconnaître un effet dévolutif à l'appel-nullité a pour conséquence de *rapprocher* cette voie de recours de l'appel de droit commun.

L'appel-nullité auquel est reconnu un effet dévolutif pour le tout *n'est pas un recours spécifique institué par la jurisprudence*²⁰⁷⁷, c'est plus exactement, le recours *rétabli* par la jurisprudence face à une interdiction légale de recours *qui ne pouvait être tolérée*²⁰⁷⁸, à cause de l'existence d'une illégalité particulièrement flagrante qu'il était impératif de *sanctionner*.

²⁰⁷³ J. LEMÉE, *op. cit.*, p. 46, n° 45. – Rapp. : CHENOT, concl. précit. pour Cons. Ét., 4 fév. 1944 in RDP 1944. 176, spéc. p. 179. Le commissaire du Gouvernement considère que la règle du double degré de juridiction « consacre une garantie essentielle aux intérêts des plaideurs ». – Rapp. : Y. LOBIN, *op. cit.*, p. 239.

²⁰⁷⁴ A. HONORAT et D. MAS, note précit. sous Cass. com., 9 fév. 1988 in D. 1988, jur. 410, n° 3.

²⁰⁷⁵ CA Paris, 4 fév. 1997 précit. : D. 1998, somm. 3, obs. F. Derrida.

²⁰⁷⁶ Sur cette question, v. *supra* n° 1087.

²⁰⁷⁷ G. BOLARD, note précit. sous Cass. com., 28 mai 1996 in D. 1997, jur. 540, 2^{ème} col. L'auteur ne manque cependant pas de souligner que l'originalité de l'appel-nullité, et du recours-nullité en général, tient à certaines de *ses conditions de recevabilité*, qui – selon lui – sont justifiées dans la mesure, et dans

1089. – Reconnaître un effet dévolutif pour le tout à l'appel-nullité c'est *restaurer* ce recours avec tous les effets qu'il comporte. Et on a ardemment défendu cette solution, et on a avancé l'argument selon lequel, reconnaître l'effet dévolutif de l'appel-nullité est une simple illustration de la maxime selon laquelle « *il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas* »²⁰⁷⁹. Les dispositions de l'article 562, al. 2 CPC ne font pas de distinction entre l'appel voie d'annulation, et l'appel voie de réformation.

1090. – Au-delà des arguments textuels qui ne peuvent être réfutés, il convient de se demander si ceci est une bonne ou une mauvaise solution. Nous pensons que c'est une bonne solution, car elle confère à la cour d'appel saisie de l'appel-nullité la *plénitude de juridiction*, et évite aux plaideurs la perte de temps et d'efforts qui consisterait à revenir devant les premiers juges.

Mais aussi par l'arrêt précité du 28 mai 1996, la Cour de cassation *a achevé* l'élaboration du régime juridique de l'appel-nullité²⁰⁸⁰.

Etroitement lié à la question de l'effet dévolutif de l'appel-nullité, est celle relative à l'office du juge dans l'appel-nullité.

Section 4 : L'office du juge dans l'appel-nullité.

1091. – Déterminer l'office du juge dans l'appel-nullité nécessite de nous référer à la distinction entre les voies d'*annulation* et les voies de *réformation*. Les premières limitent l'office du juge au *prononcé* de la nullité, tandis que les secondes lui imposent de *substituer* une décision nouvelle à la précédente, si elle est nulle ou erronée²⁰⁸¹.

L'appel-nullité ayant été comparé au pourvoi en cassation²⁰⁸² ; l'office du juge de l'appel-nullité peut de même être valablement comparé à l'office du juge en matière de cassation.

la mesure seulement, où elles sont nécessaires pour lever l'interdiction des voies de recours. – V. aussi qui défend la même opinion : Ch. LEBEL, note précit. sous Cass. com., 28 mai 1996 in Pet. Aff. du 9 mai 1997, n° 56, p. 15.

²⁰⁷⁸ G. BOLARD, *ibid.*, 540, 1^{ère} col.

²⁰⁷⁹ G. BOLARD, *L'appel-nullité*, D. 1988, p. 177, n° 22.

²⁰⁸⁰ Ch. LEBEL, note précit. sous Cass. com., 28 mai 1996 in Pet. Aff. du 9 mai 1997, n° 56, p. 15.

²⁰⁸¹ G. BOLARD, note précit. sous Cass. 2^{ème} civ., 9 déc. 1997 in D. 1998, jur. 229.

²⁰⁸² Sur cette question, v. *supra* n°s 1077 à 1079.

1092. – En matière d'arbitrage, par exemple, le juge de l'appel-nullité doit en principe tenir les constatations de fait des arbitres pour *souveraines*²⁰⁸³. Cette solution a – pensons-nous – une portée générale, elle peut être généralisée à toute action en appel-nullité même ne se rapportant pas à l'arbitrage.

1093. – Cette constatation a cependant aujourd'hui besoin d'être nuancée, car avec l'admission par la jurisprudence d'un effet dévolutif pour le tout concernant l'appel-nullité, celui-ci se rapproche sensiblement de l'appel voie de réformation, l'appel de *droit commun*²⁰⁸⁴. L'office du juge devient donc beaucoup important lorsqu'il est reconnu un effet dévolutif à l'appel-nullité.

1094. – L'office du juge dans le cas où l'effet dévolutif s'applique est régi par l'article 561 CPC, qui dispose que :

« L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit ».

Le juge dans l'appel-nullité auquel est reconnu un effet dévolutif pour le tout, devient pleinement juge du *fait* et, juge du *droit*.

1095. – Reconnaître un effet dévolutif à l'appel-nullité est nécessairement subordonné à l'admission préalable de la *recevabilité* de cette voie de recours²⁰⁸⁵. Or, cette recevabilité est aujourd'hui, et selon le dernier état de jurisprudence, subordonnée à l'existence d'un excès de pouvoir, ou, au meilleur des cas, à un vice d'une *particulière gravité*. La juridiction d'appel doit pouvoir *suffisamment* constater la commission ou l'existence de ces griefs. Son rôle n'est cependant pas actif sur ce point, et c'est au requérant qu'il incombe de rapporter la preuve de l'existence effective d'un excès de pouvoir, ou, s'il est permis de le dire, celle d'un vice particulièrement grave. Donc, si l'existence de tels griefs n'a pas été rapportée, le juge d'appel *ne saurait éluder* l'interdiction légale de recours et remettre en cause la décision du premier juge²⁰⁸⁶.

²⁰⁸³ E. LOQUIN, note sous CA Paris, 19 déc. 1972 in Rev. arb. 1973. 175.

²⁰⁸⁴ Sur la reconnaissance d'un effet dévolutif pour le tout à l'appel-nullité, v. *supra* n^{os} 1078 et 1079.

²⁰⁸⁵ Il peut être constaté de la jurisprudence sur l'appel-nullité dont l'analyse a été faite dans cette étude, que les juridictions d'appel distinguent entre la *recevabilité* de cette voie de recours, et son *bien-fondé*. La recevabilité est déduite de la gravité du vice invoqué, et son bien-fondé est déduit de la *constatation effective* de ce vice. – V. aussi qui défend cette manière de voir : G. BOLARD, note précit. sous Cass. com., 28 mai 1996 in D. 1997, jur. 540, 2^{ème} col.

²⁰⁸⁶ G. BOLARD, *ibid.*, 540, 2^{ème} col.

1096. – Ces réalités consacrées par le droit positif ne sauraient être complètes sans la nécessité d'une précision ; et elle se rapporte au *rôle des parties dans le procès*. Nous avons en effet précédemment souligné, que donner un effet dévolutif à l'appel-nullité revient dans une grande part à la volonté des parties quant à la détermination de l'envergure du procès et cette volonté se manifeste dans leurs conclusions. Ceci aboutit concrètement à la constatation que c'est *la volonté des parties qui fixe l'office du juge dans l'appel-nullité*²⁰⁸⁷.

Après l'étude faite de la *voie de recours subsidiaire typique* qu'est l'appel-nullité, à travers notamment ses fondements, les manifestations de la subsidiarité dans la jurisprudence qui la consacre, et ses effets, il nous faut à présent, et à la lumière des apports de cette étude, entreprendre celle qui se rapporte aux *autres* recours-nullité qui ont été reconnus en droit positif. Cette étude sera d'autant plus facilitée que les prémisses en ont été posées par celle faite de l'appel-nullité.

Sous-chapitre 2 : Les autres recours-nullité existants.

1097. – L'intitulé de ce sous-chapitre pourrait laisser à penser, que mis à part l'appel-nullité, les autres recours-nullité revêtent une importance minime. Or, il n'en n'est rien. Le choix de cet intitulé et l'ordre suivi dans le plan sont dictés par l'objectif de faire le *rapprochement* entre le régime de l'appel-nullité, voie de recours subsidiaire qui a inauguré l'existence des recours-nullité en droit positif, et les recours-nullité qui ont pris naissance par la suite, et, pouvoir ainsi déterminer si la subsidiarité fonctionne de la même manière dans l'appel-nullité et dans le reste des recours-nullité. Ce choix est de même dicté par l'objectif de faciliter l'analyse de ceux-ci en partant des bases téléologiques propres à l'appel-nullité. Celles-ci ont été élaborées par étapes successives par la jurisprudence, donc sur des bases assez solides et circonspectes.

1098. – Comme il existe des hypothèses dans lesquelles, le législateur pose des restrictions plus ou moins importantes à l'exercice du droit d'appel ou prohibe l'exercice de cette *voie de recours ordinaire typique*, il en existe d'autres où l'interdiction touche les voies de recours *extraordinaires*²⁰⁸⁸, il en est ainsi de la tierce opposition et du pourvoi en cassation.

²⁰⁸⁷ G. BOLARD, note précit. sous Cass. 2^{ème} civ., 9 déc. 1997 in D. 1998, jur. 230, 2^{ème} col.

²⁰⁸⁸ Rappelons que le Code de procédure civile fait la distinction entre les voies de recours « ordinaires » et les voies de recours « extraordinaires ». C'est ainsi que l'article 527 CPC dispose :

Une illustration de ce type d'interdiction est donnée par les dispositions de l'article L. 661-7 C. com. institué par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005. Ce texte dispose :

« Il ne peut être exercé de tierce opposition ou de recours en cassation contre les arrêts rendus en application du I de l'article L. 661-6 ».

L'article L. 661-6 en question réserve en son paragraphe premier le droit d'appel contre certaines décisions qui interviennent au cours de la procédure collective, au ministère public à *l'exclusion de toute autre partie*²⁰⁸⁹. L'article L. 661-7 vient *renforcer* cette prohibition, en interdisant la tierce opposition et le recours en cassation contre les jugements objet de la prohibition.

On constate donc qu'ici la prohibition à l'emploi des voies de recours se situe à un *double niveau*, si l'on peut dire. La prohibition s'applique à la voie d'appel en vertu des dispositions de l'article L. 661-6, puis, elle s'applique à la tierce opposition et au recours en cassation en vertu des dispositions de l'article L. 661-7 précité. Ces deux types de prohibition viennent *s'additionner* concernant les jugements visés au paragraphe premier de l'article L. 661-6.

1099. – On peut se demander si la prohibition de la voie d'appel rend inutile le raisonnement sur une éventuelle recevabilité de la tierce opposition-nullité et du pourvoi-nullité, autrement dit, la recevabilité des *autres* recours-nullité. Il faut supposer qu'une irrégularité grossière, une illégalité flagrante ou un excès de pouvoir viendraient affecter les décisions objet des deux séries de prohibitions, l'appel-nullité sera employé par la partie intéressée pour sanctionner ces vices et, la possibilité de l'emploi du pourvoi-nullité ne se posera, par conséquent, pas.

« Les voies ordinaires de recours sont l'appel et l'opposition, les voies extraordinaires la tierce opposition, le recours en révision et le pourvoi en cassation ».

La même distinction existe en droit libanais. Néanmoins, à la différence du droit français, elle n'est pas édictée par un seul texte mais résulte de la division faite du Titre sixième du nouveau Code de procédure civile libanais en trois chapitres. Le chapitre premier de ce titre se rapporte aux « dispositions générales » qui s'appliquent à toutes les voies de recours, le chapitre second se rapporte aux « voies de recours ordinaires », et le chapitre troisième, aux « voies de recours extraordinaires ».

²⁰⁸⁹ Il s'agit des jugements relatifs à la nomination ou au remplacement de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du liquidateur, des contrôleurs, du ou des experts, ainsi que les jugements statuant sur la durée de la période d'observation, sur la poursuite ou la cessation de l'activité. Sur le texte de l'article L. 661-6 C. com. et une analyse de ses dispositions, v. *supra* n^{os} 1004 et s.

1100. – En revanche, il en va différemment en ce qui concerne la tierce opposition-nullité, étant donné, que l'appel-nullité ne peut être employé que par *une partie à l'instance*, les tiers pourront, employer la tierce opposition-nullité pour sanctionner les vices susmentionnés qui entachent les décisions visées au paragraphe premier de l'article L. 661-6 C. com.

1101. – Il résulte de ce qui précède que, c'est lorsque le pourvoi en cassation et la tierce opposition visent à l'annulation de la décision attaquée qu'ils constituent des *recours-nullité* au même titre que l'appel-nullité. La jurisprudence qui a affirmé la recevabilité de principe de l'appel-nullité pour sanctionner les décisions entachées d'excès de pouvoir rendues en matière de procédures collectives, a également visé dans son dispositif la recevabilité des « voies de recours du droit commun » pour, au même titre que l'appel-nullité, *sanctionner de telles décisions*²⁰⁹⁰.

Les voies de recours du droit commun sont donc visées dans leur généralité, ceci vaut pour l'appel-nullité mais aussi, pour le pourvoi en cassation (section 1^{ère}), la tierce-opposition (section 2) et le recours en révision-nullité (section 3), qui seront successivement envisagés.

Section 1^{ère} : Le pourvoi-nullité.

1102. – Il faut rappeler ici que la règle demeure l'ouverture du pourvoi en cassation contre toute décision rendue en dernier ressort²⁰⁹¹, *à moins qu'une disposition expresse de la loi ne déroge à cette règle*²⁰⁹². Cette règle résulte d'une jurisprudence constante et séculaire²⁰⁹³. Et par conséquent, au cas où une exception aurait été instituée, elle doit être interprétée restrictivement et limitée aux cas particuliers pour lesquels elle a été instituée²⁰⁹⁴.

²⁰⁹⁰ V. par ex., sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 : Cass. com., 6 mars 1984 précit. : D. 1984, jur. 566, note A. Honorat et D. Mas ; *ibid.* IR. 237, obs. P. Julien ; RTD civ. 1984. 568, obs. R. Perrot ; *ibid.* 779, obs. R. Perrot ; JCP (E) 1984. 2. 13403. – Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, v. : Cass. com., 3 mars 1992 précit. : Bull. civ. 4, n° 103, p. 182 ; D. 1992, jur. 345, note G. Bolard ; Rép. Def. 1992, art. 35382, p. 1380, obs. J.-P. Sénéchal.

²⁰⁹¹ A. FISSELIER, *op. cit.*, n° 224.

²⁰⁹² En ce sens : A. PERDRIAU et F. DERRIDA, note sous Cass. com., 17 fév. 1998 précit. in D. 1998. 274, spéc. n° 10.

²⁰⁹³ Cette règle de bonne logique a en effet, été très clairement affirmée, v. : Cass. civ., 26 juin 1882 : D.P. 1883. 1. 78. L'arrêt énonce : « *Attendu qu'il est de principe que la voie du recours en cassation est ouverte aux justiciables, pour cause de violation de la loi, contre toutes les décisions judiciaires, pourvu qu'elles soient définitives et rendues en dernier ressort ; Que toute exception à cette règle générale implique une restriction de l'exercice d'un droit et doit, dès lors, être rigoureusement limitée aux cas particuliers pour lesquels elle a été décidée (...)* ». – V. aussi : Cass. req., 12 janv. 1915 : D.P. 1916. 1. 13, note L. S. L'arrêt énonce : « *Attendu que la voie du recours en cassation est ouverte aux justiciables par l'art. 2 du décret du 1^{er} déc. 1790, et par l'art. 19 de la Constitution du 3 sept. 1791, contre les jugements rendus en dernier ressort par les tribunaux ; que ce droit de contrôle s'étend, en principe, à toutes les décisions rendues par les tribunaux français de l'ordre judiciaire, et qu'elles ne peuvent y être soustraites que par*

Cette règle fut expressément édictée par l'article 605 CPC. Cet article dispose :

« Le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'à l'encontre de jugements rendus en dernier ressort ».

1103. – A l'instar de la fonction de l'appel-nullité comme voie de recours subsidiaire, le pourvoi en cassation peut lui-même remplir cette fonction. Sur ce point, un auteur avait justement remarqué que le pourvoi en cassation étant *naturellement* une voie d'annulation, le mot « pourvoi-nullité » est un *pléonasme*²⁰⁹⁵. Ceci est vrai, mais le terme de « pourvoi-nullité » a été adopté par un *emprunt* à celui d'« appel-nullité » pour marquer le *caractère subsidiaire* de cette voie de recours.

En effet, le pourvoi en cassation comme voie de nullité devient recevable lorsque toute autre voie de recours est prohibée²⁰⁹⁶, et lorsque, *précisément*, l'appel-nullité, lui-même, *n'est pas recevable* pour sanctionner une décision entachée d'une illégalité flagrante.

Il faut au surplus souligner, que la recevabilité du pourvoi-nullité est, et doit demeurer, *exceptionnelle*²⁰⁹⁷.

1104. – Sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile, la jurisprudence décidait que les jugements rendus dans le cadre de l'article 703 dudit Code, étaient susceptibles d'un *pourvoi en cassation immédiat* lorsque le tribunal se rendait coupable d'un *excès de pouvoir*²⁰⁹⁸. L'excès de pouvoir est *notamment* constitué lorsque le tribunal statue *ultra petita*, ou alors lorsqu'il viole *de manière flagrante* la légalité, comme il en est notamment lorsque les jugements fixent à *plus de soixante jours* la date de la nouvelle audience.

une disposition expresse de la loi ». – V. aussi : Cass. civ., 12 mai 1812, cité par S. GUINCHARD, note sous Cass. 2^{ème} civ., 22 nov. 1989 in Rev. arb. 1990. p. 146, n° 5. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a affirmé « *qu'il est des attributions de la Cour de réprimer toutes les atteintes portées à la loi et l'exercice de cette attribution ne peut cesser que dans le cas d'une exception expresse et formelle* ». – V. aussi plus récemment : Cass. 1^{ère} civ., 4 mai 1971 : Bull. civ. 1, n° 146, p. 122. La Cour énonce dans un attendu de principe que : « *Le recours en cassation est ouvert, pour cause de violation de la loi, contre toutes les décisions judiciaires, pourvu qu'elles soient définitives et rendues en dernier ressort* » ; « *Que toute exception à cette règle générale implique une restriction de l'exercice d'un droit et doit, des lors, être rigoureusement limitée aux cas particuliers pour lesquels elle a été édictée* ».

²⁰⁹⁴ Cass. 2^{ème} civ., 4 mai 1971 : Bull. civ. 2, n° 146.

²⁰⁹⁵ G. BOLARD, note précit. sous Cass. com., 3 mars 1992 et 12 mai 1992 in D. 1992, jur. 346, 2^{ème} col.

²⁰⁹⁶ Rapp. : A. FISSELIER, *op. cit.*, n° 223.

²⁰⁹⁷ A. PERDRIAU, *Existe-t-il des "pourvois-nullité" ?*, D. 2002, chron. 1993, spéc. p. 1995, n° 19.

²⁰⁹⁸ Cass. 2^{ème} civ., 6 mai 1987 précit. : Gaz. Pal. 1987. 2. somm. 493 ; JCP 1987. 4. 236. En l'espèce, un juge a été saisi d'une demande de remise de la vente dans le cadre de l'article 703 de l'ancien CPC régissant la remise de la date d'adjudication a commis un excès de pouvoir car il a relevé d'office que la dette était éteinte et a ordonné la suppression de la poursuite. Sur ce grief constitutif d'excès de pouvoir, v. *supra* n° 862.

1105. – A l’instar de ce qui en est pour l’appel-nullité, le droit des entreprises en difficulté constitue un important domaine d’application du pourvoi-nullité.

Sous l’empire de la loi du 25 janvier 1985, un arrêt très remarqué du 12 mai 1992²⁰⁹⁹ affirma la recevabilité du pourvoi en cassation pour *faire constater la nullité d’une décision entachée d’excès de pouvoir*, dans une hypothèse où s’appliquait l’ancien article 173-2° de cette loi, texte qui autrefois *interdisait* le recours en cassation contre les jugements par lesquels le tribunal statue sur les recours formés contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire²¹⁰⁰.

La jurisprudence de l’arrêt du 12 mai 1992 fut réitérée par un arrêt de principe du 11 octobre 1994²¹⁰¹, dans une hypothèse où s’appliquaient les anciens articles 174 et 175 de cette même loi²¹⁰², interdisant le recours en cassation contre les jugements qui se prononcent sur le plan de cession d’une entreprise en redressement judiciaire.

²⁰⁹⁹ Cass. com., 12 mai 1992 précit. : Bull. civ. 4, n° 182 ; D. 1992, jur. 345, note G. Bolard ; Rép. Def. 1992, art. 35382, p. 1376, obs. J.-P. Sénéchal. En l’espèce, après le prononcé de la liquidation judiciaire, le juge-commissaire autorise le liquidateur à vendre de gré à gré le fonds de commerce du débiteur à deux époux. Une autre candidate à l’acquisition, la Société Paez, forma opposition à l’ordonnance pour voir autoriser la cession à son profit pour un prix plus élevé payé comptant, le tout sous réserve de l’obtention d’un prêt. Le tribunal fait droit à l’opposition et autorise la cession du fonds sous la condition posée par la Société Paez. Le liquidateur saisit alors le tribunal en rectification d’erreur matérielle pour que soit supprimée la condition de l’obtention d’un prêt. Dans un second jugement, le tribunal maintenait le prix mais l’a dit cette fois « payable comptant à la signature de l’acte » sans réserve aucune : il a donc retranché du dispositif la mention relative à l’obtention du prêt. Un pourvoi en cassation fut formé par la Société Paez contre ce jugement. Pour déclarer fondé ce pourvoi, la Cour de cassation énonce dans un attendu de principe que : « *si les dispositions de l’art. 173-2° de la loi n° 85-98 du 25 janv. 1985 prévoient que ne sont pas susceptibles de recours en cassation les jugements par lesquels le tribunal statue sur le recours formé contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire dans la limite de ses attributions, à l’exception de ceux statuant sur les revendications, aucune disposition ne peut interdire de faire constater, selon les voies de recours du droit commun, la nullité d’une décision entachée d’excès de pouvoir* ». Le tribunal n’avait pas « rectifié » le jugement, mais l’avait sous couvert de rectification d’erreur matérielle, bel et bien modifié, puisqu’il avait retranché du dispositif la mention relative à l’obtention du prêt. Il y avait ici *incontestablement* excès de pouvoir, puisque le tribunal était dessaisi du litige car il a statué dans un premier jugement. C’est un cas d’excès de pouvoir *au sens strict*. Le grief d’excès de pouvoir constituait notamment une violation des dispositions de l’article 462 CPC. Pour casser le jugement attaqué, l’arrêt énonce sous le visa des articles 1351 C. civ. et 462 CPC, que : « *le juge qui a rendu une décision ne peut, sous couvert de rectification d’erreur matérielle, la modifier par retranchement d’une partie de son dispositif ; – Attendu qu’en retranchant du dispositif de son premier jugement les mots « sous réserve de l’obtention d’un prêt », qui faisaient suite à l’autorisation donnée au liquidateur de vendre le fonds de commerce à la Société Paez moyennant une certaine somme payable comptant, le tribunal a excédé ses pouvoirs* ». Sur le texte de l’article 1351, v. *supra* note 993 sous n° 505. Et sur le texte de l’article 462, v. n° 1105.

²¹⁰⁰ Les dispositions de cet article avaient été reprises sans aucune modification, par l’article L. 661-5 C. com. Celui-ci a été abrogé par l’ordonnance du 18 décembre 2008. La solution de l’arrêt de la Chambre commerciale du 12 mai 1992 n’est donc plus d’actualité sur le point particulier relatif à l’application de l’article 173-2° C. com. En revanche, elle conserve une valeur certaine sur la question relative à la notion d’excès de pouvoir.

²¹⁰¹ Cass. com., 11 oct. 1994 précit. : Bull. civ. 4, n° 282, p. 226 ; D. 1995, jur. 297, rapp. J.-P. Rémy. En l’espèce, dans la procédure de redressement judiciaire d’une société, le tribunal a par un premier jugement du 25 avril 1988 passé en force de chose jugée, arrêté la cession de ses actifs au profit d’une autre société. Parmi ces actifs figuraient divers biens faisant partie du fonds de commerce cédé et nantis au profit d’un établissement de crédit (le Crédit d’équipement des petites et moyennes entreprises, ou CEPME). Cependant, le jugement n’a pas affecté une quote-part du prix de cession à chacun des biens pour la répartition du prix et l’exercice du droit de préférence du CEPME, comme le prévoyaient les dispositions de l’article 93, alinéa 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985. Sur requête de la société cessionnaire, le tribunal a, par un jugement du 16 juin 1992, « rectifié » sa précédente décision en fixant à une certaine somme la quote-part du prix de cession affectée à l’ensemble des biens grevés au profit du CEPME. Le commissaire

Il peut être déduit des deux arrêts du 12 mai 1992 et 11 octobre 1994 que la recevabilité du pourvoi-nullité, à l'exclusion de tout autre recours-nullité, est dictée par *la nature de l'objet du litige*. Sur ce point, la jurisprudence inaugurée par la Chambre commerciale dans l'arrêt du 6 mars 1984, et réaffirmée par celui du 3 mars 1992, demeure *fondamentale*. De ces décisions, il découle l'enseignement selon lequel, « les voies de recours du droit commun » peuvent être valablement employées pour faire sanctionner les décisions entachées d'excès de pouvoir. Celui-ci résultait dans les arrêts du 12 mai 1992 et 11 octobre 1994 de la violation *notamment*, de l'article 462 CPC²¹⁰³. Or, et l'arrêt du 11 octobre l'énonce clairement²¹⁰⁴ ; la voie de recours du droit commun recevable pour faire sanctionner selon l'article 462, la décision rectificative, est le *recours en cassation*. Le dernier alinéa de l'article 462 dispose :

« Si la décision rectifiée est passée en force de chose jugée, la décision rectificative ne peut être attaquée que par la voie du recours en cassation ».

1106. – Il est intéressant de remarquer, qu'à la différence de ce qui en est pour l'appel-nullité, aucune des décisions affirmant la recevabilité du pourvoi-nullité n'emploie explicitement ce terme pour désigner ce recours subsidiaire. Il est cependant évident de voir qu'il s'agit bien du *pourvoi voie d'annulation*, à l'instar de l'appel voie d'annulation.

à l'exécution du plan se pourvut en cassation contre ce dernier jugement. Pour admettre la recevabilité du pourvoi, reprenant le fameux attendu de l'arrêt du 6 mars 1984, la Cour énonce : « *Attendu, en premier lieu, que s'il résulte des dispositions des art. 174, al. 2 et 175 de la loi du 25 janv. 1985 qu'il ne peut être exercé de recours en cassation contre les jugements ou arrêts qui se prononcent sur la plan de cession d'une entreprise en redressement judiciaire, aucune disposition ne peut interdire de faire constater, selon les voies de recours du droit commun, la nullité d'une décision entachée d'excès de pouvoir* ». Puis la Cour poursuit sa motivation pour donner l'explication de la recevabilité, en l'occurrence, du pourvoi-nullité. Pour la suite de cet attendu, v. *supra* note 1646 sous n° 894.

Actuellement, la vente d'un bien grevé d'un privilège spécial est régie par l'article L. 626-22 C. com.

²¹⁰² Rappelons que les dispositions de l'article 174 de la loi du 25 janvier 1985 ont été reprises à l'article L. 661-6 C. com. Il faut donc considérer la jurisprudence relative à l'application de ce texte comme toujours valable.

²¹⁰³ Sur ce cas de figure constitutif d'excès de pouvoir, v. *supra*, n° 894. Le conseiller Rémerly avait considéré qu'il y avait en l'espèce, « un détournement de la procédure de rectification », et donc, selon lui, un excès de pouvoir. Il conclut à l'existence de l'excès de pouvoir et la cassation du jugement attaqué, v. : J.-P. Rémerly, concl. pour l'arrêt rapporté in D. 1995, jur. 298, 1^{ère} col.

²¹⁰⁴ Contrairement à l'arrêt de la Chambre commerciale du 12 mai 1992, celui du 11 octobre 1994 possède le mérite d'avoir éclairci la question de recevabilité du pourvoi en cassation en se référant à la jurisprudence du 6 mars 1984 et aux dispositions de l'article 462 CPC. Dans la suite de son attendu sur la recevabilité du pourvoi, l'arrêt énonce : « *qu'en second lieu, que si la décision rectifiée est passée en force de chose jugée, comme en l'espèce, la décision rectificative ne peut être attaquée, en vertu de l'article 462, al. 5, CPC, que par la voie du recours en cassation, qui constitue dès lors, la voie de recours de droit commun pour faire constater la nullité de la décision rectificative pour excès de pouvoir ; d'où il suit que le pourvoi est recevable* ».

1107. – La deuxième Chambre civile a ainsi jugé, par un arrêt du 29 mars 1995²¹⁰⁵, que le pourvoi en cassation devient recevable, *nonobstant l'interdiction de tout recours*, dans une hypothèse où s'appliquait l'article 1457 CPC, texte interdisant tout recours contre les ordonnances rendues par le président du tribunal de première instance dans l'exercice de sa fonction d'assistance à l'arbitrage, pour sanctionner par la *nullité* l'arrêt d'appel qui, en *violation des termes clairs d'une clause compromissoire*, a désigné le président d'un tribunal *autre* que celui désigné par les parties dans la convention d'arbitrage qui liait celles-ci. Le pourvoi en cassation sanctionnera ainsi en tant que pourvoi-nullité la décision incriminée, entachée d'excès de pouvoir.

Nous examinerons dans ce qui va suivre la manière par laquelle s'est faite en jurisprudence (par. 1^{er}), la consécration de la recevabilité du pourvoi en cassation en tant que voie de recours subsidiaire, puis la question de la subsidiarité de cette voie de recours (par. 2).

²¹⁰⁵ Cass. 2^{ème} civ., 29 mars 1995 : Rev. arb. 1995. 605 ; D. 1996, jur. 153, note G. Bolard. Le sens de cet arrêt a été relativisé ; on a estimé qu'il *suggère seulement* la recevabilité d'un pourvoi-nullité. C'est la première fois, à notre connaissance, qu'un pourvoi-nullité a été jugé recevable dans une hypothèse où s'appliquait l'article 1457. Le plus souvent, lorsqu'un excès de pouvoir est reproché au Président du tribunal de grande instance lors de l'exercice de ses pouvoirs comme juge d'appui à l'arbitrage, c'est l'appel-nullité qui est jugé recevable pour sanctionner ce vice car c'est l'ordonnance rendue par celui-ci qui fait l'objet de l'appel.

V. aussi qui approuve cet arrêt : D. FOUSSARD, *op. cit.*, p. 609.

Par. 1^{er} : La consécration de la recevabilité du pourvoi-nullité : l'application du droit commun des voies de recours.

1108. – La consécration du pourvoi en cassation comme voie de nullité recevable, à *défaut de toute autre voie de recours*, pour censurer les violations de la loi, a été affirmée par un ancien arrêt de principe du 10 novembre 1947, précédemment cité²¹⁰⁶. Ainsi sur la recevabilité du pourvoi, cet arrêt énonce : « *Attendu qu'à défaut de toute autre disposition législative formelle contraire, doit être reçu, conformément au droit commun, le recours en cassation contre une décision d'appel rendue dans une instance en nullité d'une sentence arbitrale formée par la voie d'opposition à l'ordonnance d'exécution de ladite sentence* ». Bien que rendu sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile et, en matière d'arbitrage, cette décision conserve toujours un rayonnement et une portée *certaines* et peut valablement aujourd'hui servir de *principe de solution*²¹⁰⁷. En effet, elle se réfère au droit commun des voies de recours, cette référence au droit commun a le mérite de donner à la solution une valeur et portée *hautement invariables*.

1109. – Aussi, nous pensons que par cette solution, l'arrêt de la Chambre commerciale du 10 novembre 1947 a posé *les bases* d'une jurisprudence aujourd'hui constante en matière de procédures collectives, inaugurée par le fameux arrêt de la Chambre commerciale du 6 mars 1984²¹⁰⁸, et en vertu de laquelle, « *aucune disposition régissant les procédures collectives n'interdit de faire constater, selon les voies de recours du droit commun, la nullité d'un jugement entaché d'une illégalité grossière* ». La référence faite ici aux voies de recours du droit commun est d'une *importance primordiale*. C'est le recours *au droit commun des voies de recours* qui permettra de sanctionner *dans tous les cas*, l'illégalité, et ceci, sans le besoin du support d'une voie de recours ouverte par la loi ou d'un texte particulier. Ceci est encore une autre preuve et manifestation de la subsidiarité du droit commun, le droit commun dans sa généralité²¹⁰⁹, et celui des voies de recours plus particulièrement.

²¹⁰⁶ Cass. com., 10 nov. 1947 précit. : D. 1948, jur. 16. Sur cet arrêt, v. *supra* note 1477 sous n° 825.

²¹⁰⁷ Rapp. : J.-F. MARTIN, note sous Cass. com., 15 juill. 1987 in Gaz. Pal. 1987. 2. 676, 2^{ème} col. – Boré, Rép. proc. civ., v° Cassation, pourvoi.

²¹⁰⁸ Cass. com., 6 mars 1984 précit. : D. 1984, jur. 566, note A. Honorat et D. Mas ; *ibid.* IR. 237, obs. P. Julien ; RTD civ. 1984. 568, obs. R. Perrot ; *ibid.* 779, obs. R. Perrot ; JCP (E) 1984. 2. 13403.

²¹⁰⁹ Un titre à part sera en effet consacré à la subsidiarité du droit commun et ses illustrations dans les différentes branches du droit. V. *infra* n° 1198 et s.

1110. – Le pourvoi en cassation a de même été juge recevable pour annuler un jugement de première instance, *entaché d'excès de pouvoir*, rendu sur un appel exercé contre une sentence arbitrale, dans un cas où la loi *prohibait le pourvoi en cassation* contre les sentences arbitrales, ainsi que le pourvoi en cassation contre les jugements rendus par le tribunal de première instance au sujet de celles-ci²¹¹⁰.

1111. – Appliquant les principes dégagés par l'arrêt précité du 10 novembre 1947, la Cour de cassation a, par un arrêt très remarqué du 30 mars 1993²¹¹¹, décidé qu'était recevable le pourvoi en cassation, pourvoi-nullité, pour faire constater la *nullité* d'un arrêt dans lequel une cour d'appel qui saisie d'un appel-nullité d'une décision rendue sur recours formé contre une ordonnance du juge-commissaire ayant refusé un relevé de forclusion d'une déclaration de créance²¹¹², annula cette décision puis, en violation des textes régissant les procédures collectives, *statua sur le fond du litige*, se rendant à son tour *coupable d'excès de pouvoir*. Le pourvoi en cassation devient recevable dans le cas où tout recours est interdit, pour sanctionner par la voie d'un recours subsidiaire l'arrêt qui a lui-même statué sur un recours subsidiaire.

²¹¹⁰ Cour rév. Monaco, 23 oct. 1975 : D. 1976, jur. 333, note J.-P. Sortais. La Cour énonce : « *Attendu que la banque de financement industriel (la défenderesse) soutient qu'est irrecevable, en vertu de l'article 965 CPC, le pourvoi en révision contre le jugement du 13 déc. 1974 du tribunal de première instance de Monaco, qui, faisant droit à l'appel, a déclaré nulles deux sentences arbitrales relatives à un litige entre elles et le sieur Roudy (le demandeur)* ». Et la Cour de décider, sur la recevabilité du pourvoi que : « *Mais attendu qu'est recevable le pourvoi sur la recevabilité de l'appel d'un jugement arbitral ; déclare le pourvoi recevable* ». Même s'il se rapporte au droit monégasque, cet arrêt est une décision de principe et demeure d'un apport assez important à l'égard du droit français. La raison principale réside dans le fait d'avoir affirmé la recevabilité du pourvoi en cassation alors que celle-ci était discutée car l'article 965 du Code de procédure civile monégasque toujours en vigueur, qui était applicable au litige, dispose :

« Les jugements arbitraux ne seront pas susceptibles de pourvoi en révision. Il en sera de même des jugements rendus par le tribunal de première instance à leur sujet par application des articles précédents ». En l'espèce, le tribunal de première instance avait été saisi par des conclusions d'irrecevabilité de l'appel exercé contre les sentences arbitrales litigieuses. Il ne répondit pas à ce moyen préalable et les avait déclarées nulles ; il avait ainsi *commis un excès de pouvoir*, car il s'est arrogé le pouvoir de statuer sur une matière où il n'avait pas ce pouvoir. C'est ce qui a justifié la recevabilité du pourvoi devant la Cour de révision, et par la suite l'*annulation* du jugement litigieux sur ce point précis.

Soulignons qu'il existe en droit français des dispositions législatives qui peuvent valablement se recommander de la solution retenue par l'arrêt de la Cour de révision de Monaco du 23 octobre 1975. En effet, l'article 1481 CPC dispose :

« La sentence arbitrale n'est pas susceptible d'opposition ni de pourvoi en cassation ».

La solution préconisée par cet arrêt aura vocation à s'appliquer à toutes les hypothèses où le pourvoi en cassation contre une décision judiciaire est prohibé, et que se trouve commis un *excès de pouvoir*.

Rappelons que le Code de procédure civile monégasque qui a été promulgué le 5 septembre 1896 est toujours en vigueur, et le titre unique du Livre troisième de ce Code qui est relatif aux « arbitrages en matière civile et en matière commerciale » a été ajouté par la loi du 22 janvier 1930.

²¹¹¹ Cass. com., 30 mars 1993 précit. : Bull. civ. 4, n° 131, p. 88 ; D. 1993, IR. 131. En l'espèce, une société a demandé à être relevée de la forclusion affectant sa déclaration de créances au passif du redressement judiciaire de sa débitrice. Le juge-commissaire a refusé le relevé de forclusion. La créancière forma alors opposition contre l'ordonnance du juge-commissaire devant le tribunal de la procédure collective. Le tribunal a déclaré cette opposition irrecevable. La société créancière a saisi la cour d'appel lui demandant de statuer sur le relevé de forclusion. La cour d'appel a annulé le jugement et a accueilli la demande de relevé de forclusion. Un pourvoi en cassation fut formé par l'administrateur judiciaire contre

Dans cette hypothèse, il n'existe en effet que le pourvoi-nullité pour sanctionner, en tant que *voie de recours du droit commun*, l'excès de pouvoir dont est entaché l'arrêt d'appel. Celui-ci qui devait sanctionner l'illégalité a commis lui-même une illégalité, un excès de pouvoir, ce qui a nécessité l'exercice de *la voie de recours subsidiaire* qu'est le pourvoi en cassation afin de, *l'annuler*²¹¹³.

l'arrêt d'appel. Sur la recevabilité de ce pourvoi, la Cour de cassation énonce que : « *si les dispositions de l'article 173-2° de la loi du 25 janvier 1985 énoncent que ne sont pas susceptibles d'appel ou de recours en cassation les jugements par lesquels le Tribunal statue sur le recours formé contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire dans la limite de ses attributions, (...), aucune disposition ne peut interdire de faire constater, selon les voies de recours du droit commun, la nullité d'une décision entachée d'excès de pouvoir ; tel est le cas du pourvoi qui reproche à l'arrêt d'avoir statué dans une matière où la cour d'appel était incompétente* ». Et pour casser l'arrêt d'appel, la Cour, sous le visa des articles 173-2° de la loi du 25 janvier 1985 et 25, al. 3 du décret du 27 décembre 1985, énonce : « *Attendu qu'après avoir annulé, à bon droit, le jugement du Tribunal, la cour d'appel, pour relever la Sicobois (la créancière) de la forclusion, énonce que l'appel est général et que les parties ont conclu sur le fond* », et décide : « *qu'en statuant ainsi, alors qu'aucune disposition de la loi du 25 janvier 1985 ou du décret du 27 décembre 1985 ne donne compétence à la cour d'appel pour statuer en matière de forclusion, l'arrêt a violé les textes susvisés* ».

Actuellement, la procédure de déclaration de créances est régie par les articles L. 622-24 à L. 622-27 C. com. Le texte qui régit l'action en relevé de forclusion est l'article L. 622-26. Celui-ci a été modifié par la loi du 12 mai 2009. L'article L. 622-26 dispose :

« A défaut de déclaration dans les délais prévus à l'article L. 622-24, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion s'ils établissent que leur défaillance n'est pas due à leur fait ou qu'elle est due à une omission volontaire du débiteur lors de l'établissement de la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-6 (...) ».

« Les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus (...) ».

« L'action en relevé de forclusion ne peut être exercée que dans le délai de six mois. Ce délai court à compter de la publication du jugement d'ouverture ou, pour les institutions mentionnées à l'article L. 143-11-4 du Code du travail, de l'expiration du délai pendant lequel les créances résultant du contrat de travail sont garanties par ces institutions (...) ».

Certains textes sont demeurés tels qu'ils résultent de la loi du 26 juillet 2005, d'autres ont été modifiés par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Néanmoins, il est toujours possible d'affirmer qu'aujourd'hui la Cour d'appel *n'est toujours pas compétente* pour statuer en matière de relevé de forclusion. Ceci permet d'affirmer que la solution posée par la décision du 30 mars 1993 concernant l'incompétence de la Cour d'appel en cette matière, demeure valable aujourd'hui.

V. déjà en matière de procédures collectives : Cass. com., 9 juin 1992 précit., n° de pourvoi : 90-14.905 ; D. 1992, IR. 228. Cet arrêt a décidé que le jugement arrêtant le plan de cession d'une entreprise est susceptible de pourvoi en cassation, *en cas d'excès de pouvoir*.

²¹¹² Rappelons que sur ce point particulier, cette jurisprudence n'est plus d'actualité puisque l'ordonnance du 18 décembre 2008 a abrogé l'article L. 661-5 C. com. Désormais et en vertu respectivement des articles R. 642-37-1 et R. 642-37-3, al. 2 C. com., les recours contre les ordonnances du juge-commissaire rendues en application des articles L. 642-18 et L. 642-19 C. com., sont formés directement devant la cour d'appel. Malgré ceci, la décision du 30 mars 1993 conserve une valeur certaine car elle affirme la solution de principe de *recevabilité des voies de recours du droit commun* pour faire constater la nullité des décisions entachées d'excès de pouvoir, ou même, violant un principe fondamental de procédure civile.

²¹¹³ La Cour de cassation a en effet par l'arrêt du 30 mars 1993, cassé sans renvoi l'arrêt d'appel en application de l'article 627 CPC.

1112. – Aussi, dans la droite ligne de cette jurisprudence, a été rendu l'arrêt précité du 29 mars 1995²¹¹⁴ qui avait consacré la recevabilité du pourvoi en cassation, nonobstant l'interdiction de tout recours édictée par l'article 1457 CPC, pour sanctionner l'arrêt *entaché d'excès de pouvoir*, rendu par une cour d'appel dans le cadre de sa fonction d'appui à l'arbitrage.

Ce courant jurisprudentiel, si cohérent, en consacrant la recevabilité du pourvoi en cassation en l'interdiction de tout recours, pour sanctionner l'excès de pouvoir et l'illégalité *flagrante*, a fait application d'un *principe général du droit*²¹¹⁵.

1113. – Par ailleurs, la jurisprudence criminelle est également d'un important apport dans l'affirmation de la recevabilité de principe du pourvoi-nullité. C'est ainsi que sous l'empire de l'ancienne loi du 10 mars 1927 dont l'article 16 interdisait tout recours contre l'avis motivé de la Chambre de l'instruction – anciennement, Chambre d'accusation – sur la demande d'extradition²¹¹⁶, la Cour de cassation a affirmé que le pourvoi-nullité demeure recevable, *en vertu des principes généraux du droit*, lorsqu'existerait une violation de la loi qui « serait de nature à priver la décision rendue des conditions essentielles de son existence »²¹¹⁷. Notons la minutie avec laquelle la Cour de cassation choisit ses mots ; la formule fait état d'une décision de justice *privée des éléments essentiels de son existence* ce qui évoque très clairement la théorie de *l'inexistence*, et, non moins importante est la référence faite aux « principes généraux du droit »²¹¹⁸.

²¹¹⁴ Cass. 2^{ème} civ., 29 mars 1995 précit. : Rev. arb. 1995. 605 ; D. 1996, jur. 153, note G. Bolard.

²¹¹⁵ Rappr. : J.-P. SORTAIS, note sous Cour rév. Monaco, 23 oct. 1975 précit. in D. 1976, jur. 333, note J.-P. Sortais.

²¹¹⁶ La loi du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers a été abrogée par l'article 20 de la loi n° 204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que l'article 16 précité interdisant tout recours contre l'avis motivé de la Chambre d'accusation sur la demande d'extradition, *excluait le recours en cassation*, v. : Cass. crim., 23 fév. 1978 : Bull. crim., n° 71, p. 174.

²¹¹⁷ Cass. crim., 17 mai 1984 : Bull. crim., n° 183, p. 473 ; D. 1984, jur. 536, note W. Jeandidier. La Cour de cassation énonce dans un attendu de principe que : « *Considérant que si, aux termes de l'article 16 de la loi du 10 mars 1927, l'avis motivé de la Chambre d'accusation sur la demande d'extradition est rendu sans recours, il résulte des principes généraux du droit que cette disposition n'exclut pas le pourvoi en cassation lorsque celui-ci est fondé sur une violation de la loi qui, à la supposer établie, serait de nature à priver la décision rendue des conditions essentielles de son existence* ». Cette jurisprudence fut fidèlement suivie dans des décisions ultérieures. V. qui reprennent textuellement le même attendu : Cass. crim., 6 oct. 1986 : Bull. crim. n° 269, p. 679. – Cass. crim., 5 nov. 1986 : Bull. crim. n° 325, p. 831. – Cass. crim., 2 oct. 1987 : Bull. crim. n° 329, p. 883.

Et pour une affirmation implicite de la solution, v. : Cass. crim., 19 nov. 1985 : Bull. crim. n° 362. – Cass. crim., 17 mars 1987 : Bull. crim. n° 127, p. 359. – Cass. crim., 10 mai 1988 : Bull. crim. n° 201, p. 521. – Cass. crim., 12 déc. 1989 : Bull. crim. n° 475, p. 1160. – Cass. crim., 18 juin 2003 : Bull. crim. n° 128, p. 498.

²¹¹⁸ V. aussi la référence faite aux principes généraux du droit pour un *autre* recours-nullité, *infra* n°s 1141 et s.

1114. – L'article 16 en question fut remplacé par les articles 696-14 et 696-15 C. proc. pén., textes mis en place par la loi du 9 mars 2004. Le premier de ces textes concerne le cas où la personne réclamée déclare consentir à être extradée²¹¹⁹, le second concerne au contraire le cas où celle-ci déclare au procureur général ne pas consentir à son extradition²¹²⁰.

En son alinéa deuxième, le nouvel article 696-14 *interdit tout recours* contre l'arrêt de la Chambre de l'instruction. Nous pensons donc que la jurisprudence construite sous l'empire de l'ancienne loi du 10 mars 1927, *demeure toujours valable*. Cette jurisprudence fut en effet réaffirmée, bien que ce fût de manière implicite, par un arrêt du 16 janvier 2008²¹²¹.

Quant au nouvel article 696-15, il est intéressant de noter que son dernier alinéa consacre *de manière législative* la jurisprudence construite et adoptée de manière constante sous l'empire de la loi du 10 mars 1927. Ce texte dispose :

« Le pourvoi formé contre un avis de la Chambre de l'instruction ne peut être fondé que sur des vices de forme de nature à priver cet avis des conditions essentielles de son existence légale »²¹²².

1115. – *Bien que se rapportant au droit criminel*, ces données du droit positif enseignent beaucoup sur la théorie du pourvoi-nullité. Ce n'est pas au fond du droit – droit pénal – que l'importance doit être accordée, mais à l'interdiction de tout recours s'appliquant aux arrêts rendus par la Chambre de l'instruction. C'est ceci qui donne toute son importance à la recevabilité du pourvoi en cassation comme *voie de recours subsidiaire*.

²¹¹⁹ L'article 696-14 C. proc. pén. dispose : « Si, lors de sa comparution, la personne réclamée déclare consentir à être extradée et que les conditions légales de l'extradition sont remplies, la Chambre de l'instruction, après avoir informé cette personne des conséquences juridiques de son consentement, lui en donne acte dans les sept jours à compter de la date de sa comparution (...).

L'arrêt de la chambre de l'instruction n'est pas susceptible de recours ».

²¹²⁰ L'article 696-15 du même Code dispose respectivement en ses alinéas premier et deuxième :

« Lorsque la personne réclamée a déclaré au procureur général ne pas consentir à son extradition, la Chambre de l'instruction est saisie, sans délai, de la procédure (...).

« Si, lors de sa comparution, la personne réclamée déclare ne pas consentir à être extradée, la Chambre de l'instruction donne son avis motivé sur la demande d'extradition (...) ».

²¹²¹ Cass. crim., 16 janv. 2008, n° de pourvoi : 07-87.495. Pour rejeter le pourvoi contre l'arrêt de la Chambre de l'instruction, cet arrêt énonce : « *Attendu que le moyen, qui revient à critiquer les motifs de l'arrêt qui se rattachent directement et servent de support à l'avis de la Chambre de l'instruction sur la suite à donner à la demande d'extradition, est irrecevable en application de l'article 696-14, al. 2 C. proc. pén. ;*

Et attendu que l'arrêt a été rendu par une Chambre de l'instruction compétente et composée conformément à la loi, et que la procédure est régulière ».

²¹²² Pour une application fidèle de l'article 696-15 précité, v. par ex. : Cass. crim., 16 sept. 2009 : Bull. crim., n° 156. La Cour y énonce : « *Attendu que l'arrêt d'une Chambre de l'instruction, statuant en matière d'extradition, doit répondre en la forme aux conditions essentielles de son existence légale* ».

Par. 2 : La subsidiarité du pourvoi-nullité.

1116. – La jurisprudence a affirmé de manière très claire la subsidiarité du pourvoi en cassation. Dans ce cas, il sera qualifié de « pourvoi-nullité ».

La Cour de cassation avait décidé que « *même lorsque la loi prohibe tout recours, le pourvoi en cassation demeure recevable pour incompétence ou violation d'un principe d'ordre public* »²¹²³.

La jurisprudence ancienne décidait déjà que si un jugement pouvait faire l'objet d'un appel, *il ne pouvait donc être attaqué par la voie du recours en cassation*²¹²⁴.

La jurisprudence actuelle énonce de son côté, que « *la voie de cassation n'est ouverte que lorsque toutes les autres sont fermées* »²¹²⁵.

La Cour de cassation décide de même que, n'est pas recevable le pourvoi en cassation contre un jugement rendu par défaut dès lors qu'il n'est pas justifié de l'expiration des délais d'opposition²¹²⁶, ce qui au demeurant ne constitue qu'une *conséquence* de la règle précitée et repose sur deux textes que sont les articles 605 et 613 CPC²¹²⁷.

1117. – Puisque la subsidiarité de l'appel a été affirmée, sans aucune réserve, par la jurisprudence, ce qui donne à cette voie de recours la qualification d'*appel-nullité*, la question va inévitablement se poser sur la possibilité d'un *choix* entre ces deux voies de recours, *tous les deux caractérisés par leur subsidiarité*. Et on pourrait se demander s'il n'existe pas une *hiérarchie* entre l'appel-nullité et le pourvoi-nullité.

²¹²³ Cass. soc., 25 juin 1959 : Bull. civ. 4, n° 809.

²¹²⁴ V. par ex. : Cass. civ., 14 juin 1887 : S. 1890. 1. 434.

²¹²⁵ V par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 20 oct. 1977 : D. 1978, jur. 129, note P. J. ; *ibid.* 1978, IR. 271, obs. J.-Cl. Groslière. – Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 1979 : Bull. civ. 2, n° 39, p. 29 ; D. 1979, IR. 249. – Cass. com., 19 oct. 1993 : Bull. civ. 4, n° 344, p. 249. – Cass. com., 11 janv. 1994 : Bull. civ. 4, n° 14, p. 11. – Cass. com., 31 mai 1994 précit. : D. 1994, IR. 221. – Cass. com., 20 juin 1995 : Gaz. Pal. 1996. 1. pan. 51. – Cass. com., 5 mars 1996 précit. : Gaz. Pal. 1996. 1. somm. 93. – Cass. com., 26 juin 2001 (1^{ère} esp.) précit. : JCP 2002. 2. 10096, note A. Perdriau. – Cass. com., 9 déc. 2008, n° de pourvoi : 07-19.388.

V. aussi qui approuve cette solution : A. PERDRIAU, *Existe-t-il des "pourvois- nullité" ?*, *op. cit.*, p. 1993, n° 4.

²¹²⁶ Cass. 2^{ème} civ., 18 janv. 1989 : JCP 1989. 2. 21274. Cet arrêt constitue la continuation d'une jurisprudence bien établie, v. par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 5 fév. 1954 : Bull. civ. 2, n° 53, p. 35. – Cass. 2^{ème} civ., 16 mars 1961 : Bull. civ. 2, n° 231, p. 166.

²¹²⁷ L'article 613 CPC dispose que : « le délai court, à l'égard des décisions par défaut, à compter du jour où l'opposition n'est plus recevable ». Pour le texte de l'article 605 du même Code, v. *supra* n° 1102.

Il est vrai que la voie de la cassation est reconnue être, comme *l'archétype de la voie d'annulation*²¹²⁸ ; ceci se manifestait surtout autrefois dans la jurisprudence relative aux jugements rendus par les juges de paix, lorsque ceux-ci étaient *entachés d'excès de pouvoir*. Et c'est ce que tend à accréditer aujourd'hui une doctrine autorisée²¹²⁹.

1118. – En dépit de l'autorité attachée à cette opinion et de l'autorité de l'histoire, il semble que la jurisprudence adopte une position qui *favorise* l'application de l'appel-nullité par préférence au pourvoi-nullité.

En effet, ceci peut être déduit de la solution donnée par la jurisprudence ancienne précitée, ainsi que de la jurisprudence actuelle, précédemment analysée, sur les applications de l'appel-nullité²¹³⁰. Celle-ci fait, sans aucun doute, prévaloir la voie de l'appel-nullité sur celle du pourvoi-nullité.

Et nous pensons donc, que la recevabilité de l'appel-nullité exclut *nécessairement* celle du pourvoi-nullité. Et c'est ce qui fait du pourvoi-nullité une voie de recours *subsidaire* par rapport à l'appel-nullité ; il ne pourra prospérer que lorsque toutes les voies de recours ordinaires, y compris – bien entendu – l'appel-nullité, ont été épuisées²¹³¹.

1119. – De plus, la reconnaissance par la Cour de cassation d'un effet dévolutif pour le tout pour l'appel-nullité²¹³², marque sa volonté *de faire prévaloir* cette voie de recours sur le pourvoi-nullité²¹³³. En effet, l'application de l'effet dévolutif pour le tout pour l'appel-nullité, permet aux juges du fond de connaître, après l'annulation du jugement, du fond du litige, ce que la Cour de cassation est *absolument impuissante de faire*. Ceci justifie parfaitement le bien-fondé de la solution adoptée.

Après l'examen de la question de la subsidiarité du pourvoi en cassation, il convient à présent d'étudier la tierce opposition en tant que *voie de recours subsidiaire*, et ses effets.

²¹²⁸ L'expression est de Ch. LEFORT, thèse précit., p. 885, n° 1059.

²¹²⁹ V. par ex. : L. CADIET, *L'évolution de l'appel-nullité dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises*, art. précit., n°s 36 et 39. – A. PÉRDRIAU, *Pour une limitation des appels-nullité*, art. précit., n°s 6 à 12.

²¹³⁰ Sur cette jurisprudence, v. *supra* n°s 1035 et s.

²¹³¹ Ch. LEFORT, thèse précit., n° 1060.

²¹³² Sur cette question, v. *supra* n°s 1078 et 1079.

²¹³³ Rapp. : Ch. LEFORT, thèse précit., n° 1060.

Section 2 : La tierce opposition-nullité.

1120. – La notion de tierce opposition-nullité paraît de prime abord *contestable*²¹³⁴. En effet, il pourrait apparaître surprenant, voire *paradoxal*, d'associer la tierce opposition à la nullité.

La tierce opposition est, en vertu de l'article 582 CPC, une voie de recours qui « tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque », et qu'ainsi, à la différence de l'appel, *l'annulation n'est pas de ses effets*. L'existence de cette voie de recours en tant que *voie d'annulation*, a néanmoins été affirmée par la jurisprudence²¹³⁵. Il serait pour cette raison, intéressant d'étudier la tierce opposition-nullité en tant que *voie de recours subsidiaire*, qu'en tant que *voie de nullité* dirigée contre la décision attaquée.

1121. – Précisons concernant l'effet de nullité, qu'autrefois s'était posée en jurisprudence la question de la distinction entre la tierce opposition pour *nullité du jugement* et, la tierce opposition pour *mal fondé* de celui-ci. Ce fut plus précisément dans une espèce où il était question de savoir si un tiers pouvait écarter, *pour nullité*, un jugement atteint de péremption, *sans en avoir à en démontrer le mal fondé*, que cette distinction s'était révélée²¹³⁶. Lorsqu'il s'agit de tierce opposition *pour nullité*, les tiers pourraient invoquer les *nullités absolues*²¹³⁷ de jugement ; alors que lorsqu'il s'agit de tierce opposition *pour mal fondé*, ceux-ci devraient s'attaquer au fond du droit, ce qui au demeurant est beaucoup plus difficile. Ceci dit, il faut souligner *que ce n'est pas de la tierce opposition pour nullité prise dans ce sens précis*, dont il sera question dans la présente section, mais bien, de la tierce opposition-nullité en tant que *voie de recours subsidiaire*.

²¹³⁴ G. WIEDERKEHR, obs. précit. pour CA Aix-en-Provence, 15 nov. 1993 in Justices 1995. 253. – F. DERRIDA, note sous CA Versailles, 14 janv. 1987 in D. 1987, jur. 251, note 1.

²¹³⁵ Un éminent auteur a admis que la tierce opposition-nullité puisse aboutir *véritablement* à l'annulation de la décision attaquée ; il explique que si les conditions de la tierce opposition sont réunies telles que l'intérêt à agir, et, les formes et délais respectés, le tribunal devait *annuler* la décision attaquée, v. : F. DERRIDA, note précit. sous CA Versailles, 14 janv. 1987 : D. 1987, jur. 251, note 1.

²¹³⁶ Trib. Seine, 9 mars 1923 : RTD civ. 1925. 422, obs. R. Japiot. En l'espèce, un jugement avait attribué un père, X., à un enfant naturel reconnu par la mère et inscrit à l'état civil sans désignation de père. Ce jugement avait été rendu sur la demande de déclaration de paternité et allocation d'une pension formée par la mère ; le défendeur n'avait pas comparu. La mère n'avait fait ensuite aucun acte pour exécuter le jugement contre le père, X., qui n'avait pas donné signe de vie. Elle s'était ultérieurement mariée avec un individu, Y., qui avait reconnu le même enfant et l'avait légitimé par ce mariage, comme étant de lui. Ce second père avait formé tierce opposition, en mettant en cause sa femme et le premier père, contre le jugement attribuant à celui-ci la paternité de l'enfant. Le tribunal a admis la tierce opposition ; il énonce : « *Attendu que le premier jugement ne pouvait avoir aucune valeur, puisque, rendu par défaut, il aurait dû être exécuté dans les six mois de sa date (art. 156 anc. CPC)* ». Et le tribunal de décider que : « *le jugement serait nul et de nul effet à l'égard du demandeur, et fait défense à la mère sous peine de nullité et de dommage-intérêts de l'exécuter à l'encontre des droits du demandeur* ». Le commentateur de l'arrêt a estimé que le jugement paraît fournir la péremption comme *motif important* à la recevabilité de la tierce

Nous examinerons en premier lieu le domaine d'application de cette voie de recours au regard de la loi nouvelle de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 et de ses modifications (par. 1^{er}), pour par la suite étudier la manière par laquelle la jurisprudence a consacré sa recevabilité (par. 2).

Par. 1^{er} : Le domaine d'application de la tierce opposition-nullité.

1122. – Il n'est pas envisageable de parler de renonciation à la tierce opposition comme il peut en être de l'appel, car par hypothèse, la tierce opposition est ouverte par la loi à toute personne tierce, non partie au jugement qu'elle attaque, donc il s'agit de quelqu'un d'indéfini.

Parler de tierce opposition-nullité suppose que la loi ait fermé la voie de la tierce opposition, et qu'il ne reste ainsi ouvert au tiers auquel le jugement litigieux préjudicie que le recours-nullité pour attaquer celui-ci.

1123. – On peut aussi se demander si l'interdiction de l'appel entraîne qu'à l'égard des tiers la voie de la tierce opposition soit de même fermée, et que par conséquent, il ne leur reste que celle de la tierce opposition-nullité pour attaquer la décision qui leur fait grief, ou alors, s'il faut raisonner à partir du principe de *l'interprétation restrictive* de l'interdiction des voies de recours, et considérer que l'interdiction de l'appel *n'a pas pour effet d'interdire le recours en tierce opposition*.

C'est la première solution qui devait naturellement prévaloir. Elle trouve sa base dans les dispositions combinées de deux textes principaux en la matière. Il s'agit des articles 583 et 585 CPC. Le premier de ces textes dispose en son premier alinéa que :

« Est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque ».

Le second dispose que :

« Tout jugement est susceptible de tierce opposition si la loi n'en dispose autrement ».

opposition pour nullité, sinon comme motif *essentiel*, v. : R. JAPIOT, obs. pour Trib. Seine, 9 mars 1923 in RTD civ. 1925. 429, 2^{ème} col.

²¹³⁷ Elles se rattachent aux hypothèses de jugements entachés de nullités *d'ordre public*, notion que suggère la méthode d'étude consistant à prendre la théorie des nullités d'actes de droit du fond pour examiner s'il y a une théorie symétrique des nullités de jugements. S'il y a symétrie, de même qu'une nullité absolue de contrat peut être invoquée par les tiers, de même une nullité absolue de jugement pourrait l'être par des tiers, v. : R. JAPIOT, obs. précit. pour Trib. Seine, 9 mars 1923 in RTD civ. 1925. 424, 1^{ère} col. Sur la jurisprudence affirmant la recevabilité de la tierce opposition-nullité, v. *infra* n^{os} 1129 et s.

1124. – Le droit des entreprises en difficulté étant le domaine de prédilection de l'interdiction de l'appel, il nous faut examiner si ceci est vrai et dans quelle mesure, en ce qui concerne le recours en tierce opposition.

La loi nouvelle de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a introduit dans le Code de commerce le nouvel article L. 661-3. Cet article a réalisé un *changement notable* par rapport à la loi antérieure, en l'occurrence l'ancien article L. 623-3 C. com. Désormais, la tierce opposition est ouverte contre les décisions arrêtant ou modifiant le plan de sauvegarde. L'article L. 661-3 C. com. dispose :

« Les décisions arrêtant ou modifiant le plan de sauvegarde ou de redressement ou rejetant la résolution de ce plan sont susceptibles de tierce opposition. Le jugement statuant sur la tierce opposition est susceptible d'appel et de pourvoi en cassation de la part du tiers opposant (...) ».

Ceci est le texte de l'article L. 661-3 C. com. dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008.

Cette ordonnance prise pour réformer le droit des entreprises en difficulté, a, en effet, ajouté un nouvel alinéa à cet article duquel il résulte l'interdiction de la tierce opposition contre les décisions rejetant l'arrêté ou la modification du plan de sauvegarde. Cet alinéa dispose :

« Il ne peut être exercé de tierce opposition contre les décisions rejetant l'arrêté ou la modification du plan de sauvegarde ou de redressement ou prononçant la résolution de ce plan ».

1125. – L'expansion ainsi faite par l'article L. 661-3 C. com. quant à l'ouverture de la tierce opposition contre les décisions arrêtant ou modifiant le plan de sauvegarde ou de redressement ou rejetant la résolution de ce plan, a pour effet de *restreindre* par contrecoup le domaine d'intervention des recours-nullité, plus précisément de la tierce opposition-nullité qui aurait pu être exercée contre ces types de décisions. L'ouverture de *la voie de recours légale*, retire logiquement toute raison d'être à un recours qui serait basé sur l'annulation, et *interviendrait à titre subsidiaire*.

1126. – Par conséquent, la subsidiarité, caractéristique essentielle de ce recours-nullité, se trouve subir une *nette entorse* en droit des entreprises en difficulté, dans le domaine particulier des voies de recours ouvertes contre les décisions arrêtant ou modifiant le plan de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise.

1127. – En revanche, si la tierce opposition-nullité a, par l'effet des nouvelles dispositions introduites par la loi du 26 juillet 2005 à l'article L. 661-3 C. com., ouvrant la possibilité de former tierce opposition contre les décisions arrêtant ou modifiant le plan de sauvegarde ou de redressement, vu son domaine sensiblement rétréci, elle ne conserve pas moins une *évidente possibilité d'application* et garde une place *assez importante* dans le domaine du droit français des entreprises en difficulté.

Ainsi l'interdiction par le nouvel alinéa de l'article L. 661-3 de la tierce opposition contre les décisions rejetant l'arrêté ou la modification du plan de sauvegarde ou de redressement ou prononçant la résolution de ce plan a pour résultat, de *préserver la possibilité d'application* de la tierce opposition-nullité contre celles-ci, lorsqu'elles se trouvent entachées d'excès de pouvoir ou, même pourrions-nous affirmer, transgressent un principe fondamental de procédure civile.

1128. – Donc, même s'il a subi en droit des procédures collectives un considérable rétrécissement, le domaine d'application de la tierce opposition-nullité *demeure cependant sauvegardé*.

Après avoir examiné le domaine d'application de la tierce opposition-nullité, il nous faut à présent examiner la manière avec laquelle la jurisprudence a affirmé sa recevabilité.

Par. 2 : L'affirmation de la recevabilité de principe de la tierce opposition-nullité.

1129. – La recevabilité de la tierce opposition-nullité a été affirmée sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, pour la première fois – à notre connaissance – par un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 14 janvier 1987²¹³⁸ dans lequel les salariés d'une entreprise soumise à une procédure de liquidation judiciaire ont exercé un recours en tierce opposition-nullité, et obtenu l'annulation de la décision de liquidation, car elle avait été rendue *sans qu'auparavant ils eussent été convoqués par le tribunal*.

²¹³⁸ CA Versailles, 14 janv. 1987 : D. 1987, jur. 249, note F. Derrida. L'espèce se rapportait à une société d'exploitation de taxis, dont les chauffeurs étaient également les associés. Par jugements rendus le 6 mai 1986, le tribunal de commerce de Nanterre a ouvert une procédure simplifiée de redressement judiciaire puis, après audition du rapport du juge-commissaire, a prononcé la liquidation de la société. Le même jour donc, ont été rendus deux jugements l'un de redressement puis l'autre de liquidation judiciaire, ce qui constituait une *première irrégularité* car un jugement de liquidation judiciaire ne peut être prononcé le même jour que celui de redressement judiciaire. Le 27 mai 1986, le juge-commissaire autorisait, en application de l'article 155 de la loi du 25 janvier 1985, la vente des taxis et de leurs plaques administratives. Laissés en dehors de la procédure, les salariés de la société ont formé tierce opposition à ces décisions. Par les jugements frappés d'appel, ces recours ont été déclarés recevables, mais non fondés. Les salariés appelants faisaient valoir que les jugements ouvrant la procédure de redressement judiciaire, puis mettant leur entreprise en liquidation des biens ont été rendus *sans qu'ils aient été invités à présenter*

1130. – Quelques années plus tard, la recevabilité de principe de la tierce opposition-nullité a de même été affirmée, de *manière implicite* cependant, par un arrêt très remarqué – précédemment cité – de la Chambre commerciale du 25 janvier 1994²¹³⁹ rendu – également – en matière de procédures collectives. La Cour de cassation y énonce dans un attendu de principe : « *qu'il résulte des dispositions de l'article 175 de la loi du 25 janvier 1985 que ne sont susceptibles de tierce opposition, fût-ce aux fins de prononcer leur nullité, les jugements ou arrêts rendus en application de l'article 174 de la même loi, à moins que ne soit en cause la violation d'un principe fondamental de procédure ou l'excès de pouvoir (...)* ». Il résulte clairement de cet attendu, que l'existence d'un excès de pouvoir, ou, d'une violation d'un principe fondamental de procédure civile, *serait de nature à rendre recevable la tierce opposition-nullité*.

leurs observations, vice entraînant selon eux l'annulation de l'entière procédure. Entendu à l'audience, le ministère public a estimé recevables les tierces oppositions-nullité formées par les salariés puis les appels, dans la mesure du moins où ces derniers avaient été interjetés en qualité non d'associés mais de salariés. Tout en regrettant le défaut de consultation des salariés, le ministère public a considéré que le vice avait été purgé par l'opposition faite par ces derniers, amenés bien que tardivement, à exprimer leur avis.

Se prononçant sur la recevabilité des recours en tierce opposition-nullité, la Cour énonce : « Considérant que la recevabilité de la tierce opposition formée par les salariés aux décisions plaçant leur entreprise en observation puis en liquidation judiciaire n'est pas discutée, pas plus que la possibilité laissée par l'art. 592 CPC aux tiers-opposants de former appel contre les jugements déclarant non fondée leur tierce opposition ». Et sur la sanction attachée à l'omission de consulter les salariés, la Cour décide : « Considérant qu'en ce qui concerne le moyen d'ordre public tiré de l'irrégularité de la procédure, qu'il résulte de l'esprit et de la lettre des dispositions de la loi du 25 janvier 1985 et du décret subséquent qu'il n'est pas possible de procéder au redressement ou à la liquidation judiciaire d'une entreprise en difficulté sans avoir invité les salariés, quel qu'en soit le nombre, à exprimer leur avis (...) ».

Et sur le bien-fondé des recours en tierce opposition-nullité exercés contre les décisions de mise en redressement et de liquidation judiciaires, la Cour énonce : « Considérant qu'en l'espèce l'inexactitude de l'affirmation que la société n'avait pas de salariés résultait à l'évidence de la présence de l'U.R.S.S.A.F. au premier rang des créanciers ; que cette erreur a abouti à placer hors la procédure les salariés, et ainsi leur a retiré toute possibilité de discuter des suites de la période d'observation (...) ». Et la Cour de décider : « qu'une telle irrégularité ne vicie pas la décision d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, la présence de salariés étant facultative en cette phase de l'instance » ; « Considérant, par contre, qu'il n'était pas possible au tribunal d'aller outre et d'ordonner la liquidation judiciaire de l'entreprise sans avoir invité les salariés à exprimer leur avis, ce qu'ils n'ont pu faire (...) » ; qu'il s'ensuit que le jugement de liquidation judiciaire et l'ordonnance subséquente autorisant la vente des éléments du fonds doivent être infirmés, avec toutes conséquences de droit (...) ». C'est ainsi que la Cour déclara recevable, mais mal fondé, l'appel interjeté contre le jugement du 6 mai 1986 ouvrant la procédure de redressement judiciaire, et, déclara recevables et fondés les appels interjetés contre le jugement du même jour prononçant la liquidation judiciaire de l'entreprise, et par voie de conséquence, les appels interjetés contre l'ordonnance autorisant la vente des éléments du fonds.

²¹³⁹ Cass. com., 25 janv. 1994 précit. : Bull. civ. 4, n° 32, p. 25 ; D. 1994, jur. 325, rapp. Pasturel ; *ibid.* 379, note F. Derrida.

1131. – Ce qui est plus significatif, c'est qu'il en résulte, aussi et *surtout*, que cette voie de recours peut tendre à une *annulation*, alors que l'article 582 précité en fait une mesure de « rétractation ou de réformation »²¹⁴⁰. Ceci est également une manifestation de ce recours-nullité est institué *contra legem*.

Cependant, en l'occurrence, les critiques alléguées à l'appui du recours en tierce opposition-nullité *n'étaient constitutives d'aucun des deux griefs précités*²¹⁴¹.

1132. – Peu de temps après l'arrêt du 25 janvier 1994, la solution de recevabilité de la tierce opposition-nullité en matière de procédures collectives, fut réaffirmée dans un arrêt également très remarqué : il s'agit de l'arrêt précité de la Chambre commerciale du 26 avril 1994²¹⁴².

²¹⁴⁰ F. DERRIDA, note sous Cass. com., 25 janv. 1994 précit. in D. 1994, jur. 380, 2^{ème} col. – N. FRICÉRO, *L'excès de pouvoir en procédure civile*, art. précit., p. 22.

²¹⁴¹ Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Chambre commerciale 25 janvier 1994, le tribunal de commerce de Marseille avait arrêté un plan de cession d'une société, par un jugement en date du 27 octobre 1986. Le repreneur avait entendu compenser le prix fixé par le jugement avec les sommes provenant des recettes perçues pendant la période d'observation que l'administrateur judiciaire avait consignées à la Caisse des dépôts et consignations. Par un jugement rendu le 27 février 1987, le tribunal a interprété son jugement du 27 octobre 1986, et décidé que les sommes en question faisaient partie des biens cédés au repreneur. Les associations de salariés de l'entreprise ont formé une tierce opposition contre ce jugement pour en obtenir la nullité. La tierce opposition aux fins de nullité fut déclarée irrecevable, par jugement du 8 février 1988, au motif que l'exercice de cette voie de recours est prohibé à l'encontre des jugements rendus en application de l'article 174 de la loi du 25 janvier 1985. Les associations firent appel de ce jugement. La cour d'appel accueillit leur appel. Cependant son arrêt fut cassé ; pour le censurer, la Cour de cassation commence par énoncer : « *Attendu que pour admettre cette recevabilité, l'arrêt retient que la tierce opposition des associations ne vise pas à remettre en cause le plan de cession, mais à faire constater la nullité d'un jugement et que les limites apportées à l'exercice des voies de recours ne sont pas applicables au recours en annulation* ». La censure était – penons-nous – *inévitabile* ; la motivation adoptée par la cour d'appel d'Aix-en-Provence est erronée : elle manque d'une précision très importante quant aux conditions qui permettent de valablement déroger aux limites apportées à l'exercice des voies de recours. La Cour poursuit en énonçant l'attendu de principe ci-dessus reproduit, pour l'appliquer au cas d'espèce et décider que : « *dès lors qu'en l'espèce les critiques formulées par les associations à l'encontre du jugement du 23 fév. 1987, à les supposer fondées, n'étaient pas de nature à faire obstacle à l'irrecevabilité de leur recours, la cour d'appel a violé le texte susvisé (l'article 175 de la loi du 25 janvier 1985)* ».

Le commentateur de l'arrêt a, par ailleurs, souligné qu'il découle de manière implicite de l'arrêt que l'assemblée des salariés *était nécessairement un tiers* par rapport au jugement arrêtant le plan de cession, v. : F. DERRIDA, note sous l'arrêt in D. 1994, jur. 380. Cette constatation est importante, mais elle ne nous intéresse pas de *manière directe* dans la présente étude, car elle n'est *d'aucun apport* au regard de la subsidiarité de la tierce opposition-nullité.

²¹⁴² Cass. com., 26 avr. 1994 précit. : Bull. civ. 4, n° 154, p. 122 ; D. 1994, jur. 542, note F. Derrida ; RTD com. 1995. 167, obs. M. Cabrillac ; JCP 1994. 4. 1596 ; JCP (E) 1995. 1. 463, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet. Sur les faits de cet arrêt connu comme « l'affaire de la Banque Majorel », v. *supra* note 2141. Dans cette affaire, la Caisse régionale de Crédit agricole de l'Ardèche, créancière de la Banque Majorel, avait formé tierce-opposition contre le jugement qui avait arrêté le plan de cession de l'entreprise. La créancière faisait valoir que ce jugement n'avait pas arrêté un véritable plan de cession de l'entreprise, et que les créanciers n'avaient pas été régulièrement représentés devant le tribunal par le représentant des créanciers. Elle faisait aussi valoir, que le plan de cession adopté sans le respect des formalités préalables *portait atteinte au principe fondamental d'égalité entre créanciers chirographaires*. La cour d'appel, à son tour, a confirmé le jugement qui avait déclaré irrecevable la tierce opposition intentée aux fins de nullité. La Caisse régionale de Crédit agricole de l'Ardèche se pourvut alors en cassation contre l'arrêt. La Chambre commerciale répondit au pourvoi, et énonça : « *Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt, contrairement à ce qu'allègue la Caisse régionale de Crédit agricole de l'Ardèche, a retenu que le plan de redressement présenté par la société aveyronnaise constituait un plan de cession incluant le règlement*

1133. – Il a été de même décidé, que la tierce opposition-nullité est ouverte si le commissaire à l'exécution du plan ne recueille pas les observations du créancier *dont les droits sont affectés par la modification du plan*²¹⁴³.

1134. – Plus récemment, la recevabilité de principe de la tierce opposition-nullité a de même été réaffirmée par deux arrêts de la Chambre commerciale, du 16 mai 2006²¹⁴⁴ se rapportant à l'application de l'ancien article L. 623-6 C. com., texte dont les dispositions sont aujourd'hui reprises dans le Code de commerce à l'article L. 661-6, et, du 13 novembre 2007²¹⁴⁵ se rapportant à l'application de l'article L. 621-69 C. com. dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005, texte dont les dispositions ont été transférées par cette loi, au Code de commerce à l'article L. 642-6.

d'une partie du passif suivant certaines modalités ». La Cour, poursuit pour se prononcer sur le bien-fondé du pourvoi, et énonce dans un attendu de principe, la solution concernant la tierce opposition-nullité : « *Attendu, en second lieu, qu'en vertu de l'article 175 de la loi du 25 janvier 1985, les jugements arrêtant un plan de cession ne sont pas susceptibles de tierce opposition, fût-ce aux fins du prononcé de leur nullité, à moins que ne soient en cause la violation d'un principe essentiel de procédure ou l'excès de pouvoir ; que les critiques formulées par la Caisse régionale de Crédit agricole de l'Ardèche, à les supposer fondées n'étaient pas de nature à entraîner la recevabilité de son recours* ». L'intérêt majeur qui s'attache à l'arrêt c'est d'avoir énoncé le principe de la recevabilité de la tierce opposition-nullité en cas d'excès de pouvoir, mais aussi, l'arrêt contribue à la définition de la notion d'excès de pouvoir : il enseigne que l'atteinte au principe fondamental d'égalité entre les créanciers chirographaires *n'est pas constitutif d'excès de pouvoir*. Cette solution n'est pas exempte de dangers, car le principe d'égalité entre créanciers chirographaires doit gouverner le déroulement de la procédure collective, et, en présence des prohibitions des voies de recours, l'atteinte à ce principe – n'étant pas constitutive d'excès de pouvoir – demeurera *impunie*, ce qui peut paraître aberrant. Cependant, le commentateur de l'arrêt approuve cette solution, il estime « que les règles applicables à la protection des créanciers n'ont pas l'importance qu'implique un excès de pouvoir », v. : F. DERRIDA, note sous l'arrêt in D. 1994, jur. 544, 2^{ème} col. La motivation de la Cour, conduit au surplus à une importante remarque, en effet, elle refuse de contrôler la qualification de plan de cession, elle se retranche derrière l'appréciation souveraine des juges du fond comme l'indique clairement l'attendu ci-dessus rapporté.

²¹⁴³ Cass. com., 28 sept. 2004 : D. 2005, pan. 293, obs. P.-M. Le Corre.

²¹⁴⁴ Cass. com., 16 mai 2006, n° de pourvoi : 05-12.214. L'espèce se rapporte à la procédure de redressement judiciaire de vingt cinq sociétés faisant partie d'un groupe de sociétés. Le tribunal de commerce a rendu vingt-cinq jugements par lesquels il a prorogé la durée des plans de cession desdites sociétés. Les commissaires aux comptes ont alors formé tierce opposition contre ces jugements. Par un jugement du 10 décembre 2002, le tribunal a rejeté les tierces oppositions. Les sociétés ont relevé appel de ce jugement. Et bien que l'arrêt ne le précise pas, il s'agit bien d'un appel-nullité. La Cour d'appel a rejeté les recours en appel-nullité. Pour déclarer ceux-ci irrecevables, elle retient que le jugement précité du 10 décembre 2002, qu'il ait été rendu sur tierces oppositions au sens des articles 582 et suivants CPC ou sur tierces oppositions-nullité, ne peut faire l'objet que du même recours autorisé contre les décisions initiales, celles-ci devant s'analyser comme des jugements modifiant les plans de cession et ne pouvant dès lors, aux termes de l'article L. 623-6 C. com., faire l'objet ni d'une tierce-opposition ni d'un appel sauf de la part du ministère public et du cessionnaire. Or, la Cour d'appel avait en l'espèce omis de constater que le fait pour le tribunal de proroger la durée des plans de cession et des missions du commissaire à l'exécution du plan qui avaient déjà pris fin, *était bel et bien constitutif d'excès de pouvoir*. Ayant relevé ceci, la Cour de cassation a décidé qu'étaient recevables les recours en tierce opposition-nullité intentés par les commissaires aux comptes des sociétés qui ont fait l'objet de plans de cession, et a ainsi censuré l'arrêt d'appel en ce qu'il a dit irrecevables les appels-nullité interjetés par ces sociétés.

²¹⁴⁵ Cass. com., 13 nov. 2007 : Bull. civ. 4, n° 244 ; D. 2007. 3010 ; RTD com. 2008. 859, obs. C. Saint-Alary-Houin. Dans la procédure de redressement judiciaire de plusieurs entreprises faisant partie d'un

1135. – La recevabilité de principe de cette voie de recours fut de même réaffirmée dans d'autres décisions plus récentes, appliquant toujours les textes de la loi du 25 janvier 1985²¹⁴⁶.

groupe de sociétés, le tribunal de commerce a, par quatre jugements rendus le même jour, arrêté des plans de cessions partielles de ces entreprises. Chaque jugement a fixé la durée du plan à deux ans sauf prolongation, et a nommé celui qui auparavant était administrateur judiciaire, comme commissaire à l'exécution du plan. Le tribunal qui fut saisi par requête du commissaire à l'exécution du plan, a, par un jugement du 10 février 1999, prorogé pour une durée de deux ans à compter du 30 janvier 1999, la durée des plans et celle des fonctions de commissaire à l'exécution du plan. Des recours en tierce opposition-nullité ont été intentés par les experts comptables et les commissaires aux comptes de ces sociétés contre le jugement du 10 février 1999. Le commissaire à l'exécution du plan nommé par le tribunal, a assigné les dirigeants de droit des entreprises de ce groupe afin de procéder à une mesure d'instruction sur le fondement de l'article 145 CPC. Par ordonnance du président du Tribunal de commerce de Nanterre, la mesure d'instruction a été ordonnée et confiée à un expert judiciaire. Le commissaire à l'exécution du plan a assigné, aux mêmes fins, les experts comptables et les commissaires aux comptes des sociétés du groupe en question. Par ordonnance de référé rendue par le président du Tribunal de grande instance de Paris, la mesure d'instruction a été ordonnée et confiée au même expert judiciaire. Les experts comptables et les commissaires aux comptes des sociétés du groupe ont alors relevé appel de cette ordonnance. La Cour d'appel de Paris a renvoyé l'affaire devant la Cour d'appel de Versailles, en raison de la connexité avec l'appel formé par les défendeurs contre l'ordonnance de référé en question. En appel, les appelants ont fait tierce opposition incidente au jugement du 10 février 1999 par lequel le tribunal *avait prorogé* pour une durée de deux ans, la durée des plans et celle des fonctions de commissaire à l'exécution du plan. Les dirigeants de droit des sociétés ont été appelés en intervention forcée sur cette tierce opposition. L'arrêt de la Cour d'appel de Versailles rendu sur cet appel a été cassé. La banque de Neuflyze Schlumberger Mallet Demachy dirigeant de droit des sociétés du groupe fait grief à l'arrêt d'avoir dit les tierces oppositions-nullités irrecevables, rejeté ses demandes et confirmé le jugement précité du 10 février 1999. Elle invoquait l'excès de pouvoir constitué selon elle, par le fait pour le tribunal de proroger par un jugement du 10 février 1999, la durée de la mission du commissaire à l'exécution du plan qui se trouvait expirée depuis le 30 janvier 1999.

La Cour de cassation réaffirme la recevabilité de principe, *en cas d'excès de pouvoir*, de la tierce opposition-nullité contre les décisions de ce type. Elle énonce : « *Attendu que la tierce opposition-nullité à un jugement ayant modifié la durée des fonctions du commissaire à l'exécution du plan n'est recevable qu'en cas d'excès de pouvoir* ». Cependant, ces recours ont été déclarés recevables mais *mal fondés*, car le jugement du tribunal n'était pas entaché d'excès de pouvoir. La Cour énonce à cet égard que : « *l'arrêt énonce à bon droit que l'article L. 621-69 C. com. dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ne prive pas le tribunal du pouvoir d'ordonner la prorogation de la mission du commissaire à l'exécution du plan pour lui permettre de rechercher d'éventuelles responsabilités dans la défaillance de l'entreprise* ».

²¹⁴⁶ V. : Cass. com., 10 mars 2009 précit., n° de pourvoi : 07-20.719 (sol. implicite). L'espèce se rapportait à l'application des articles L. 623-6 et L. 623-7 C. com. dans leur rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 et mettait en cause un jugement qui a arrêté le plan de cession d'une entreprise. Deux sociétés candidats repreneurs dont l'offre n'a pas été retenue, ont fait tierce opposition-nullité au jugement ayant arrêté le plan de cession. Le tribunal a déclaré cette tierce opposition-nullité irrecevable. Elles ont interjeté un recours en appel-nullité contre ce jugement. La Cour d'appel a, à son tour déclaré cet appel-nullité irrecevable. Les appelantes se pourvurent alors en cassation. La Cour de cassation réaffirme dans un attendu de principe la recevabilité des recours-nullité en la matière, elle énonce que : « *Mais attendu que selon l'article L. 623-7, al. 2, C. com. dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'au ministère public à l'encontre des arrêts rendus en application du II et du III de l'article L. 623-6 dans cette même rédaction ; qu'il n'est dérogé à cette règle comme à toute autre règle interdisant ou différant un recours qu'en cas d'excès de pouvoir* ». Puis la Cour relève que l'excès de pouvoir allégué par les demanderessees n'a pas été prouvé, et qu'elles n'avaient pas de prétention à faire valoir au sens des articles 4 et 31 CPC et qu'elles n'étaient donc pas recevables à former tierce opposition-nullité au jugement arrêtant le plan de cession de l'entreprise. L'attendu principal qui se réfère aux articles L. 623-6 et L. 623-7 C. com. – devenus ensemble après l'entrée en vigueur de la loi du 25 juillet 2006, l'article L. 661-6 C. com. – ne mentionne *aucunement* la recevabilité de la tierce opposition-nullité. Malgré ceci, la réaffirmation de la recevabilité de la tierce opposition-nullité contre les jugements arrêtant le plan de cession de l'entreprise résulte sans

1136. – Les décisions de jurisprudence consacrant la recevabilité de la tierce opposition-nullité et se rapportant à l'application des articles L. 661-6 et L. 642-6 C. com. restent valables aujourd'hui, car ces textes ont été repris par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 et réintégrés dans le Code de commerce²¹⁴⁷ : ainsi les solutions des arrêts précités du 16 mai 2006 et du 13 novembre 2007 *restent toujours valables aujourd'hui*.

1137. – Ceci n'est cependant pas vrai concernant d'autres textes qui ont subi de profondes modifications notamment, par l'intervention de la réforme opérée par l'ordonnance précitée du 18 décembre 2008. C'est ainsi que la modification apportée au nouvel article L. 661-3 C. com. – remplaçant l'ancien article L. 623-3 C. com. –, qui a admis la tierce opposition contre les décisions arrêtant ou modifiant le plan de sauvegarde ou de redressement ou rejetant la résolution de ce plan, a rendu *caduque* la jurisprudence consacrant autrefois la recevabilité de principe de la tierce opposition-nullité contre ce type de décisions.

Par l'effet des dernières modifications législatives, les possibilités d'application en droit des procédures collectives de la tierce opposition-nullité, ont – il est vrai – subi un *considérable rétrécissement*. Néanmoins, ces possibilités d'application n'existent toujours pas moins aujourd'hui : il en est ainsi des hypothèses où la loi institue l'interdiction de la voie de la tierce opposition comme il en est à l'égard des décisions rejetant l'arrêté ou la modification du plan de sauvegarde ou de redressement ou prononçant la résolution de ce plan²¹⁴⁸.

nul doute de l'arrêt, fût-elle de manière implicite. En effet, c'est l'appel-nullité contre le jugement ayant lui-même déclaré irrecevable la tierce opposition-nullité dont la recevabilité a été réaffirmée de manière implicite dans l'arrêt, et cette réaffirmation *rejaillit* sur celle de la tierce opposition-nullité.

²¹⁴⁷ Soulignons cependant que l'article L. 642-6 C. com. a subi certaines modifications par rapport à l'ancien article L. 621-69 C. com. dont il a repris l'essentiel des dispositions. L'ancien article L. 621-69 se présentait ainsi :

« Une modification substantielle dans les objectifs et les moyens du plan ne peut être décidée que par le tribunal, à la demande du chef d'entreprise et sur le rapport du commissaire à l'exécution du plan.

Le tribunal statue après avoir entendu ou dûment appelé les parties, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et toute personne intéressée.

Toutefois, en cas de cession de l'entreprise, le montant du prix tel qu'il a été fixé dans le jugement arrêtant le plan ne peut être modifié ».

Le nouvel article L. 642-6 C. com. a introduit des modifications dans la procédure, ceci en ces alinéas premier et deuxième. Le troisième alinéa demeure tel qu'il résulte de l'article L. 621-69 précité. L'article L. 642-6 se présente ainsi :

« Une modification substantielle dans les objectifs et les moyens du plan ne peut être décidée que par le tribunal, à la demande du cessionnaire.

Le tribunal statue après avoir entendu ou dûment appelé le liquidateur, l'administrateur judiciaire lorsqu'il en a été désigné, les contrôleurs, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et toute personne intéressée et après avoir recueilli l'avis du ministère public ».

²¹⁴⁸ Sur ces hypothèses, v. *supra* n° 1127.

1138. – Au surplus, et mis à part le domaine particulier du droit des entreprises en difficulté, il faut admettre que la tierce opposition-nullité conserve naturellement une évidente possibilité d'application dans le droit commun de la procédure civile.

1139. – Il est utile au terme de cette section consacrée à l'étude de la tierce opposition-nullité, de remarquer qu'on est tenté de faire le rapprochement entre l'appel-nullité et la tierce opposition-nullité quant aux *effets* de ces deux voies de recours²¹⁴⁹. A part ceci, les deux recours obéissent à des *conditions différentes* de recevabilité, il est ainsi quant à la *qualité* d'interjeter ces recours.

Après avoir étudié la tierce opposition en tant que recours subsidiaire tendant à la nullité de la décision, il convient dans ce qui suit d'envisager ce qui en est du *recours en révision*.

Section 3 : Le recours en révision-nullité.

1140. – Cette expression n'a été nulle part employée en jurisprudence, mais, après l'analyse faite des décisions qui la consacrent sans nommément la désigner, nous avons estimé qu'il est possible de lui donner cette appellation.

²¹⁴⁹ Rappr. : G. WIEDERKEHR, obs. précit. pour CA Aix-en-Provence, 15 nov. 1993 in *Justices* 1995. 254. Cet auteur estime que les deux recours d'appel-nullité et de tierce opposition-nullité ne forment en réalité qu'*un seul et unique recours*.

1141. – C'est en droit de l'arbitrage que la Cour de cassation a consacré l'existence du recours en révision-nullité. Le contentieux de l'arbitrage a permis à la Cour de cassation d'affirmer, et *contre la lettre de la loi*, la recevabilité de cette voie de recours en l'existence de fraude commise, dans le but de sanctionner celle-ci. C'est en effet par un arrêt très remarqué de la première Chambre civile du 25 mai 1992, que la Cour de cassation énonce « *qu'il résulte des principes généraux du droit en matière de fraude que, nonobstant l'exclusion du recours en révision par l'article 1507 CPC, la rétractation d'une sentence rendue en France en matière d'arbitrage international doit être, exceptionnellement, admise en cas de fraude lorsque le tribunal arbitral demeure constitué après le prononcé de la sentence (ou peut être à nouveau réuni)* »²¹⁵⁰. L'affaire tranchée par la Cour se rapportait à une hypothèse

²¹⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992 : Bull. civ. 1, n° 149, p. 101 ; Rev. crit. DIP 1992. 699, note B. Oppetit ; RTD com. 1992. 593, obs. J.-Cl. Dubarry et E. Loquin ; RTD civ. 1993. 201, obs. R. Perrot. En l'espèce, il s'agissait d'un litige né de l'exécution d'un marché de sous-traitance par lequel la société française Procofrance, titulaire d'un marché principal conclu avec une société camerounaise, la société Sonara maître de l'ouvrage, pour la construction au Cameroun d'une raffinerie de pétrole, avait confié à la société française Fougerolle la réalisation des travaux de génie civil. Par la suite, diverses difficultés d'exécution tenant notamment à la nature du sol et à l'insuffisante définition de ses missions, devaient contrarier l'accomplissement par la société Fougerolle de ses obligations et celle-ci, devant la persistance de ces sujétions, décida d'abandonner le chantier. Les sociétés Procofrance et Fougerolle, se rejetant mutuellement la responsabilité de cet échec et se réclamant l'une l'autre d'importantes indemnités, portèrent leur différend devant la Cour d'arbitrage de la CCI. Un tribunal arbitral fut constitué et appelé à statuer selon la loi française de procédure et de fond ; il rendit trois sentences. Seules les deux premières nous intéressent pour le présent exposé. Une première sentence intérimaire rendue le 21 avril 1983, débouta la société Fougerolle de sa demande principale et la condamna à restituer à Procofrance des sommes déjà perçues. Peu de temps après, on apprenait, sur la foi de documents déposés par Procofrance sur injonction du tribunal arbitral dûment alerté par la société Fougerolle, que la société Procofrance avait en 1980 et 1981, négocié avec la société Sonara, maître de l'ouvrage, une revalorisation du contrat et obtenu une indemnité, en sus du prix forfaitaire de son marché. Or la réclamation présentée par Procofrance dans sa négociation avec Sonara invoquait *exactement la même cause* (la nature du sous-sol) que celle alléguée envers elle-même par son sous-traitant Fougerolle, dans son action contre celui-ci. Et Procofrance avait nié l'existence de cet élément de fait tout au long de la procédure arbitrale, ce qui sans nul doute constituait un *agissement déloyal constitutif de fraude*. Saisi à nouveau par Fougerolle, le tribunal arbitral prononçait le 13 décembre 1984, au vu de ces éléments nouveaux, une deuxième sentence intérimaire déboutant cette fois Procofrance de tous les chefs de sa demande reconventionnelle d'indemnité, mais refusant de reconsidérer la première sentence qui avait rejeté la demande de Fougerolle au motif que ces points étaient couverts par l'autorité de chose jugée et, qu'un recours en révision était irrecevable car il s'agissait d'une sentence internationale pour laquelle le recours en révision est prohibé. Fougerolle forma contre les trois sentences arbitrales un recours en annulation. Le recours le plus riche de portée et qui seule retiendra notre attention est celui tendant à l'annulation de la deuxième sentence, celle rendue le 13 décembre 1984, et qui déclara irrecevable la demande en révision de la sentence numéro un, celle rendue le 21 avril 1983. Le moyen présenté par Fougerolle à l'appui de ce recours reprochait au tribunal arbitral d'avoir, ce faisant, méconnu la règle d'ordre public « véritablement » internationale d'exigence de bonne foi dans les relations juridiques internationales, et d'avoir d'autre part violé le principe procédural d'égalité des parties. Sans cependant contester l'existence des principes précités, la Cour d'appel de Paris saisie des recours en annulation, les a rejetés ; elle énonce qu'« *aucun principe dépendant de l'ordre public international, fût-il d'essence véritablement internationale et d'application universelle, ne peut autoriser l'arbitre à ouvrir une voie de recours exclue par la loi de procédure applicable à l'arbitrage* » (CA Paris, 25 mai 1990 : Rev. crit. DIP 1990. 753, note crit. B. Oppetit). L'appelante se pourvut alors en cassation. Elle reprochait à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté ses recours en annulation de la sentence de 1984 en ce qu'elle a déclaré irrecevable la révision de celle de 1983. Le moyen du pourvoi faisait valoir que la Cour d'appel a violé les articles 1507 et 1491 CPC par fautive application, ainsi que le principe d'ordre public international d'exigence de bonne foi et la règle « *fraus omnia corrumpit* ». Contrairement à la Cour d'appel, la Cour de cassation n'a pas été insensible à de telles considérations. Elle pose par l'attendu de principe ci-dessus reproduit, une solution de grande portée théorique, en déclarant recevable, en cas de fraude, le recours en révision contre une sentence arbitrale

typique de recours en révision. Admis en arbitrage interne, celui-ci était cependant prohibé en matière d'arbitrage international. Cette interdiction résulte, en effet, du jeu combiné des articles 1507 et 1491 CPC. L'article 1507 dispose :

« Les dispositions du titre IV du présent livre, à l'exception de celles de l'alinéa 1^{er} de l'article 1487 et de l'article 1490, ne sont pas applicables aux voies de recours ».

L'article 1491 du même Code régit le recours en révision contre la sentence arbitrale, il dispose :

« Le recours en révision est ouvert contre la sentence arbitrale dans les cas et sous les conditions prévus pour les jugements.

Il est porté devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence ».

Cet article fait référence au recours en révision s'appliquant aux jugements dans leur généralité, celui-ci est régi par l'article 593 CPC, ce texte dispose :

« Le recours en révision tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit ».

Quant aux cas d'ouverture du recours en révision, ils sont régis par l'article 595 du même Code. Ce texte prévoit quatre cas d'ouverture pour ce recours dont l'énumération semble être *limitative*. Pour des raisons se rattachant aux faits ayant donné lieu à l'arrêt du 25 mai 1992²¹⁵¹, seuls les deux premiers cas retiendront notre attention. L'article se présente alors en ces termes :

« Le recours en révision n'est ouvert que pour l'une des causes suivantes :

1. S'il se révèle, après le jugement, que la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue ;
2. Si, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d'une autre partie (...) ».

rendue en matière d'arbitrage international, et ceci malgré l'interdiction du recours en révision posée par l'article 1507 CPC. Par cette solution, la Cour de cassation a ouvert la voie dans le domaine de l'arbitrage international, à la possibilité à ce que la fraude commise au cours de la procédure arbitrale soit bel et bien *sanctionnée* par le biais du recours en révision, plus exactement le recours en révision-nullité. Ayant conçu cette solution innovante et – l'on pourrait même dire – *révolutionnaire*, la Cour de cassation n'a cependant pas tiré les conséquences qui s'y attachaient, elle n'admit en l'espèce pas la demande de révision de la sentence litigieuse et rejeta le pourvoi. Se retirant derrière l'appréciation qu'avaient faite les arbitres des faits du litige, elle décida que les faits allégués à l'appui de la demande *ne suffisaient pas à caractériser une rétention frauduleuse de pièces*. Ce qui à tout le moins paraît critiquable. Les faits de l'affaire relatés plus haut révélaient en effet l'existence d'un comportement frauduleux, du moins *éminemment déloyal*, de la part de Procofrance envers sa cocontractante Fougerolle. L'exigence de « rétention frauduleuse de pièces » retenue par l'arrêt est inadéquate ; elle ne correspond pas aux données de fait du litige, et il aurait été plus logique de se référer au cas d'ouverture prévu par le paragraphe premier de l'article 595 plus haut reproduit.

²¹⁵¹ Pour les faits de l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 25 mai 1992, v. *supra* note 2150.

1142. – Au vu de ces textes et par transposition des principes qui régissent l'appel-nullité, et, qui consacrent la recevabilité de cette voie de recours *en violation des dispositions de la loi prohibant l'appel* ; il est permis de désigner le recours en révision admis en l'interdiction expresse de cette voie de recours par la loi, l'article 1507, de *recours en révision-nullité*.

1143. – La solution inaugurée par l'arrêt du 25 mai 1992 est d'une très grande importance doctrinale ; elle a ouvert la voie à l'admission de *la fraude*, comme cas d'ouverture du recours en révision-nullité en matière d'arbitrage international. L'attendu principal de l'arrêt ci-dessus reproduit, indique la volonté de la Cour de cassation de se détacher des faits propres à l'espèce et d'énoncer *un principe juridique sous une forme abstraite*, pour donner à sa décision une *portée générale*²¹⁵².

1144. – L'adage *fraus omnia corrumpit* a sans doute été érigé en principe du droit par la Cour de cassation, qui a depuis très longtemps décidé que, « *la fraude fait exception à toutes les règles* »²¹⁵³. La fraude fera ainsi *exception* aux règles qui limitent les voies de recours en matière d'arbitrage²¹⁵⁴. La conséquence de ce principe par rapport à l'hypothèse soumise à la Cour dans l'arrêt précité du 25 mai 1992, sera non pas écarter l'existence d'une règle, *mais de pallier son absence*, afin de permettre la correction des effets de la *fraude*²¹⁵⁵. Cette absence de règle est, en l'occurrence, *l'impossibilité* d'introduire une action en révision de la sentence dans le cadre des articles 1492 CPC et suivants relatifs à l'arbitrage international²¹⁵⁶.

1145. – La référence faite dans son attendu principal aux « principes généraux du droit » révèle l'attachement de la Cour à un *principe supérieur de justice* et évoque l'idée exprimée précédemment, selon laquelle le double degré de juridiction et son corollaire l'ouverture des voies de recours contre les décisions de justice entachées d'illégalité flagrante *font partie des principes généraux du droit*²¹⁵⁷.

²¹⁵² En ce sens : B. OPPETIT, note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992 in Rev. crit. DIP 1992. 701.

²¹⁵³ Cass. req., 3 juill. 1817 : S. 1818. 1. 338.

²¹⁵⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, *La fraude aux droits des créanciers dans les plans de cession*, D. aff. 1997. 365, spéc. p. 367. L'auteur établit un parallèle entre l'hypothèse de la fraude commise en matière d'arbitrage, hypothèse illustrée par l'arrêt du 25 mai 1992, et celle où elle est commise en matière de plans de cession de l'entreprise. Elle en déduit que, dans ce dernier cas, et contrairement à ce qui a été décidé en matière d'arbitrage, le créancier victime de la fraude ne pourra exercer un recours-nullité sur ce fondement. Celui-ci pourra seulement agir sur le terrain de la responsabilité civile contre le représentant des créanciers en prouvant qu'il a participé à la fraude de ses droits, ou qu'il a gravement méconnu l'intérêt collectif.

²¹⁵⁵ M. BOISSÉSON (de), *L'arbitrage et la fraude (à propos de l'arrêt Fougerolle rendu par la Cour de cassation le 25 mai 1992)*, Rev. arb. 1993. 3, spéc. pp. 10-11.

²¹⁵⁶ M. BOISSÉSON (de), *ibid.*, pp. 10-11.

²¹⁵⁷ Sur ce point, v. *supra* n^{os} 836 et 837.

1146. – Il est vrai que contrairement à l'appel qui est basé sur le double degré de juridiction et vise à faire réformer ou annuler par la cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré, le recours en révision *n'est pas un second degré de juridiction* mais tend, selon les termes de l'article 593 CPC précité, à faire *rétracter* un jugement passé en force de chose jugée. Nous pensons néanmoins que le rapprochement est possible entre appel-nullité et le cours en révision-nullité, car si celui-ci tendrait à sanctionner une décision obtenue en violation de l'exigence de loyauté dans le procès²¹⁵⁸, l'appel-nullité vise à sanctionner les décisions entachées d'excès de pouvoir, ou pourrions-nous même dire, de vices *particulièrement graves*, et pour lesquels *l'exigence de justice* impose qu'ils soient annulés.

1147. – Soulignons également le caractère exceptionnel que la Cour de cassation entend donner à l'ouverture de ce recours, et ceci – bien entendu – par l'emploi de l'adverbe « exceptionnellement ». Par cette précaution, la jurisprudence tend à préserver les interdictions de voies de recours d'un trop grand laxisme et permissivité excessive qui finiraient par ruiner l'efficacité et la cohérence du système mis en place.

1148. – Mais aussi et surtout, la solution amorcée par l'arrêt du 25 mai 1992 illustre l'admission d'un fondement *nouveau et spécifique à l'arbitrage* consacré et reconnu à travers la recevabilité de ce recours-nullité, qui – bien entendu – est la *fraude*²¹⁵⁹.

A cet égard, un auteur s'est demandé si la fraude ne pourrait pas constituer un *fondement général* de l'appel-nullité en matière de procédures collectives²¹⁶⁰.

1149. – Par l'arrêt du 25 mai 1992, la Cour de cassation affirme par ailleurs la reconnaissance en droit de l'arbitrage du droit à *un procès loyal*²¹⁶¹. Dans ce même contexte, la jurisprudence relative au contentieux arbitral avait déjà affirmé la nécessité pour les arbitres d'assurer aux parties à un arbitrage, un *procès équitable*²¹⁶².

²¹⁵⁸ Rapp. : B. OPPETIT, note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992 in Rev. crit. DIP 1992. 701.

²¹⁵⁹ L'analyse faite des fondements reconnus par la jurisprudence à l'appel-nullité démontre que celle-ci *n'y inclut pas la fraude*. Sur ce point, v. *supra* 841 et s.

²¹⁶⁰ B. SOÏNNE, note sous CA Douai, 31 mars 1988 in Gaz. Pal. 1988. 2. pp. 589-590.

²¹⁶¹ B. OPPETIT, note sous CA Paris, 25 mai 1990 in Rev. arb. 1990. 761.

Plus récemment, la Cour de cassation a eu l'occasion de clairement poser le principe de la *loyauté procédurale* de manière générale, et d'exiger du juge d'assurer la « loyauté des débats », v. : Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2005 : Bull. civ. 1, n° 241, p. 203 ; D. 2005. 2570, note M.-E. Boursier ; *ibid.* 2006. 545, note P. Julien et N. Fricéro ; RTD civ. 2006. 151, obs. R. Perrot. La Cour de cassation y affirme : « *Attendu que le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats* ».

²¹⁶² V. CA Paris, 18 nov. 1987 : Rev. arb. 1988. 657, note Ph. Fouchard. Aux termes de cet arrêt, il appartient aux arbitres de « *juger et assurer eux-mêmes en conscience et sous leur responsabilité les*

1150. – La jurisprudence inaugurée par l’arrêt du 25 mai 1992, autrement connue sous le nom de la jurisprudence « Fougerolle », constitua une doctrine bien assise et fut *réitérée* dans des décisions de jurisprudence ultérieures.

C’est ainsi qu’elle fut *notamment*, réaffirmée par un arrêt très remarqué rendu par la première Chambre civile en date du 19 décembre 1995²¹⁶³.

conditions du “procès équitable” conforme aux principes généraux et fondamentaux du droit et, en tant que de besoin, aux dispositions de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme ».

²¹⁶³ Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 1995 : Bull. civ. 1, n° 463, p. 322. En l’espèce, deux sociétés avaient conclu un contrat aux termes duquel l’une s’engageait de promouvoir l’autre en vue de sa “préqualification” dans un appel d’offre de fourniture en Iran de turbines à gaz. Après la signature du marché avec le maître d’ouvrage, la société chargée de la promotion a mis en œuvre la clause compromissaire pour avoir paiement de la commission convenue. Par une sentence du 21 mars 1992, les arbitres ont reconnu la validité du contrat susmentionné et qualifié de courtage et d’entreprise et ont condamné la société ayant bénéficié de la promotion et obtenu le marché à payer une commission fixée à 4 % du montant dudit marché. Sur recours de la société condamnée, la Cour d’appel de Paris a annulé la sentence susmentionnée du 21 mars 1992, au motif qu’elle violait l’ordre public international comme consacrant une fraude commise par la société chargée de la promotion objet du contrat, dans l’établissement de ses frais. Celle-ci se pourvut alors en cassation. Le moyen du pourvoi en sa première branche faisait notamment valoir que la contrariété à l’ordre public international ne figure parmi les cas d’annulation prévus par l’article 1502 CPC qu’en ce qu’elle affecte l’exécution de la sentence et non la procédure, et que la fraude, lorsqu’elle est admise est un cas d’ouverture à révision devant les arbitres et non un cas supplémentaire d’annulation. Sur la recevabilité du recours en annulation, la Cour énonce dans un attendu de principe que : « *Mais attendu, en premier lieu, que la fraude procédurale, si elle est de nature à rendre possible, exceptionnellement, la rétractation d’une sentence arbitrale qui en est affectée peut aussi être sanctionnée au regard de l’ordre public international de procédure de sorte que demeure ouvert le recours en annulation prévu par l’article 1502.5° CPC* ». C’est de manière *incidente*, que la Cour affirme dans cet attendu l’admission de la fraude comme cas d’ouverture du recours en révision-nullité. Le problème de droit était axé sur la question de la recevabilité ou non du recours en annulation prévu par l’article 1502 CPC pour sanctionner la fraude au regard de l’ordre public international. Ceci n’amointrit nullement la valeur de la solution, car bien que faite de manière *incidente*, l’admission de la fraude comme cas d’ouverture du recours en révision-nullité *ne manque nullement de clarté*. Le pourvoi fut rejeté. La Cour de cassation a adopté l’appréciation souveraine des éléments de fait par la cour d’appel, celle-ci a constaté que l’état de frais produit par la société chargée de la promotion « avait été faussement établi et remis aux arbitres dans une intention frauduleuse », et a retenu que la fraude ainsi commise écartait la présomption d’exécution du contrat par celle-ci. Le rejet du pourvoi revenait donc à confirmer l’annulation par la Cour d’appel de Paris de la sentence litigieuse du 21 mars 1992 car celle-ci *a consacré une fraude* commise par la société demanderesse au pourvoi dans l’établissement de ses frais.

Voir aussi : Cass. 2^{ème} civ., 12 fév. 2004, n° de pourvoi : 02-10.987. En l’espèce, un tribunal arbitral a condamné un particulier à payer certaines sommes à une compagnie abritant un groupe de sociétés. Celui-ci a formé un recours en annulation ainsi qu’un appel à l’encontre de cette sentence. La Cour d’appel a, par arrêt du 7 octobre 1997, rejeté le recours et déclaré l’appel irrecevable. L’appelant a ultérieurement formé un recours en révision à l’encontre de cet arrêt ; il soutenait que l’un des membres du tribunal arbitral entretenait des liens professionnels et économiques avec les sociétés dudit groupe et des liens privilégiés avec le président du tribunal arbitral. La cour d’appel a déclaré ce recours irrecevable. Pour rejeter le recours en révision, l’arrêt retient que l’appelant ne démontre pas et n’allègue même pas, qu’ils ont eu une incidence déterminante sur l’arrêt du 7 octobre 1997, tout en précisant que les moyens de nullité soulevés portaient sur l’absence de convention d’arbitrage et sur une insuffisance de motivation. L’appelant se pourvut alors en cassation contre cet arrêt. Pour censurer l’arrêt attaqué, la Cour de cassation énonce : « *Qu’en statuant ainsi, sans rechercher si la fraude invoquée à l’appui du recours en révision tenait au défaut d’impartialité des arbitres, n’était pas de nature, au cas où elle serait imputable, ne serait-ce que pour partie à la CIGP (la défenderesse), à fonder un recours en annulation, la cour d’appel n’a pas donné de base légale à sa décision* ».

Voir aussi mais de manière moins claire : Cass. 1^{ère} civ., 3 nov. 2004, n° de pourvoi : 01-03.262.

1151. – Il est intéressant de remarquer, au terme de ce chapitre, que les recours-nullité étudiés dans ce sous-chapitre deuxième qui sont le pourvoi-nullité, la tierce opposition-nullité et le recours en révision-nullité correspondent tous aux voies de recours extraordinaires prévues par la loi et constituent les *versions de création prétorienne* de ces voies de recours, alors que l'appel-nullité, recours prétorien qui a été le premier à être improvisé par la jurisprudence et dont le régime juridique construit peu à peu par celle-ci, a servi de point de référence aux autres recours-nullité, correspond quant à lui, à une *voie de recours ordinaire*, et est aussi la voie de recours typique basée sur le *double degré de juridiction*.

1152. – Ceci doit nécessairement nous mener à une constatation et qui est la suivante : c'est le caractère *ordinaire par excellence* de cette voie de recours qu'est l'appel, qui a permis à la jurisprudence de lui reconnaître le caractère subsidiaire et ainsi de décider que celui-ci devient ou demeure recevable, en tant que voie de nullité, lorsque la loi interdit expressément l'appel et aussi, *malgré cette interdiction*.

C'est l'appel-nullité qui a ouvert la voie à la réception en droit positif, de tous les autres recours-nullité et ceci justifie aussi les longs développements qui lui ont été consacrés dans ce chapitre et la place qui lui a été donnée.

Conclusion du chapitre

1153. – Les développements consacrés dans ce chapitre aux recours-nullité démontrent que ceux-ci constituent une des illustrations les plus caractéristiques de la subsidiarité.

La consécration par la jurisprudence des recours-nullité exprime la reconnaissance à tout justiciable d'un *droit fondamental* d'accès à la justice et plus particulièrement, du *droit fondamental à l'exercice d'une voie de recours* contre une décision qui lui fait grief, lorsque cette décision est entachée d'excès de pouvoir, ou pourrions-nous dire, d'une manière plus abstraite, d'une illégalité qui est d'une gravité telle *qu'il serait insupportable de la laisser à l'abri de toute sanction*.

1154. – A cet égard nous estimons quelque peu regrettable que la jurisprudence ait grandement remis en cause – sinon peut-être, abandonné – la violation des principes fondamentaux de procédure comme cas d'ouverture de l'appel-nullité, et ne prend désormais en considération que l'excès de pouvoir, notion paradoxalement empruntée au droit public. Il aurait été beaucoup plus convenable et justifié de *maintenir*, comme correspondant, de première part, aux concepts du droit privé et plus particulièrement du droit judiciaire privé, et de deuxième part, comme étant une notion moins vague et fuyante que l'excès de pouvoir, la référence faite à la violation des principes fondamentaux de procédure en tant que cas d'ouverture de l'appel-nullité.

1155. – Nous avons abordé la question – cruciale – de pouvoir déterminer si l'appel-nullité, voie de recours subsidiaire typique, *constitue ou non une voie de recours autonome*. La jurisprudence analysée sur cette matière, tend à accrédi-ter l'idée selon laquelle il s'agit plus exactement d'un *recours restauré*.

L'appel-nullité, ou de manière plus générale, le recours-nullité, intervenant dans l'hypothèse où tout recours est prohibé, constituerait ainsi *le rétablissement, la restauration* d'un recours autrefois interdit.

La restauration de ce recours-nullité a été rendue nécessaire pour la sauvegarde et la protection d'un *impératif supérieur de légalité qui s'est trouvé gravement atteint*, cette atteinte se concrétisant, selon le dernier état du droit positif, par l'existence d'un excès de pouvoir qui entache la décision litigieuse.

Cette consécration a ouvert la voie vers la reconnaissance d'autres voies de recours, recours-nullité, qui viennent à leur tour, *compléter* le dispositif juridique de protection dont bénéficient les plaideurs.

Conclusion du titre premier

1156. – Au terme des développements consacrés à l'enrichissement sans cause en tant que voie de droit subsidiaire, et, aux recours-nullité en tant que voies de recours subsidiaires, nous pouvons affirmer que la fonction de suppléance de la subsidiarité a été démontrée et analysée de manière assez instructive. A travers ces deux illustrations, la subsidiarité vient *combler les lacunes du droit*, et assurer le bon fonctionnement de la Légalité.

Il est certain que d'autres illustrations peuvent être trouvées pour ces cas de figure et fonction, mais nous avons – bien entendu – voulu limiter notre analyse *aux plus pertinentes*.

1157. – Cette analyse a été pour nous l'occasion de démontrer l'existence des liens étroits qu'entretiennent ces illustrations avec des *notions séculaires* du droit privé, telles l'équité, la fraude à la loi, le droit à un procès équitable, etc.

Ceci démontre par ailleurs que la subsidiarité est une notion *essentielle* du droit privé, et qu'elle est véritablement *ancrée* dans le droit positif.

1158. – Il demeure cependant important de préciser au terme de ce titre premier, que la fonction de suppléance de la subsidiarité *ne se limite pas* à remplir les fonctions de voie de droit subsidiaire et de voies de recours subsidiaires. A côté de ces deux fonctions, il en existe une autre qui n'est point de *moindre importance*, mais qui se présenterait quant à elle, de manière *plus discrète* ; c'est la fonction subsidiaire du droit commun vis-à-vis des droits spéciaux, qui se concrétise par son rôle *d'en combler les lacunes*. C'est ce que nous envisagerons dans le titre second de cette seconde partie.

Titre 2 : La vocation subsidiaire du droit commun à s'appliquer pour combler les lacunes des droits spéciaux.

1159. – La subsidiarité du droit commun a déjà été examinée lors de l'étude des recours-nullité, illustrant très pertinemment cette caractéristique du droit commun. Il s'agissait précisément de la subsidiarité des voies de recours du droit commun. Celles-ci demeurent recevables malgré l'interdiction des voies de recours, pour sanctionner les décisions, rendues dans une diversité de matières, et qui seraient entachées d'excès de pouvoir.

Il n'est pas nécessaire d'en faire l'étude de nouveau, nous renvoyons à ce qui a été dit dans le chapitre relatif aux recours-nullité²¹⁶⁴.

1160. – Ce cas de figure de la subsidiarité illustre parfaitement et de manière très cohérente la fonction de suppléance de celle-ci. Dans ce cas de figure, il faut admettre que la subsidiarité rejoint l'idée de *complémentarité*.

L'application du droit commun dans le domaine réservé aux droits spéciaux constitue une application typique de la subsidiarité car les rapports entre ces deux types de droits sont basés sur l'idée de *hiérarchie*. Ainsi, d'une part, les droits spéciaux ne peuvent « se passer » – si l'on peut dire – du droit commun, en ce sens que l'application de celui-ci à des matières qui relèvent de ces droits constitue une application indiscutée et quasi généralisée, et d'autre part, s'il arrive qu'un conflit existât entre droit commun et droit spécial quel qu'il fût, ce conflit sera *tranché au profit de ce dernier*. Cette solution constitue incontestablement une application de la règle *Specialia generalibus derogant*.

1161. – Parler cependant aujourd'hui des rapports des droits spéciaux et du droit commun, n'est pas aussi simple qu'il ne l'était il y a quelques décennies. En effet, à cause du développement de la vie moderne et de l'accroissement des besoins des sujets de droit dans la société et de l'activité législative qui y est corrélative, ainsi que le rôle accru de la jurisprudence sur ce point, les branches du droit se sont énormément diversifiées et ramifiées, à tel point qu'on peut valablement parler actuellement de droits spéciaux émanant de droits qui sont à leur tour spéciaux, ou si l'on peut valablement dire de « sous-droits spéciaux » émergeant à partir de droits spéciaux conventionnels, ou communément reconnus.

²¹⁶⁴ V. *supra* n^{os} 825 et s.

Le développement de ce type nouveau de droits spéciaux, prenant naissance en s'*émancipant* des droits spéciaux classiques, a acquis une envergure telle qu'on a été tenté notamment, de construire une « théorie générale des contrats spéciaux »²¹⁶⁵.

1162. – L'étude de la vocation subsidiaire du droit commun à s'appliquer pour combler les lacunes des droits spéciaux que nous envisageons dans le présent titre, soulève la question des rapports qu'entretiennent le droit commun et le droit spécial.

Les rapports qu'entretiennent le droit commun et le droit spécial constituent un thème d'actualité en droit positif, et plus d'une thèse lui a été consacrée²¹⁶⁶.

L'analyse des rapports du droit général et des droits spéciaux déborde cependant le cadre de cette étude, elle ne constitue, au surplus et surtout pas, notre objectif. Ne constitue pas non plus notre objectif, l'étude des rapports pouvant exister entre les différents droits spéciaux, et l'articulation entre ceux-ci.

1163. – Notre objectif serait plus exactement d'analyser la manière par laquelle le droit commun, pris – bien-entendu – dans son acception classique²¹⁶⁷, s'applique pour remplir la fonction *de comblement des lacunes des droits spéciaux*, et, de démontrer ainsi l'importance que revêt cette fonction. Et pour bien mener ce dessein, nous allons recourir aux illustrations les plus communément admises du droit commun. Mais les illustrations ainsi choisies, sont également les *plus significatives*.

Donc, le droit commun que nous étudierons ici sera celui qui est entendu dans son acception la plus communément admise, et la plus conventionnelle qui soit. Nous nous éloignerons des acceptions nouvelles, trouvées et découvertes aujourd'hui du droit commun, telles que celles qui cherchent à construire un droit commun des contrats spéciaux, ou de manière plus générale, un droit commun des droits spéciaux,

²¹⁶⁵ P. PUIG, *Existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux ?*, LPA 28 nov. 2012, n° 238, p. 56.

²¹⁶⁶ V. : Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse Paris II, 2006. – N. DELEGOVE, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse Paris II, 2011. – S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans, 2011.

²¹⁶⁷ Le droit commun dans son acception classique, c'est le droit commun de la responsabilité civile qui est institué par l'article 1382 C.C. C'est également le droit commun des obligations et des contrats, qui résulte de la combinaison des dispositions des articles 1134 et 1135 C.C. qui régissent l'effet des obligations. Le droit commun des obligations et des contrats qui résulte aussi des dispositions de l'article 1147 C.C., texte principal régissant la sanction de l'inexécution des obligations. Ce droit commun résulte de même et toujours, des dispositions de l'article 1184 du même Code, *texte fondamental* qui régit les contrats synallagmatiques. Tous ces textes séculaires contribuent à former le droit commun, tel qu'il est entendu dans son acception classique, ou, si l'on peut dire, *originelle*. Ici, il est intéressant de faire le lien entre *l'ancienneté* de ces textes et la *particularité qu'ils possèdent de pouvoir former le droit commun*. Tous ces textes ont bien résisté à l'épreuve du temps, et on se demande si c'est leur ancienneté qui leur a permis de former le droit commun, ou bien, si c'est leur teneur, d'une *importance de premier rang* d'ailleurs, qui leur a permis de traverser le temps *sans prendre de rides*. Nous pensons que c'est la *grande valeur* de ces textes qui leur a permis de résister à l'épreuve du temps, et le fait qu'ils y ont résisté a largement contribué qu'ils conservent une place d'une importance telle parmi les règles du droit, à permettre qu'*ils puissent*

et qui – pensons-nous – sont toujours *en voie de se former* et n'ont pas encore acquis assez de consistance qui puisse leur permettre de remplir la fonction de subsidiarité du droit commun tel qu'il est entendu de façon classique.

1164. – Le droit commun dans sa fonction de subsidiarité possède la caractéristique de la *généralité*. La généralité s'opposant dans cette perspective à la spécificité. On se demande alors s'il n'est pas possible de faire le rapprochement entre lui et les principes généraux du droit, *caractérisés également par leur généralité*. Il existe une relation solide et indéniable entre principes généraux du droit et droit commun. L'envergure que ceux-ci possèdent est plus importante que celle que possède le droit commun. L'influence qu'ils exercent sur le droit commun est grande. L'inverse n'est – bien-entendu – pas vrai. L'influence va dans *un seul sens*. Ce sont les principes généraux du droit qui *influencent* le droit commun en *contribuant à la création de ses règles*.

L'étude de la vocation subsidiaire du droit commun vis-à-vis des droits spéciaux nécessitera que l'on envisage, dans un chapitre premier, l'étude des rapports de la subsidiarité et des notions directrices des droits spéciaux. Et, dans un chapitre second, l'application subsidiaire du droit commun à travers son illustration *la plus significative*, qu'est le droit commun de la *responsabilité civile*.

constituer le droit commun, droit commun, respectivement, de la responsabilité civile et des obligations et contrats.

Chapitre 1^{er} : La subsidiarité et les notions directrices des droits spéciaux.

1165. – Ce titre deuxième de la deuxième partie étant consacré à l'étude de la subsidiarité du droit commun, qui se concrétise à travers sa fonction de combler les lacunes des droits spéciaux, il conviendra avant de passer à l'étude des illustrations de cette fonction, étudier les rapports qu'elle pourrait entretenir avec les notions directrices des droits spéciaux.

Ceci pourrait paraître de prime abord quelque peu *insolite*, puisqu'on est enclin à penser que la subsidiarité serait le mieux étudiée *à travers ses applications*, et que les acceptions qu'elle pourrait avoir *ont été déjà envisagées*. Mais, il n'en est rien, et la richesse de la notion se prêterait davantage à des recherches qui s'avéreront, comme nous allons voir, être *aussi instructives que justifiées*.

Seront ainsi envisagés successivement, les liens existant entre principe de faveur et la subsidiarité (section 1^{ère}), ceux existant entre la hiérarchie des normes et la subsidiarité (section 2), et, ceux existant entre celle-ci et l'emprunt par le droit spécial des concepts du droit civil (section 3).

Section 1^{ère} : Principe de faveur et subsidiarité.

1166. – Il est tentant de faire le rapprochement entre le principe de faveur et la notion de subsidiarité. Précisons au préalable que le principe de faveur, qui est l'un des principes directeurs du droit du travail²¹⁶⁸, en est également considéré comme un principe *fondamental*²¹⁶⁹.

²¹⁶⁸ Y. CHALARON, *L'application de la disposition la plus favorable*, in Etudes Gérard Lyon-Caen, Dalloz 1989, p. 243. – A. CHEVILLARD, *La notion de disposition plus favorable*, Dr. social 1993. 363. – A. JEAMMAUD, *Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente*, Dr. social 1999. 115.

²¹⁶⁹ Cass. soc., 25 nov. 1992: Bull. civ. 5, n° 573, p. 361. – Cass. soc., 25 nov. 1992, n° de pourvoi : 89-45.131. – Cass. com., 8 oct. 1996 - n° de pourvoi : 92-44.361 - 92-44.375 : Bull. civ. 5, n° 315, p. 224. L'arrêt énonce dans un attendu de principe : « *Vu le principe fondamental, en droit du travail, selon lequel, en cas de conflits de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application* ». – V. qui reprennent textuellement ce même attendu : Cass. soc., 17 juill. 1996 : Bull. civ. 5, n° 296, p. 208. – Cass. soc., 17 juill. 1996 : Bull. civ. 5, n° 297, p. 209 ; Droit social 1996. 1049, concl. P. Lyon-Caen. – Cass. soc., 17 juill. 1996, n° de pourvoi : 94-45.281. – Cass. soc., 17 juill. 1996, n° de pourvoi : 95-41.614. – Cass. soc., 27 mars 2001 : Bull. civ. 5, n° 106, p. 82. – V. aussi : Cass. soc., 19 sept. 2007 : JCP S n° 49, 4 déc. 2007, 1947, note G. Vachet. Sur l'attendu de principe de cet arrêt, v. *infra* note 2172 sous n° 1169. – V. aussi : F. DUQUESNE, *Droit du travail*, Gualino, Lextenso éd. 2010, n° 76 et les réf. citées.

Il est admis que le fondement de ce principe se trouve dans l'article L. 2251-1 C. trav., qui dispose :

« Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ».

L'idée de faveur peut également être trouvée dans l'article L. 2254-1 de ce Code. Cet article dispose :

« Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables ».

1167. – Soulignons que ce qui différencie l'article L. 2251-1 C. trav. de l'article L. 2254-1 du même Code, c'est que dans celui-ci, il est clairement affirmé que les dispositions qui sont plus favorables aux salariés *leur seront appliquées*, alors que dans celui-là, le principe de l'application de la clause la plus favorable n'est pas explicitement affirmé ; ce qui l'est, c'est la *possibilité* donnée aux rédacteurs des conventions collectives et accords d'entreprise *de stipuler en faveur des salariés des clauses plus favorables que les dispositions légales en vigueur*.

1168. – C'est seulement à partir de l'interprétation de ces articles que nous pourrions trouver un fondement au principe de faveur. C'est l'adjectif qualificatif « favorable » qui se situe dans la dernière tranche de l'article L. 2254-1, qui indique que c'est véritablement *l'idée de faveur qui dicte l'application des clauses aux salariés*. Alors que dans l'article L. 2251-1 C. trav., c'est le superlatif « plus » qui indique que des stipulations bénéficiant de manière meilleure aux salariés pourront être prises.

1169. – Ce principe n'est cependant nulle part édicté par la loi²¹⁷⁰ ; en ce sens qu'il ne peut aucunement être trouvé dans la loi l'expression de « principe de faveur ». C'est la doctrine qui a découvert ce principe et il a été adopté par la jurisprudence.

La jurisprudence applique avec constance le « principe de faveur »²¹⁷¹, principe en vertu duquel en cas de concours de plusieurs normes qui auraient des

²¹⁷⁰ Rappr. : P. MORVAN, *op. cit.*, n° 432, pp. 380 *in fine* et 381.

²¹⁷¹ V. par ex. : Cass. soc., 1^{er} juin 1976 : Bull. civ. 5, n° 338, p. 279. – Cass. soc., 16 janv. 1985 : Bull. civ. 5, n° 24, p. 17. – Cass. soc., 6 fév. 1991, n° de pourvoi : 88-44.291. Qui énonce dans un attendu de principe, que : « *le salarié étant toujours en droit de se prévaloir des dispositions légales lorsque celles-ci lui sont plus favorables que les dispositions conventionnelles* ». – Cass. soc., 25 nov. 1992 précit. : Bull. civ. 5, n° 573, p. 361. – Cass. soc., 25 nov. 1992 précit., n° de pourvoi : 89-45.131. – Cass. com., 8 oct. 1996 précit. : Bull. civ. 5, n° 315, p. 224. – Cass. soc., 19 fév. 1997 : Bull. civ. 5, n° 70, p. 48 ; D. 1997, IR. 75 ; Dr. social 1997. 432, obs. G. Couturier. – Cass. soc., 26 oct. 1999 : Bull. civ. 5, n° 398, p. 292 ;

vocations égales à s'appliquer à l'égard d'un salarié, c'est celle qui lui est *plus favorable* qui doit être préférée.

Le principe de faveur réglant le concours de normes en droit du travail ; son application aura pour résultat de *faire prévaloir* la norme la plus favorable au salarié, sur celles qui le sont moins et de laisser celles-ci à l'écart de l'application. De cette manière, le principe de faveur aura pour but de mettre la norme la plus favorable au salarié au *sommet de la hiérarchie*.

Nous voyons que ce principe ne domine pas l'ensemble du droit du travail, *mais seulement les difficultés nées des conflits de normes*²¹⁷².

1170. – C'est sous *cet angle précisément*, que le rapprochement peut être fait entre principe de faveur et subsidiarité ; les deux notions ayant en commun de se fonder sur l'idée de *hiérarchie*. C'est à partir de l'idée de hiérarchie, hiérarchie des normes, que les liens peuvent être solidement établis entre le principe de faveur et la subsidiarité.

Celle-ci est fondée sur l'idée de hiérarchie, et le principe de faveur *régit la hiérarchie des normes en droit du travail*.

1171. – Si l'on voulait appliquer la notion de subsidiarité au principe de faveur, on pourrait avancer que le principe de faveur a pour effet de *rendre la norme la moins favorable subsidiaire par rapport à la norme qui lui est plus favorable et par rapport à la norme qui est la plus favorable*, et ainsi de suite jusqu'à monter au plus haut de l'échelon.

Bien qu'il ait été parfois dénoncé²¹⁷³, et ait subi de graves entorses par la volonté même du législateur²¹⁷⁴, ce principe conserve toujours assez de consistance et

Dr. social 2000. 381, note Ch. Radé. – Cass. soc., 3 nov. 1999 : Bull. civ. 5, n° 429, p. 317 ; D. 2000, jur. 368, note T. Auber-Monpeyssen. – Cass. soc., 18 oct. 2006 : Bull. civ. 5, n° 314, p. 301. – Cass. soc., 17 juin 2009 : Bull. civ. 5, n° 156. – Cass. soc., 10 fév. 2010 : Bull. civ. 5, n° 36. – Cass. soc., 29 sept. 2010 : Bull. civ. 5, n° 200. – Cass. soc., 12 janv. 2011, n° de pourvoi : 09-65.831.

²¹⁷² J. PÉLISSIER, *Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ?*, in Mélanges Michel Despax, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 437. L'auteur précise que s'il constitue un principe directeur du droit du travail, ce principe ne s'applique pas à tout le droit du travail, mais seulement à l'occasion de conflit de normes et pas à tous les conflits.

Il est intéressant à cet égard de citer un arrêt précédemment cité du 19 septembre 2007 (Cass. soc., 19 sept. 2007 précit. : JCP S n° 49, 4 déc. 2007, 1947, note G. Vachet.) qui définit les modalités de mise en œuvre du principe de faveur. Cet arrêt énonce : « *le principe fondamental selon lequel en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit être observée, ne s'applique qu'autant que les normes en concours prévoient des avantages ayant le même objet ou la même cause ; que tel n'est pas le cas du régime d'assurance volontaire vieillesse de base de la sécurité sociale et d'un régime de retraite complémentaire ou d'un régime de retraite supplémentaire* ».

²¹⁷³ G. LYON-CAEN, *L'état des sources en droit du travail (agitations et menaces)*, Dr. social 2001. 1031, spéc. n° 9.

maintient sa place en droit positif ; il demeure *fidèlement appliqué par la jurisprudence*.

Puisque le principe de faveur occupe toujours une place *fondamentale* en droit du travail, principe qui est fondé sur l'idée de *hiérarchie* et par là-même *sur celle de subsidiarité*, il est ainsi parfaitement possible d'avancer que le droit du travail est un droit *fortement imprégné de subsidiarité*.

1172. – Cette assertion se trouve encore renforcée si l'on prend en considération la solution de principe applicable en droit social, selon laquelle, « *en cas de concours de conventions collectives, les avantages ayant le même objet ou la même cause ne peuvent, sauf stipulations contraires, se cumuler, le plus favorable d'entre eux pouvant seul être accordé* »²¹⁷⁵.

Ainsi, le principe de faveur interdit tout cumul entre les normes en cause ou assemblage entre celles-ci, elles ne peuvent être qu'*impérativement hiérarchisées*.

Ceci constitue une autre démonstration que c'est effectivement l'*idée de hiérarchie*, qui fonde le principe de faveur et *le rapproche de manière certaine du principe de subsidiarité*.

1173. – Dans cette optique, il est possible d'affirmer qu'à travers l'application du principe de faveur, le droit du travail est une matière *fortement régie par la subsidiarité*.

Si le principe de faveur a été, en tant que *principe fondamental du droit du travail*, le premier à nous avoir inspiré pour faire le rapprochement avec la subsidiarité, *il ne constitue cependant pas le seul domaine du droit du travail à*

²¹⁷⁴ V. : F. BOCQUILLON, *Que reste-t-il du principe de faveur ?*, Dr. social 2001. 255, spéc. pp. 257 et 258. L'auteur évoque l'apparition récente en droit du travail d'une nouvelle catégorie de règles légales dites « d'ordre public dérogatoire ». Ces normes autorisent les acteurs sociaux à écarter le principe de faveur pour adopter des règles conventionnelles dont la teneur diffère de la loi ou du règlement.

²¹⁷⁵ Ass. plén., 18 mars 1988 : Bull. ass. plén., n° 3, p. 3 ; D. 1989, jur. 221, note J.-P. Chauchard ; *Grands arrêts*, n° 173. A été reproduit plus haut, l'attendu de principe de cet arrêt *fondamental en matière de droit social*. – V. déjà : Cass. soc., 3 juin 1982 : Bull. civ. 5, n° 357, p. 265. Pour censurer l'arrêt d'appel, la Cour relève que : « *l'arrêt attaqué a dit que, pour calculer l'indemnité à laquelle avait droit Mme Z de son licenciement, il y avait lieu, en application de ce texte, d'accorder à celle-ci, outre l'indemnité spéciale de six mois de salaires, la majoration de 50% prévue, dans la même hypothèse, par la convention collective nationale du notariat du 13 octobre 1975* ». Elle poursuit et décide que : « *Qu'en statuant ainsi alors que les avantages supplémentaires édictés par la convention collective régionale du 1^{er} déc. 1960 pour une situation particulière non prévue par la convention collective nationale alors en vigueur ne pouvaient se cumuler avec ceux accordés postérieurement dans la même hypothèse, par la convention collective nationale du 13 oct. 1975, et que Mme Y pouvait seulement prétendre à l'application des dispositions les plus favorables* ».

A dire vrai, c'est cette dernière tranche de phrase qui est la plus importante au regard du principe de faveur ainsi que de la subsidiarité. Soulignons l'importance qui s'attache à l'emploi du superlatif et qui indique qu'il n'y a pas de cumul possible et que *seules doivent être préférées les dispositions les plus favorables*. V. aussi : Cass. soc., 3 avr. 2007 - n° de pourvoi : 06-41.017.

entretenir des liens étroits avec celle-ci, d'autres domaines du droit du travail peuvent entretenir des liens assez étroit avec la subsidiarité, il en est ainsi de *la hiérarchie des normes* en droit du travail.

Section 2 : Hiérarchie des normes et subsidiarité.

1174. – A côté du principe de faveur, l'articulation des différentes sources de normes en droit du droit et la hiérarchie existant impérativement entre elles, illustrerait de manière exemplaire une application de la notion de subsidiarité.

En effet, depuis assez longtemps, un éminent auteur avait parlé de « principes de hiérarchie » entre les sources du droit du travail²¹⁷⁶, ce qui évoque inévitablement l'idée de subsidiarité.

1175. – Sous cet angle également, on peut valablement avancer que le droit du travail est une matière *fortement imprégnée de subsidiarité*. Il est très simple pour l'admettre de penser aux rapports hiérarchisés très rigoureusement réglementés entre les différentes sources de normes régissant les rapports de droit dans le monde du travail²¹⁷⁷. Rares sont en effet les matières qui, à l'instar du droit du travail, possèdent une hiérarchie des sources de normes aussi *minutieusement et impérativement réglementée*.

1176. – Actuellement, la subsidiarité devrait connaître un *nouvel essor* en droit du travail. Cet essor s'est révélé par l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 « portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail », qui opéré une « décentralisation de compétences »²¹⁷⁸, dans son volet portant « réforme du temps de travail ». Par son article 18, cette loi est notamment, venue modifier, l'article 3121-11 C. trav. Cet article mérite qu'on s'y arrête. Il dispose que :

« Des heures supplémentaires peuvent être accomplies dans la limite d'un contingent annuel défini par une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche.

²¹⁷⁶ P. DURAND, *Traité de droit du travail, op. cit.*, n^{os} 132 à 139. – V. aussi : A. ROUAST et P. DURAND, *Précis de droit du travail*, Dalloz 1961, spéc. n° 61.

²¹⁷⁷ Pour un exposé exhaustif de l'articulation des différentes sources de normes en droit du travail, v. : M. DESPAX et G.-H. CAMERLYNCK, *Traité de droit du travail. T. 7, Conventions collectives*, Dalloz 1966, spéc. n^{os} 44 et s. – P. DURAND, *Traité de droit du travail, op. cit.*, n^{os} 132 à 139. – F. GAUDU, *Droit du travail*, Dalloz 2013, spéc. n^{os} 590 à 595. – V. aussi mais de manière moins globale : P. MORVAN, *L'articulation des conventions et accords collectifs. Essai d'«ostéopathie» juridique* in *L'articulation des normes en droit du travail*, art. précit.

²¹⁷⁸ P. MORVAN, *L'articulation des conventions et accords collectifs. Essai d'«ostéopathie» juridique* in *L'articulation des normes en droit du travail, ibid.*, n° 46.

Une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche fixe l'ensemble des conditions d'accomplissement d'heures supplémentaires au-delà du contingent annuel ainsi que les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos due pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel (...).

A défaut d'accord collectif, un décret détermine ce contingent annuel et les caractéristiques et les conditions de prise de la contrepartie obligatoire en repos pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel.

A défaut de détermination du contingent annuel d'heures supplémentaires par voie conventionnelle, les modalités de son utilisation et de son éventuel dépassement donnent lieu au moins une fois par an à une consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel, s'il en existe ».

1177. – Une première lecture du texte nous montre que le législateur a eu largement recours à la notion de subsidiarité. Ceci se révèle clairement à travers l'expression « à défaut ». Cet usage de la subsidiarité, a pour effet de créer une véritable hiérarchie entre les différentes sources de normes en cause, et ceux sont d'une part, la convention ou l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement, et d'autre part, la convention ou l'accord de branche.

Donc, une convention ou un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche pourrait procéder à la détermination de l'ensemble des conditions d'accomplissement d'heures supplémentaires, au-delà du contingent annuel ; ces dispositions qu'un éminent auteur a, à juste titre, considéré qu'elles introduisent *un mécanisme de subsidiarité*²¹⁷⁹. Cet auteur a justement, expliqué que la rédaction nouvelle donnée à l'article L, 3121-11 C. trav. n'introduisait pas un nouveau cas de dérogation par accord d'entreprise à l'accord de branche, mais, *elle imprimait à ce dernier un caractère subsidiaire*²¹⁸⁰.

Soulignons que l'auteur avait émis ses opinions *après* que le Conseil constitutionnel, saisi d'une requête en contrôle de constitutionnalité de la loi précitée n° 2008-789 du 20 août 2008, a rendu une décision n° 2008-568 en date du 7 août 2008.

²¹⁷⁹ V. par ex. : P. MORVAN, *L'articulation des conventions et accords collectifs. Essai d'«ostéopathie» juridique* in *L'articulation des normes en droit du travail*, art. précit., n^{os} 45 à 51.

²¹⁸⁰ P. MORVAN, *L'articulation des normes sociales à travers les branches*, Dr. social 2009. 679, spéc. n° 20. – V. aussi du même auteur : *L'articulation des conventions et accords collectifs. Essai d'«ostéopathie» juridique* in *L'articulation des normes en droit du travail*, art. précit., n° 49. – V. aussi qui défend la même opinion : A. SAURET, *La réforme du temps de travail*, LPA 7 juill. 2008, n° 135, p. 4.

1178. – Il serait intéressant d'examiner ce qui a changé par rapport à la subsidiarité instituée par la loi attaquée, loi « portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail », après qu'a été rendue la décision du 7 août 2008.

On se demande, si la subsidiarité instituée par ladite loi, se maintient toujours aujourd'hui.

Le Conseil constitutionnel a, dans sa décision précitée du 7 août 2008, notamment estimé en se référant à l'article 34 de la Constitution²¹⁸¹, que les deuxième et troisième alinéas de l'article L. 3121-11, résultant de la loi précitée du 20 août 2008, qui prévoyaient une contrepartie obligatoire en repos pour toute heure supplémentaire accomplie au-delà du contingent annuel, *supprimaient tout encadrement de sa durée minimale ou des conditions dans lesquelles elle doit être prise*, et que, « *le législateur n'a pas défini de façon précise les conditions de mise en œuvre du principe de la contrepartie obligatoire en repos et a, par suite, méconnu l'étendue de la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution* ».

Juste après avoir relevé ceci, et dans le considérant 16 de sa décision, le Conseil constitutionnel décide : « *qu'en l'absence de toute autre garantie légale encadrant la détermination de la contrepartie obligatoire en repos des heures supplémentaires prises au-delà du contingent annuel ou les conditions dans lesquelles elle doit être prise, doit être déclarée contraire à la Constitution la référence à « la durée » de la contrepartie obligatoire en repos, qui figure aux deuxième et troisième alinéas de l'article L. 3121-11 du Code du travail dans sa rédaction issue du I de l'article 18 de la loi déferée* ».

Nous voyons donc que *seuls* ont été déclarés contraires à la Constitution dans l'article L. 3121-11 C. trav. en question, les membres de phrase qui sont relatifs à « la durée » de la contrepartie obligatoire de repos figurant aux deuxième et troisième alinéas de cet article. Le reste du mécanisme *innovant* introduit par la loi du 20 août 2008 « portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail », demeure – heureusement – *préservé*. Il s'agit essentiellement de la compétence, *principale*, attribuée à la convention ou à l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement, de *définir* les heures supplémentaires de travail pouvant être

²¹⁸¹ Rappelons que l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose notamment que : « La loi fixe les règles concernant (...) le droit du travail, le droit syndical et de la sécurité sociale ».

accomplies dans la limite d'un contingent annuel, et de la compétence, *subsidaire*, attribuée à la convention ou à l'accord de branche de pouvoir, quant à eux, définir ces heures.

1179. – Nous pouvons avancer que la subsidiarité introduite par la loi précitée du 20 août 2008, et qui est particulièrement venue *imprimer* à la convention collective de branche *un caractère subsidiaire*, la contraignant à *s'incliner* devant l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement qui, lui, est de niveau inférieur²¹⁸², *demeure sauvegardée*.

Cette loi a incontestablement *innové*, et son innovation réside dans la *prééminence* accordée à *l'entreprise*, en tant qu'entité économique et sociale, dans la fixation des heures supplémentaires de travail pouvant être accomplies dans la limite d'un contingent annuel.

1180. – Dans son dessein novateur, la loi a, et *de manière avérée*, eu recours à la notion de subsidiarité, afin de *créer une hiérarchie* entre les différentes entités créatrices de normes, ou plus exactement, créer une *nouvelle* hiérarchie et *inverser la hiérarchie traditionnelle* existant entre d'une part, la convention ou à l'accord de branche, et, d'autre part, la convention ou à l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement, conférant désormais à celle-là *un caractère subsidiaire*.

1181. – A côté de la décentralisation opérée par la loi précitée du 20 août 2008, et la hiérarchie nouvelle des sources de normes qui s'en est suivie, il existe une *autre manifestation* de la subsidiarité de la compétence normative en droit du travail. Celle-ci, bien qu'elle soit *moins significative* que celle introduite par la loi précitée, *n'est pas pour autant moins intéressante*. Il s'agit de la *hiérarchie nouvelle* des compétences normatives instituée par l'article L. 1 C. trav., résultant de la loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008²¹⁸³.

1182. – S'inspirant de la même idée de décentralisation de compétence que la loi du 20 août 2008 sur la « rénovation de la démocratie sociale et la réforme du temps de travail », la loi du 21 janvier 2008 est venue quant à elle, *imposer* par

Soulignons que cet article a été modifié par la loi constitutionnelle du 25 juillet 2008, mais sur le point concernant le droit du travail et le droit social, *rien n'a été modifié*.

²¹⁸² V. : P. MORVAN, *L'articulation des normes sociales à travers les branches*, art. précit. n°s 20 à 22. – V. aussi du même auteur : *L'articulation des conventions et accords collectifs. Essai d'«ostéopathie» juridique* in *L'articulation des normes en droit du travail*, art. précit., n°s 49 et 50.

²¹⁸³ P. MORVAN, *L'articulation des conventions et accords collectifs. Essai d'«ostéopathie» juridique* in *L'articulation des normes en droit du travail*, *ibid.*, n° 47, p. 24.

l'article L. 1 précité, au gouvernement de soumettre tout projet de réforme portant sur les relations individuelles et collectives de travail, ainsi que sur l'emploi et la formation professionnelle, à une « *concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel* », et ceci dans le but de l'ouverture d'une négociation à ce même niveau.

A travers l'instauration de cette procédure de concertation préalable, le législateur exprime encore une fois sa volonté de donner aux entreprises et aux syndicats, défenseurs des intérêts des employés, la *prééminence de compétence normative* par rapport à la voie *traditionnelle*, qu'est la voie *législative*²¹⁸⁴. Celle-ci est devenue *subsidaire* par rapport à la procédure donnant la *primauté* à la concertation conduite par les partenaires sociaux.

1183. – La hiérarchie qui résulte de la procédure de concertation susvisée a rendu la voie législative bel et bien *subsidaire* ; il y a véritablement ici une *révolution* dans les modes de création de normes, opérée de manière principale à *travers la subsidiarité*.

Après avoir examiné la subsidiarité se révélant à travers la hiérarchie des normes en droit du travail, il nous faut passer, et dans une *perspective différente*, à l'étude des liens pouvant exister entre la subsidiarité et l'emprunt opéré par les droits spéciaux des concepts du droit civil, en tant que *droit commun*.

Section 3 : La subsidiarité et l'emprunt par les droits spéciaux des concepts du droit civil, droit commun.

1184. – Les concepts forgés en droit civil sont multiples, nous ne pourrions pas en faire un examen exhaustif. Nous ne nous arrêterons qu'à une seule, que nous estimons être l'une des plus significatives.

La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat préconisée depuis plus d'un siècle par Demogue²¹⁸⁵, qui fut endossée par la jurisprudence de la Cour de cassation et consacrée en droit libanais à l'article 255

²¹⁸⁴ En ce sens : P. MORVAN, *L'articulation des conventions et accords collectifs. Essai d'«ostéopathie» juridique* in *L'articulation des normes en droit du travail*, *ibid.*, n° 47, p. 24.

²¹⁸⁵ R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, éd. Rousseau, T. 5, 1925, n° 1237. – V. aussi du même auteur : *Traité des obligations*, T. 6, 1932, n° 599.

C.O.C.²¹⁸⁶, est l'une des plus significatives et elle a eu des *répercussions* dans tout le droit privé.

Elle a été adoptée par différents droits spéciaux. Cette distinction a également reçu des applications intéressantes dans les *contrats*.

1185. – Ce n'est pas l'obligation de résultat *en tant que telle* qui sera envisagée ici ; celle-ci a déjà fait l'objet d'innombrables analyses, mais bien, sa combinaison *avec l'obligation de sécurité*, autrement dit, *l'obligation de sécurité de résultat*. Rappelons au préalable, que le débiteur d'une obligation contractuelle de résultat ne peut s'en exonérer totalement que par la preuve d'un événement constitutif d'un cas de force majeure, ou, partiellement, par celle de la faute de la victime²¹⁸⁷.

1186. – Sera envisagée en premier, l'application en droit du travail de l'obligation de *sécurité de résultat*, pour, par la suite, analyser son application aux contrats.

Il s'agit donc de l'obligation de résultat *forgée en droit civil*, appliquée à l'obligation de sécurité. Cette obligation fondée sur *le droit à la sécurité*, qui est devenu un « droit de l'homme »²¹⁸⁸, revêt une importance toute particulière à l'égard des parties au contrat qui ont besoin d'une protection *accrue*.

Dans cette optique, il est intéressant de relever que la jurisprudence applique à l'égard de l'employeur une « obligation de résultat de sécurité » envers ses salariés. Même au risque de se répéter, nous soulignons encore que ce n'est pas l'obligation de sécurité qui constitue le centre de notre intérêt, car cette obligation a été reconnue

²¹⁸⁶ Il serait instructif de reproduire les dispositions de ce texte, qui se rapporte à « l'exécution indirecte des obligations », c'est-à-dire par le versement de dommages-intérêts. Ce texte dispose que :

« Dans certains contrats et à titre exceptionnel, la responsabilité du débiteur n'est pas engagée par la seule inexécution de la convention ; elle est subordonnée à la commission d'une faute dont la preuve incombe au créancier et dont le degré de gravité est spécifié par la loi ».

A la lecture de ce texte, on peut voir que les obligations de résultat constituent le principe et que les obligations de moyens, *l'exception*. Cet article possède le mérite d'avoir clarifié la question : en matière de contrats, le principe est que le débiteur est *tenu d'une obligation de résultat*. Cette règle facilite grandement le fardeau de la preuve de l'inexécution pesant sur le créancier de cette obligation. Notons au surplus qu'il ne pose qu'une *règle générale* dont l'application pourrait subir des aménagements et adaptations, puisqu'il fait un renvoi à des règles plus spécifiques relatives à des contrats spéciaux.

Cet article serait encore mieux compris si on le lisait à la lumière de celui qui le précède directement, l'article 254, qui dispose que :

« En matière contractuelle, le débiteur répond de l'inexécution de l'obligation à moins qu'il ne démontre que l'exécution en est devenue impossible dans les conditions prévues à l'article 341 ».

L'article 341 dispose quant à lui que :

« L'obligation s'éteint lorsque, depuis qu'elle est née, la prestation qui en fait l'objet est devenue impossible, naturellement ou juridiquement, sans le fait ou la faute du débiteur ».

²¹⁸⁷ V. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 28 nov. 2012 : Bull. civ. 1, n° 248.

²¹⁸⁸ Y. LAMBERT-FAIVRE, *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*, D. 1994. 81.

depuis plus d'un siècle avec l'avènement de l'ère industrielle et la recrudescence des accidents du travail²¹⁸⁹.

Ce qui importe pour nous est le fait, *d'avoir transformé cette obligation en une obligation de résultat*.

1187. – En droit du travail, il en est notamment ainsi en ce qui concerne *les maladies professionnelles*. A cet égard, il est significatif de signaler que la Chambre sociale de la Cour de cassation a, le 28 février 2002, rendu vingt trois arrêts *dans le même sens*²¹⁹⁰. Les affaires en question se rapportaient à des maladies professionnelles survenues à des salariés qui, pendant des années, ont été exposés et ont inhalé l'amiante, ce qui a causé à certains des maladies incurables et à d'autres de l'incapacité à des taux variables. Un auteur a, à juste titre, qualifié cette jurisprudence de « révolution dans le droit des accidents du travail »²¹⁹¹.

C'est un même attendu *de principe*, qui est *textuellement* repris par la Chambre sociale dans tous ces arrêts, et dans lequel elle énonce : « *qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ; que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver* ».

1188. – Soulignons que la référence *fondamentale* faite à l'obligation de sécurité de résultat, *aurait suffi* à elle seule à fonder le *principe* de la responsabilité de l'employeur. Sur ce point, la qualification de faute inexcusable commise par celui-ci n'est pas nécessaire. Elle l'est cependant *quant à la détermination du montant de l'indemnité*, car un système spécial d'indemnisation a été mis en place²¹⁹².

²¹⁸⁹ Y. LAMBERT-FAIVRE, *ibid.* – F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 2013, spéc. n° 568.

²¹⁹⁰ Soulignons que seulement *sept* de ces arrêts sont publiés au Bulletin : Cass. soc., 28 fév. 2002 (sept arrêts) : Bull. civ. 5, n° 81, p. 74 ; D. 2002. 1285, note P. Langlois ; Droit social 2002. 445, note A. Lyon-Caen ; RTD civ. 2002. 310, note P. Jourdain. Ceux qui ne l'ont pas été, seront cités par leur numéro de pourvoi, v. : Cass. soc., 28 fév. 2002, n^{os} de pourvois : 99-18.392, 00-13.018, 00-13.019, 00-11.794, 00-13.173, 00-13.174, 00-13.175, 00-13.181, 00-13.185, 00-13.177, 00-13.178, 00-13.179, 00-13.182, 00-13.183, 00-13.184, 00-13.186.

²¹⁹¹ A. LYON-CAEN, note in Droit social 2002. 445.

²¹⁹² L'article L. 452-1 CSS applicable en la cause, qui fut créé par le décret n° 85-1353 du 17 décembre 1985, donne en effet droit à une « indemnisation complémentaire ». Cet article dispose que : « Lorsque l'accident est dû à la faute inexcusable de l'employeur ou de ceux qu'il s'est substitués dans la direction, la victime ou ses ayants droit ont droit à une indemnisation complémentaire dans les conditions définies aux articles suivants ».

Nous pensons que les références faites à l'obligation de sécurité de résultat ainsi qu'à l'article L. 452-1 CSS, *se combinent de manière harmonieuse* pour qu'une indemnité fondée *aussi bien en droit qu'en équité* soit octroyée au salarié, ou – bien entendu – à ses ayants droit.

Cette solution a été appliquée *fidèlement* dans les décisions ultérieures, qui ont toutes repris *textuellement le même attendu de principe*, reproduit plus haut, des fameux arrêts du 28 février 2002²¹⁹³.

1189. – Cette solution a été également étendue à l'obligation pesant sur l'employeur, de *protéger ses salariés contre le tabagisme dans l'entreprise*²¹⁹⁴, qui fut *naturellement* considérée comme une obligation de sécurité de résultat.

1190. – Cette même solution a été appliquée fidèlement dans d'autres décisions qui ont visé de manière *plus générale, la sécurité et la santé des salariés*. Cette obligation – de sécurité de résultat, « *impose à l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs* »²¹⁹⁵, et d'en assurer l'*effectivité*²¹⁹⁶.

1191. – Nous voyons que, l'obligation de sécurité de résultat a été étendue du domaine des accidents du travail et des maladies professionnelles, à un domaine *plus général et tout aussi important*, qui se rapporte à la *santé et la sécurité des salariés*.

Plus récemment, la Cour de cassation a également étendu l'obligation de sécurité de résultat à l'*obligation de suivi médical* qui incombe à l'employeur²¹⁹⁷.

Il nous faut apprécier l'importance qui s'attache à la *constance* de cette jurisprudence et à la référence faite très fidèlement à l'obligation de résultat, concept employé par la Cour de cassation dans le but de *protéger efficacement* les salariés contre les accidents du travail, les maladies professionnelles, les risques liés aux *substances toxiques* telles que l'amiante, et, de manière plus générale, de protéger leur santé et sécurité.

²¹⁹³ V. par ex. : Cass. soc., 11 avr. 2002 : Bull. civ. 5, n° 127, p. 133. – Cass. soc., 23 mai 2002 : Bull. civ. 5, n° 177, p. 176. – Cass. soc., 6 fév. 2003 : Bull. civ. 5, n° 48, p. 43.

²¹⁹⁴ Cass. soc., 29 juin 2005 : Bull. civ. 5, n° 219, p. 192.

²¹⁹⁵ Cass. soc., 5 mars 2008 : Bull. civ. 5, n° 46. Cet attendu de principe a une suite, dans lequel la Cour énonce, « *qu'il lui est interdit (l'employeur), dans l'exercice de son pouvoir de direction, de prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés* ».

²¹⁹⁶ Cass. soc., 19 déc. 2007 : Bull. civ. 5, n° 216. L'arrêt énonce que : « *l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité en prenant en considération les propositions de mesures individuelles telles que mutations ou transformations de postes, justifiées par des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé physique et mentale des travailleurs que le médecin du travail est habilité à faire en application de l'article L. 241-10-1 du code du travail (...)* ».

²¹⁹⁷ Cass. soc., 17 oct. 2012 : Bull. civ. 5, n° 268.

1192. – Au vu de cette analyse, on se demande si cet emprunt du concept d'obligation de résultat en droit du travail, s'appliquant à l'obligation de sécurité de l'employeur vis-à-vis de ses salariés, *s'apparente à la subsidiarité*, s'il s'agit de la même acception du concept d'*emprunt* dont un auteur a parlé en étudiant l'application de la responsabilité civile en droit du travail²¹⁹⁸.

Nous pensons que ce *n'est pas techniquement le même procédé*, puisque, en ce qui concerne la responsabilité civile de droit commun en droit du travail, il s'agit précisément de l'application d'un *texte de loi*, en l'occurrence l'article 1382 C.C.²¹⁹⁹, alors qu'ici, il s'agit d'un concept de *création prétorienne*. Soulignons quand même que, dans les deux cas de figures, les résultats sont *comparables*.

Il s'agirait plutôt de l'influence exercée par un système de droit sur l'autre, qui souvent va dans un *seul sens*, c'est-à-dire du droit commun vers les droits spéciaux. C'est aussi un phénomène intéressant à observer dans le Droit, et qui se manifeste dans le fait pour une matière de *puiser* dans d'autres systèmes de droit se caractérisant d'habitude par *leur généralité*, les règles dont elle a besoin afin d'assurer sa *cohérence* et son *efficacité*.

1193. – Ce phénomène pourrait se réaliser à travers la subsidiarité, plus précisément, la *subsidiarité du droit commun*, comme il pourrait se réaliser à travers l'*emprunt d'un concept* forgé dans le droit commun, en l'occurrence, le droit civil, tel que l'emprunt en droit du travail de celui d'*obligation de résultat*.

1194. – En droit libanais, un *raisonnement différent* s'impose, puisque l'article 255 C.O.C. précité a édicté une *règle générale*, a consacré le caractère *exceptionnel* de l'obligation de moyens en matière contractuelle et a fait le renvoi vers d'autres textes de lois²²⁰⁰. Le schéma est bel et bien *inversé*, et c'est au débiteur de l'obligation de sécurité à prouver qu'il *était tenu d'une simple obligation de moyens*.

1195. – A côté du droit du travail, le domaine des loisirs constitue un *terrain propice à l'application de l'obligation de sécurité de résultat*. C'est ainsi que la jurisprudence impose aux professionnels et aux fournisseurs de services dans ce domaine une obligation de sécurité de résultat, obligation qui profite *naturellement* à leurs clients.

²¹⁹⁸ Ch. RADÉ, *Droit du travail et responsabilité civile*, Préf. J. Hauser, L.G.D.J., 1997, t. 282, spéc. n^{os} 282 et s.

²¹⁹⁹ Sur l'application de l'article 1382 C.C. en droit du travail, v. *infra* n^{os} 1208 et s.

²²⁰⁰ Sur le texte de l'article 255 en question, v. *supra* note 2186 sous n^o 1184.

La jurisprudence applique cette solution aux parcs d'autos-tamponneuses. C'est ainsi qu'elle a décidé que, « *l'exploitant d'un manège d'autos-tamponneuses est, pendant le jeu, tenu d'une obligation de résultat en ce qui concerne la sécurité de ses clients* »²²⁰¹. Cet attendu appelle une observation ; on peut voir que l'obligation de sécurité de résultat est *circonscrite à la durée du jeu*. Ceci signifie que, avant que le jeu en auto ne commence et après qu'il se termine, l'exploitant du parc n'est tenu *que d'une simple obligation de moyens* concernant la sécurité de ses clients.

Une solution analogue a été, *naturellement*, étendue à l'exploitant d'un manège de balançoires²²⁰², celui d'un toboggan²²⁰³, d'un bob-luge²²⁰⁴, et à l'organisateur d'un vol en parapente²²⁰⁵.

1196. – Soulignons que tous les arrêts analysés, sont rendus au visa de l'article 1147 C.C., texte qui se rapporte à l'*effet des obligations*, plus particulièrement, aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation²²⁰⁶.

Cet article a naturellement son équivalent en droit libanais ; c'est l'article 252 C.O.C. qui cependant est *plus explicite* que celui-là puisqu'il fait la distinction entre les dommages et intérêts *compensatoires* et les dommages et intérêts *moratoires*²²⁰⁷.

Ces arrêts font application d'un texte de portée générale, se rapportant aux obligations et contrats. Il s'agit, en l'occurrence, de l'article 1147 précité. Les

²²⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 12 fév. 1975 : Bull. civ. 1, n° 63, p. 57. – V. aussi qui reprend *textuellement* un même attendu : Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 1975 : Bull. civ. 1, n° 202, p. 172.

²²⁰² Cass. 1^{ère} civ., 18 fév. 1986 : Bull. civ. 1, n° 32, p. 28 ; RTD civ. 1986. 770, obs. J. Huet. En l'espèce, la première Chambre civile pose la solution dans un attendu *analogue* à ceux relatifs aux exploitants de parcs d'autos-tamponneuses, puisqu'elle énonce que : « *l'exploitant d'un manège de balançoires est, pendant le jeu, tenu d'une obligation de résultat en ce qui concerne la sécurité de ses clients* ».

²²⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 1991 : Bull. civ. 1, n° 289, p. 190, RTD civ. 1992. 397, obs. P. Jourdain. Cet arrêt adopte à son tour, un attendu analogue que celui des arrêts précités relatifs à des activités assimilés, il énonce que : « *l'exploitant d'un toboggan est, pendant la descente, tenu d'une obligation de résultat en ce qui concerne la sécurité de ses clients* ».

²²⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 1993 : Bull. civ. 1, n° 119, p. 79 ; D. 1995, somm. 66, obs. J. Mouly. Dans son attendu, l'arrêt énonce que : « *l'exploitant d'une piste de bob-luge est tenu d'une obligation de résultat en ce qui concerne la sécurité de ses clients, dès lors que ceux-ci ne peuvent décider librement de la trajectoire de l'engin* ». Cet attendu appelle une observation ; il fait allusion au rôle éventuel du client dans la direction de l'appareil. L'arrêt précise que le client n'avait aucun rôle à jouer dans le choix de la trajectoire, et c'est la raison pour laquelle le professionnel est tenu envers lui d'une obligation de sécurité et de résultat.

²²⁰⁵ Cass. 1^{ère} civ., 21 oct. 1997 : Bull. civ. 1, n° 287, p. 193 ; D. 1998, somm. 199, obs. P. Jourdain.

²²⁰⁶ Cet article dispose que :

« Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

²²⁰⁷ Cet article dispose que :

« Lorsque l'obligation n'est pas exactement et intégralement exécutée en nature, le créancier a droit à des dommages et intérêts qui viennent se substituer, faute de mieux, à l'exécution directe de l'engagement. Lorsque l'indemnité correspond à une inexécution définitive, totale ou partielle, les dommages et intérêts sont *compensatoires*.

contrats litigieux *ne peuvent donc aucunement être considérés comme des contrats spéciaux*. Mais ce fait n'empêche cependant pas de les considérer comme revêtant, *une certaine particularité*. En effet, ces contrats mettent en relation un professionnel et un non-professionnel, et, leur exécution se déroule dans un cadre se caractérisant par un *certain degré de dangerosité*²²⁰⁸. Nous pensons que, ce sont *ces éléments* qui ont conduit la Cour de cassation à appliquer à l'égard du professionnel l'obligation de sécurité de résultat. De cette manière, le client victime aura seulement à prouver le préjudice qu'il a subi, et sera *dispensé* de prouver la faute du professionnel²²⁰⁹.

1197. – En définitive, il est clair de voir que l'examen des rapports qui existent entre la subsidiarité et les notions directrices des droits spéciaux, s'est rapporté de manière principale au *droit du travail*. Ceci ne doit pas pour autant nous inciter à penser, que *seul* le droit du travail, à l'exclusion d'autres droits spéciaux, pourrait servir d'illustration à une telle analyse, ou que lui seul entretiendrait à travers ses notions fondamentales des rapports avec la subsidiarité. D'autres droits spéciaux pourraient entretenir ce même type de rapports avec cette notion, mais cette réalité se trouve illustrée de *manière exemplaire par le droit du travail*.

Si l'exécution en nature peut encore être opérée, le débiteur étant seulement en retard dans l'accomplissement de ses obligations, les dommages et intérêts alloués au créancier s'appellent alors *moratoires* ».

²²⁰⁸ Dans cette optique, soulignons qu'est entrée en vigueur récemment, une loi règlementant les conditions de sécurité des parcs de jeux et de loisirs. Il s'agit de la loi n° 2008-136 du 13 février 2008, relative à la « sécurité des manèges, machines et installations pour fêtes foraines ou parcs d'attractions ». Cette loi qui est composée de cinq articles seulement, dispose en son article premier que :

« Les manèges, machines et installations pour fêtes foraines ou parcs d'attractions ou tout autre lieu d'installation ou d'exploitation doivent être conçus, construits, installés, exploités et entretenus de façon à présenter, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes ».

C'est cet article qui nous intéresse *particulièrement* dans la présente optique de l'obligation de sécurité, et on pourrait dire que cette loi met l'accent sur l'importance que soit *assurée* la sécurité de l'*utilisation* des installations pour la santé des personnes. Il est surtout important de noter que cette loi n'évoque aucunement, *l'obligation de sécurité*, au sens de la théorie générale des obligations et des contrats, pesant sur l'exploitant. La loi ne règlemente que *l'organisation physique* de ces centres de jeu, et les conditions de sécurité des installations et machines. Le régime juridique de l'obligation de sécurité de l'exploitant est passé sous silence. Ceci implique que les solutions jurisprudentielles précédemment analysées *restent toujours valables*.

²²⁰⁹ Soulignons au surplus, que *faute de* pouvoir mettre à la charge du professionnel une obligation de sécurité de résultat, la jurisprudence a recours à l'application d'une *obligation de moyens renforcée*. Pour un entrepreneur de promenades équestres, v. : Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 1986 : Bull. civ. 1, n° 64, p. 61 ; RTD civ. 1986. 768, obs. J. Huet. – Pour un club d'entraînement à l'aviation, v. : Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2001 : Bull. civ. 1, n° 260, p. 164 ; JCP G, 11 déc. 2002, n° 50, p. 2233, note Ch. Lièvremont ; RTD civ. 2002. 107, obs. P. Jourdain ; D. 2002. 2711, obs. A. Lacabarats. Sous le visa de l'article 1147 C.C., et dans un attendu de principe, l'arrêt énonce que : « *le moniteur de sports est tenu, en ce qui concerne la sécurité des participants, à une obligation de moyens, cependant appréciée avec plus de rigueur lorsqu'il s'agit d'un sport dangereux* ». V. aussi mais de manière moins claire pour un entraîneur de vol en parapente : Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 1996 : Bull. civ. 1, n° 380, p. 266.

Après l'étude des rapports existant entre la subsidiarité et les notions directrices des droits spéciaux, nous passons à présent à l'étude concrète et pratique de la subsidiarité du droit commun à l'égard des droit spéciaux et ceci à travers la vocation subsidiaire du droit commun de la responsabilité civile.

Chapitre 2 : La vocation subsidiaire du droit commun de la responsabilité civile, l'article 1382 C.C.

1198. – Nous avons choisi le droit commun de la responsabilité civile pour envisager, à travers lui, l'étude de la *subsidiarité du droit commun*. Notre choix *n'est cependant pas fortuit*.

La raison en est que, en tant que droit commun ayant une *vocation subsidiaire* à s'appliquer vis-à-vis des droits spéciaux, le droit commun de la responsabilité civile constitue l'illustration *la plus pertinente du droit commun subsidiaire*, droit qui vient combler les lacunes des droits spéciaux.

1199. – Depuis assez longtemps, un éminent auteur, a relevé que la responsabilité civile tendrait à « absorber » les règles du droit²²¹⁰. Il n'a pas manqué de relever à juste titre, la « dangerosité » de cette tendance. Et a alors considéré que l'action fondée sur l'article 1382 C.C. *n'est que subsidiaire*, qu'elle ne peut donc être employée que lorsque le législateur n'a pas prévu de réglementation spéciale pour la réparation du dommage argué²²¹¹. Il a très pertinemment estimé, que l'article 1382 C.C. *ne peut servir à tourner la loi*²²¹².

Plus d'un auteur a relevé le caractère « universel » du principe édicté à l'article 1382 C.C.²²¹³, estimant que l'empire de cet article est *quasiment illimité*²²¹⁴. Ils ont mis en relief le caractère subsidiaire de la responsabilité civile de droit commun²²¹⁵, et *le rôle de suppléance* qu'elle remplit²²¹⁶, estimant, très justement, qu'elle permet de *combler les lacunes du droit*²²¹⁷.

²²¹⁰ H. MAZEAUD, *L'«absorption» des règles juridiques par le principe de responsabilité civile*, D.H. 1935. 5.

²²¹¹ H. MAZEAUD, *ibid.*, p. 6.

²²¹² Cette opinion qui d'ailleurs ne peut être qu'approuvée, nous rappelle inévitablement la subsidiarité posée par la jurisprudence pour l'action en enrichissement sans cause. L'auteur établit le rapprochement entre les deux actions en enrichissement sans cause et celle fondée sur l'article 1382 en question. Et son approche sur ce point *ne peut être qu'approuvée*.

Sur la consécration de la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause, v. *supra* n^{os} 594 et s., et sur les acceptions de la subsidiarité caractérisant cette action, v. *supra* n^{os} 28 et s.

²²¹³ E. DREYER, *Disparition de la responsabilité civile en matière de presse*, D. 2006. 1337, spéc. n^o 6. – Ph. TOURNEAU (le), *Des mérites et vertus de la responsabilité civile*, Gaz. Pal. 1985. 1. 283, spéc. p. 285.

²²¹⁴ Ph. TOURNEAU (le), *Des mérites et vertus de la responsabilité civile*, art. précit., p. 285, 1^{ère} col. – Rapp. : B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, préf. M. Picard, Paris Rostein, 1947, spéc. p. 160. – E. DREYER, *Disparition de la responsabilité civile en matière de presse*, art. précit., n^o 6.

²²¹⁵ C'est cependant de manière très diversifiée, que ces auteurs ont mis en valeur la subsidiarité du droit commun de la responsabilité civile. Il serait intéressant à cet égard de reproduire leurs propos. V. : E. DREYER, *Disparition de la responsabilité civile en matière de presse*, art. précit., n^o 6. Cet auteur a, très justement, souligné que la subsidiarité est désormais de *l'essence de l'article 1382 C.C.* – B. STARCK, *op. cit.*, p. 160. Cet auteur utilisé pour ceci une belle métaphore. Il a énoncé que, grâce à son caractère

Une doctrine autorisée a également nettement mis en valeur *la subsidiarité de la responsabilité civile*, en affirmant que « *lorsqu'il n'existe pas de voie plus spécifique, l'action en responsabilité civile apparaît comme le moyen d'affirmer certaines prérogatives et de les faire respecter* »²²¹⁸. Le point de départ de cette opinion, c'est la révélation d'un *vide juridique se concrétisant par l'inexistence d'une voie de droit plus adaptée à la situation litigieuse*. Le vide juridique constitue un préalable à l'application de *la règle de droit subsidiaire*, en l'occurrence *l'article 1382 C.C.* De plus, cet énoncé marque bien le rapport *d'opposition* et de *complémentarité* existant entre droit spécifique, entendre *spécial*, et droit commun²²¹⁹.

1200. – Le droit commun des obligations et des contrats aurait pu, quant à lui, être valablement étudié *en tant que droit subsidiaire*, étant donné qu'il possède véritablement ce caractère. Et, plus d'une étude a démontré l'importance que revêt la responsabilité contractuelle de droit commun et le droit commun des obligations et des contrats vis-à-vis des droits spéciaux tels que le droit de la consommation²²²⁰, le droit spécial des contrats²²²¹, ou, plus simplement, le droit des contrats spéciaux²²²².

A l'instar du droit commun de la responsabilité civile, le droit commun des obligations et des contrats est souvent appliqué dans des matières où les règles spéciales *ne suffisent pas* à régir les rapports de droit, il est alors fait référence de manière expresse aux règles des obligations et des contrats.

général et imprécis, ledit article 1382 est « la bouée de sauvetage omniprésente, toujours prête à venir au secours de l'interprète ou du juge ». – Ph. TOURNEAU (le), *Des mérites et vertus de la responsabilité civile*, p. 285, 1^{ère} col. Cet auteur a, quant à lui, relevé de manière très réaliste et concrète, que, « *lorsqu'aucune autre voie de droit ne se présente, la responsabilité est là pour venir en aide aux citoyens* ». – *Contra* : F. CHABAS, *L'article 1382 du Code civil. Peau de vair ou peau de chagrin*, in *Etudes offertes à Jacques Dupichot, « Liber amicorum »*, Bruylant, 2004, p. 79, spéc. p. 80 et les réf. citées. Cet auteur défend cependant une opinion *contraire* ; il estime que conférer à l'article 1382 C.C. un caractère subsidiaire, *serait lui causer une « érosion »*.

²²¹⁶ Comme tous ces auteurs l'ont si pertinemment relevé ; la responsabilité civile de droit commun remplit effectivement un *rôle de suppléance des lacunes du droit*. C'est ce qui *clairement* justifie qu'elle soit incluse dans cette seconde partie de la thèse consacrée à « la suppléance du principal assurée par la subsidiarité », et non dans la première.

²²¹⁷ B. STARCK, *op. cit.*, p. 160. – Ph. TOURNEAU (le), *Des mérites et vertus de la responsabilité civile*, p. 285, 1^{ère} col.

²²¹⁸ J. GHESTIN et G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, L.G.D.J.-Delta, 2^{ème} éd., 1995, spéc. n° 43.

²²¹⁹ V. : R. GASSIN, art. précit.

²²²⁰ V. : F. BÉRENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, PUAM 2007. – R. CHÉNDEB, *Le régime juridique du contrat de consommation : étude comparative (droit français, libanais et égyptien)*, Préf. H. Lécuyer, Lextenso éd. 2010, spéc. n°s 742 à 794.

²²²¹ Ch. GOLDIE-GENICON, thèse précit., spéc. n°s 230 à 248 et n°s 287 à 296.

²²²² P. COËFFARD, *Garantie des vices cachés et responsabilité contractuelle de droit commun*, thèse Poitiers, 2005, (thèse microfiche), spéc. n°s 273 à 289.

Il peut en être ainsi en ce qui concerne les contrats spéciaux, comme par exemple les contrats aléatoires²²²³.

Il peut en être *notamment* ainsi en ce qui concerne le droit du travail. Bien que celui-ci ait acquis son autonomie par rapport au droit civil en se forgeant ses propres concepts²²²⁴, rendus nécessaires par la vie salariale et les rapports liant employeurs et salariés, cette autonomie *n'est pas parfaite*²²²⁵. Le droit du travail se trouve toujours être en *dépendance normative* – si l'on peut dire – vis-à-vis du droit civil. Il n'a pas réussi à s'en libérer complètement, et il ne le pourra pas²²²⁶.

1201. – Néanmoins, et malgré ce fait, le droit commun de la responsabilité civile occupe sur ce point une place de *premier rang*, et ne peut être sérieusement concurrencé par aucun système de droit. La raison en est simple et elle réside dans le fait que, le droit commun de la responsabilité civile étend son empire à un important nombre de droit spéciaux, plus important que celui auquel s'appliquerait le droit commun des obligations et des contrats, ou tout autre droit ayant une vocation subsidiaire à s'appliquer. Son envergure est *d'une ampleur telle* vis-à-vis des droits

²²²³ Cass. 1^{ère} civ., 16 avr. 1996 : Bull. civ. 1, n° 184 p. 128. Cet arrêt est d'un grand apport et se présente comme une *décision de principe*. Il y est énoncé, dans un attendu de portée générale, que : « *Mais attendu que l'article 1975 C.C. n'interdit pas de constater, pour des motifs tirés du droit commun des contrats, la nullité pour défaut d'aléa d'une vente consentie moyennant le versement d'une rente viagère, même lorsque le décès du créderentier survient plus de vingt jours après la conclusion de cette vente ; qu'il n'est pas nécessaire, dans cette hypothèse, que le créderentier soit décédé de la maladie dont il était atteint au jour de la signature du contrat ; qu'il suffit que le débirentier ait eu connaissance de la gravité de l'état de santé du vendeur* ». L'article 1975 en question se rapporte aux *conditions requises pour la validité du contrat de rente viagère*. Cet article dispose que :

« Il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat ».

Il ne peut cependant être compris qu'au vu de l'article qui le précède directement, en l'occurrence, l'article 1974 C.C. qu'il est indispensable donc de reproduire. Cet article dispose que :

« Tout contrat de rente viagère, créé sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet ».

Soulignons que lesdits articles 1974 et 1975 C.C. n'ont subi *aucune modification à travers le temps*. Leur rédaction reproduite ici, résulte d'une loi du 10 mars 1804. Ce fait devrait *renforcer* la valeur qui s'attache à eux. Mais la Cour de cassation ne l'a pas vu ainsi et ceci ne l'a pas empêchée de *déroger purement et simplement* aux dispositions de l'article 1975 en question, en avançant des « motifs tirés du droit commun des contrats ». Et c'est ici que réside l'importance de l'arrêt ; il a révélé de manière très éclatante *l'importance attachée aux principes tirés du droit commun des contrats*.

V. aussi pour une décision relative à un contrat d'assurance, qui fait application des articles 1131 et 1964 C.C. qui se rapportent respectivement à la cause des obligations et aux contrats aléatoires : Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1999 : Bull. civ. 1, n° 293, p. 190.

²²²⁴ V. sur ce point, *supra* n°s 801 et s.

²²²⁵ V. par ex. : J. PÉLISSIER, *Droit civil et contrat de travail*, Dr. social 1988. 387, spéc. pp. 392 et s. Dans ce remarquable article, l'auteur démontre que les règles du droit civil des obligations et des contrats s'appliquent effectivement au contrat de travail, mais parfois au prix d'une *adaptation*. Il relève très pertinemment, que les « règles contractuelles contenues dans le Code civil », entendent le *droit commun* des obligations et des contrats, s'appliqueront *en l'absence de règles spécifiques* régissant le contrat de travail. Il a ainsi mis en valeur *la subsidiarité du droit commun des obligations et des contrats*, par rapport au droit du travail. – V. aussi : S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, art. précit., p. 2008 à 2011.

²²²⁶ Rapp. : A. ROUAST et P. DURAND, *Précis de législation industrielle du droit du travail*, op. cit., n° 66. Ces éminents auteurs ont estimé que l'expression « autonomie du droit du travail » était exagérée car, selon eux, « *au sein de l'ordre juridique de l'Etat, aucune branche du droit n'est réellement autonome parce qu'elle ne peut se construire isolément* ».

spéciaux qu'elle ne permettra aucune concurrence de la part d'autres normes ou droits de caractère général. Le droit commun des obligations et des contrats ne pourra pas atteindre l'envergure que le droit commun de la responsabilité civile possède.

1202. – Pour étudier la subsidiarité du droit commun de la responsabilité civile, nous avons procédé à un choix parmi les droits spéciaux possibles qui s'offraient à nous, en ne retenant *que les plus intéressants*. Notre objectif n'est en effet pas de multiplier les illustrations sur ce point, mais de concentrer notre étude sur les *plus pertinents*.

Nous avons alors choisi de traiter le droit du travail et le droit du divorce. Le droit de la presse et la liberté d'expression *ne fera pas* quant à lui, partie de la présente étude, et ceci pour des raisons que nous allons expliquer.

1203. – L'application de la responsabilité civile de droit commun à ce domaine, en tant que droit *subsidaire* remplissant un rôle de *complémentarité*, aurait pu en effet, faire partie de cette étude si la Cour de cassation n'avait pas depuis un peu plus de dix années opéré un *revirement radical de jurisprudence*, refusant toute vocation subsidiaire à l'application de l'article 1382 C.C., et *interdisant* par là même *toute possibilité de concours* entre celui-ci et le droit spécial régissant la presse et la liberté d'expression, en l'occurrence, la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, loi datant de la Troisième République mais toujours en vigueur. La jurisprudence a, en effet, opéré sur ce point un *changement fondamental*, faisant table rase des solutions jusqu'alors appliquées et qui considéraient que l'article 1382 C.C. avait un *domaine d'application général* en ce qui concerne la presse et la liberté d'expression²²²⁷.

A cette époque, on avait très justement relevé que l'article 1382 C.C. était appliqué en tant que « droit commun ou droit subsidiaire », en *complément* des incriminations de presse²²²⁸. Et on a préconisé le maintien de l'application de l'article 1382 C.C., tout en en définissant avec prudence et rigueur son champ d'application²²²⁹.

²²²⁷ Sur le courant de jurisprudence, très constant d'ailleurs, qui appliquait une telle solution, v. par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 19 janv. 1967 : Bull. civ. 2, n° 27. – Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 1986 : Bull. civ. 2, n° 79, p. 53. – Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 1986 : Bull. civ. 2, n° 80, p. 54. – Cass. 2^{ème} civ., 5 mai 1993 : Bull. civ. 2, n° 167, p. 89. – Cass. 2^{ème} civ., 24 janv. 1996 : Bull. civ. 2, n° 14, p. 10. – Cass. 2^{ème} civ., 29 janv. 1997 (sol. implicite) : Bull. civ. 2, n° 31, p. 17. – Cass. 2^{ème} civ., 2 avr. 1997 (sol. implicite) : Bull. civ. 2, n° 113, p. 65. – Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} avr. 1998 (sol. implicite) : Bull. civ. 2, n° 113, p. 67.

²²²⁸ N. MALLET-POUJOL, *Abus de droit et liberté de la presse, Entre droit spécifique et droit commun, l'autonomie brouillée de la loi de 1881...*, Légipresse n° 143, juill.-août 1997. 2. p. 81, spéc. p. 84 2^{ème} col.

²²²⁹ N. MALLET-POUJOL, *ibid.* p. 86.

Cette opinion valait pour un temps, qui maintenant est *révolu*.

La Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence, et ceci par deux arrêts rendus le même jour par son Assemblée plénière en date du 12 juillet 2000, dans lesquels celle-ci énonce en toute solennité que, « *les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 C.C.* »²²³⁰.

Le revirement était donc *radical*. Cette nouvelle orientation de jurisprudence fut fidèlement suivie dans de nombreuses autres décisions²²³¹.

Au surplus, la jurisprudence a, et de *manière corrélative*, abandonné la règle du « fait détachable »²²³², qui permettait de sanctionner sur le fondement de l'article 1382 C.C. les actes qui pouvaient recevoir une *qualification en dehors de la loi spéciale du 29 juillet 1881*.

La position de la Cour de cassation devrait davantage connaître un *durcissement*, lorsqu'elle décida dans deux arrêts du 27 septembre 2005²²³³, et du 25 janvier 2007²²³⁴, que : « *les abus de la liberté d'expression ne peuvent être poursuivis et réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil* »²²³⁵.

1204. – L'application de l'article 1382 C.C. dans le domaine de la liberté d'expression aurait constitué une illustration intéressante de la *fonction de complémentarité* du droit commun de la responsabilité civile, *corollaire de son caractère subsidiaire*. Cependant, la Cour de cassation ne l'a pas vu ainsi, préférant *préserver l'autonomie* de la loi du 29 juillet 1881, et protéger de cette manière la liberté d'expression²²³⁶.

²²³⁰ Ass. plén., 12 juill. 2000 : Bull. ass. plén., n° 8 p. 13.

²²³¹ Cass. 2^{ème} civ., 8 mars 2001 : Bull. civ. 2, n° 47, p. 32. – Cass. 2^{ème} civ., 2 oct. 2003 : Bull. civ. 2, n° 290, p. 235. – Cass. 2^{ème} civ., 13 nov. 2003 : Bull. civ. 2, n° 334, p. 272. – Cass. 2^{ème} civ., 5 fév. 2004 : Bull. civ. 2, n° 48, p. 39. – Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 2004 : Bull. civ. 2, n° 135, p. 113. – Cass. 2^{ème} civ., 25 nov. 2004 : Bull. civ. 2, n° 505, p. 430. – Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} oct. 2008 : Bull. civ. 3, n° 144. – Cass. 2^{ème} civ., 16 déc. 2010 : Resp. civ. et assur., 1^{er} mars 2011, n° 3, p. 25 ; RLDI, 1^{er} fév. 2011, n° 68, p. 57, note L. Costes. – Cass. 1^{ère} civ., 6 oct. 2011 : Bull. civ. 1, n° 159. – Cass. 3^{ème} civ., 3 mai 2012 (sol. implicite) : Bull. civ. 3, n° 64. – Cass. 1^{ère} civ., 16 oct. 2013 (deux arrêts) : Gaz. Pal., 22 janv. 2014, n°s 22-23, p. 17, obs. A. Guégan-Lécuyer.

²²³² Sur cette règle, v. par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 13 juin 1985 : Bull. civ. 2, n° 120, p. 80.

²²³³ Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2005 : Bull. civ. 1, n° 348, p. 289 ; RTD civ. 2006. 126, obs. P. Jourdain.

²²³⁴ Cass. 2^{ème} civ., 25 janv. 2007 : Bull. civ. 2, n° 19, p. 15 ; RTD civ. 2007. 354, obs. P. Jourdain.

²²³⁵ Comme nous pouvons le voir, cet attendu est d'une portée *plus générale* que ceux relatifs aux arrêts précité de l'Assemblée plénière du 12 juillet 2000, *puisque aucune référence n'est faite aux incriminations prévues par la loi du 29 juillet 1881*. Il existe au surplus, une nuance qu'il convient de signaler entre les deux arrêts du 27 septembre 2005 et du 25 janvier 2007. Le premier de ces arrêts est rendu sous le visa du *seul article 1382 C.C.* et mentionne les abus de la liberté d'expression *envers les personnes*, alors que le second mentionne dans son visa, en plus dudit article, l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881, mais *n'évoque nullement dans son attendu les personnes*.

²²³⁶ Si le revirement opéré par l'Assemblée plénière en l'en 2000 était survenu quelques décennies plus tôt, il aurait certainement reçu l'approbation d'un éminent auteur qui, en 1951, avait écrit un fameux article critiquant l'application de l'article 1382 C.C. au domaine de la liberté d'expression. Cet auteur s'est

Au lendemain du fameux revirement du 12 juillet 2000, un auteur a *très justement* relevé, qu'il y a eu une « négation de la compétence subsidiaire de la responsabilité civile par rapport à la loi du 29 juillet 1881 »²²³⁷. Un autre auteur a également relevé – *non moins pertinemment* – que, puisque la responsabilité civile se caractérise par son *universalisme* et qu'il n'y a donc pas un domaine qui échappe à l'application de l'article 1382 C.C.²²³⁸, la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation est *critiquable*²²³⁹.

1205. – Un îlot de responsabilité persiste cependant, c'est celui qui se rapporte au dénigrement de produits. Sur ce point précis, il semble que la jurisprudence accepte toujours l'application du droit commun de la responsabilité civile lorsqu'il arrive que les produits d'une firme ou ceux d'une certaine marque soient dénigrés²²⁴⁰. Soulignons cependant que, dans le visa des arrêts les plus récents relatifs à la répression du dénigrement²²⁴¹, la Cour de cassation fait également référence à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. C'est comme si la référence au seul article 1382 C.C. *ne suffisait pas pour fonder la solution*. Ceci a sans doute pour effet de considérablement *limiter* la portée attachée à l'application de ce texte.

1206. – On peut voir à partir de ceci, que la jurisprudence antérieure reconnaissant une *compétence subsidiaire* à la responsabilité civile de droit commun en matière de liberté d'expression, est bel et bien *abandonnée*²²⁴². De plus, et surtout, l'admission de l'application de l'article 1382 C.C. est seulement maintenue pour

demandé si la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet n'avait pas voulu instituer, pour *toutes les manifestations de la pensée*, « un système juridique clos, se suffisant à lui-même », v. : J. CARBONNIER, *Le silence et la gloire*, D. 1951, chron. 119. Il a estimé qu'en appliquant le droit commun de la responsabilité civile, la Cour de cassation a *voulu ignorer le particularisme de la matière de la presse*.

²²³⁷ S. MARTIN-VALENTE, *La place de l'article 1382 du Code civil en matière de presse*, Légipresse n° 202, juin 2003. 2. p. 71, spéc. p. 74. – V. aussi : F. CHABAS, art. précit., pp. 86 à 91 et les réf. citées. Cet auteur estime simplement quant à lui, qu'il y a eu *éviction* de l'article 1382 du domaine de la liberté d'expression, et – chose significative –, même pour les délits non prévus par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

²²³⁸ E. DREYER, *Disparition de la responsabilité civile en matière de presse*, D. 2006. 1337, spéc. n° 6.

²²³⁹ E. DREYER, *ibid.*, n° 3.

²²⁴⁰ V. par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 5 juill. 2000, n° de pourvoi : 98-14.255 : Bull. civ. 2, n° 109, p. 75. – Cass. 2^{ème} civ., 23 janv. 2003 : Bull. civ. 2, n° 15, p. 12. – Cass. 2^{ème} civ., 16 juin 2005, n° de pourvoi : 03-18.622 ; D. 2005, IR. 1805.

²²⁴¹ V. Cass. 2^{ème} civ., 16 juin 2005 précit., n° de pourvoi : 03-18.622 ; D. 2005, IR. 1805.

²²⁴² Nous pensons que les raisons de ce changement brusque et du déni de la vocation subsidiaire de la responsabilité civile dans le domaine de la presse traduisent la volonté de la Cour de cassation de laisser à l'abri de la répression l'exercice de la liberté d'expression. Que cette attitude soit légitime ou pas, déborde le cadre de la présente étude, mais nous pouvons parfaitement dire que la loi du 29 juillet 1881 a besoin d'un « coup de jeune », ne serait-ce que pour pouvoir valablement inclure dans son champ d'application les nouveaux modes d'expression de l'opinion tels que Internet.

sanctionner le dénigrement des *produits*, les personnes sont *paradoxalement exclues de cette protection*.

1207. – Nous envisagerons donc dans une section à part, et selon l'ordre défini plus haut, chacun des différents droits spéciaux choisis vis-à-vis desquels le droit commun de la responsabilité civile s'appliquerait en tant que *droit complémentaire*, pour en *combler les lacunes*. L'ordre choisi pour traiter ces matières n'est pas fortuit, il reflète, autant que faire se peut, l'*importance* que revêt l'application du droit commun dans chacune des matières étudiées. C'est par ordre *décroissant d'importance* que sont ordonnancées lesdites sections et partant, les matières étudiées. Sera traitée dans une première section, l'application de la responsabilité civile au droit du travail.

Section 1^{ère} : Son application au droit du travail.

1208. – Il est légitime de penser que nous ne faisons pas œuvre d'innovation si nous envisageons de démontrer que les règles du droit commun de la responsabilité civile s'appliquent au droit du travail. En effet, c'est la loi qui l'a elle-même expressément énoncé. Ceci résulte du texte de l'article L. 1221-1 C. trav., qui dispose que :

« Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun ».

Il est peut-être permis de penser que le législateur a voulu viser par cet article les *seules* règles du droit commun des contrats, qu'il n'a pas voulu viser les règles du droit commun de la responsabilité civile. En effet, bien qu'aucune précision n'ait été faite par le texte, il vient premièrement à l'esprit de se référer aux règles du droit commun des contrats et ceci est *compréhensible* car le contrat de travail constitue bien, comme son nom l'indique, un *contrat*. Ce qui conforte ce raisonnement, c'est *la place* de l'article L. 1221-1 en question dans le Code du travail. Cet article se situe dans le chapitre – premier – relatif à la « formation du contrat de travail », et ce chapitre se situe lui-même sous le Titre 2 du Livre 2 du Code du travail²²⁴³ qui est relatif à la *formation et à l'exécution du contrat de travail*.

1209. – Or, puisque, comme nous avons pu le voir, le législateur n'a visé dans l'article L. 1221-1 que les seules règles du droit des contrats, il serait intéressant,

²²⁴³ Pour plus de précision sur ce point, soulignons que Livre 2 en question se rapporte au « contrat de travail », c'est-à-dire à la réglementation de ce contrat. Ce Livre 2 se situe lui-même sous la première partie du Code du travail qui régit les relations individuelles de travail.

voire *utile*, d'envisager l'examen des hypothèses où c'est le *droit commun de la responsabilité civile* qui trouverait à s'appliquer aux relations de travail.

Un rapide aperçu du droit positif montre de prime abord, que les principes de la responsabilité civile trouvent une *place incontestable* et une *application fréquente* dans le droit du travail. Ces principes trouveraient notamment à s'appliquer à travers le recours à la théorie de *l'abus de droit*²²⁴⁴. Ils trouveraient également à s'appliquer à travers la référence faite à la notion de loyauté²²⁴⁵.

1210. – Cette matière revêt une importance telle, qu'elle a attiré l'intérêt de la doctrine. Ainsi, un auteur y a consacré une thèse²²⁴⁶, remarquable d'ailleurs. Il a alors parlé de la « transposition du droit commun » et de « l'emprunt » fait au droit commun extra-contractuel. L'analyse faite par lui du droit positif en ce domaine est remarquable. Cet auteur, qui a estimé que les conditions dans lesquelles la jurisprudence applique les règles et principes du droit commun de la responsabilité sont *contestables*²²⁴⁷, a cependant manqué de voir que la transposition du droit commun de la responsabilité dans le domaine du droit du travail, constitue dans la réalité une des *manifestations de la subsidiarité du droit commun*.

1211. – Le droit du travail constituant incontestablement un terrain propice à l'application du droit commun de la responsabilité civile, certaines matières seront cependant *exclues* de la présente étude. Si, de prime abord, elles paraîtraient constituer une véritable application de la responsabilité civile, il ne s'agit, *plus exactement*, que d'une *adaptation*, ou, d'une *transposition* du texte général qu'est l'article 1382 C.C. à un texte spécial. Une illustration de ce cas de figure est donnée par l'article 9 C.C. Il arrive en effet que la responsabilité de l'employeur soit engagée sur le fondement de cet article, pour atteinte à la vie privée des salariés²²⁴⁸, mais cette

²²⁴⁴ Sur l'application de la théorie de l'abus de droit en droit du travail, v. *infra* n^{os} 1221 et s., et 1261 et s.

²²⁴⁵ La notion de loyauté a récemment acquis une importance accrue en droit du travail. Nous verrons ceci à travers la création par la jurisprudence de « l'obligation de loyauté ». Sur cette obligation, v. *infra* n^{os} 1271 et s.

V. aussi sur la question de loyauté : D. CORRIGNAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail*, in Mélanges en l'honneur de Henry Blaise, Economica, 1995, p. 125.

D'ailleurs, le Code du travail fait référence dans plusieurs de ses articles à la notion de loyauté. Citons notamment les articles L. 2241-12, L. 2242-10, L. 2262-4, L. 3122-36 et L. 5125-5. Ces articles se rapportent respectivement, à la négociation collective et les conventions et accords collectifs de travail, ainsi qu'à la négociation de la durée du travail et la répartition et aménagement des horaires, et, au maintien et à la sauvegarde de l'emploi.

²²⁴⁶ Ch. RADÉ, *Droit du travail et responsabilité civile*, *op. cit.*

²²⁴⁷ Ch. RADÉ, *ibid.*, n^o 282.

²²⁴⁸ V. sur cette question, un arrêt de principe très remarqué : Cass. ch. mixte, 18 mai 2007 : Bull. civ. Ch. mixte, n^o 3. Sous le visa de l'article 9 C.C., il y est notamment énoncé que : « *l'employeur ne pouvait, sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié, se fonder sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner son destinataire* ». – V. aussi : Ch. RADÉ, *Droit du travail et responsabilité civile*, *op. cit.*, n^{os} 312 à 314 et les réf. citées.

hypothèse ne sera pas examinée ici car – précisément – elle ne *constitue pas une application dudit article 1382*, même si *l'idée de la responsabilité civile est latente dans l'article 9 C.C.* Elle ne sera pas non plus examinée ici pour une raison plus impérieuse, c'est que l'application de l'article 9 C.C. ne laisse *plus de place possible à l'article 1382*²²⁴⁹, celui-ci est bel et bien *évincé* de ce domaine en raison de la spécificité dudit article 9. Sa subsidiarité *ne pourra aucunement jouer*.

Examinons dans ce qui suit, les matières où la subsidiarité du droit commun de la responsabilité civile pourra jouer ; il en sera ainsi pour la conclusion du contrat de travail (sous-section 1^{ère}), l'exécution du contrat de travail (sous-section 2), et, les effets du contrat de travail à l'égard des tiers (sous-section 3).

Sous-section 1^{ère} : Dans la conclusion du contrat de travail.

1212. – On peut récemment observer une tendance chez la Cour de cassation à *moraliser* les relations contractuelles en droit du travail. Cette tendance reflète une orientation générale de la jurisprudence à moraliser les relations contractuelles quelle que soit leur nature, et dans une diversité de domaines²²⁵⁰. Il est fait de plus en plus référence à la bonne foi, qui semble ainsi connaître une « renaissance »²²⁵¹.

La moralisation des relations contractuelles se fera par le biais de l'application non pas des textes généraux régissant le droit commun des obligations et des contrats tels l'article 1134 C.C.²²⁵², mais – ce qui est très significatif – par l'application de l'article 1382 du même Code, texte principal régissant le droit commun de la responsabilité délictuelle.

²²⁴⁹ Cette assertion est à rapprocher de l'opinion d'un éminent auteur, qui a considéré que ledit article 1382 semble être évincé du domaine d'application de l'article 9 C.C. précité lorsqu'il y a atteinte à la vie privée par le biais de propos exprimés par voie de presse, v. : F. CHABAS, art. précit., p. 90 et les réf. citées.

²²⁵⁰ G. FLÉCHEUX, *Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats* in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du 21^{ème} siècle*, L.G.D.J. 2001, p. 341.

²²⁵¹ G. FLÉCHEUX, *ibid.*

²²⁵² Il est légitime de se demander si ledit article 1134 n'aurait pas pu être appliqué par la jurisprudence pour sanctionner la mauvaise foi de l'un des contractants, puisque cet article fait référence, et de manière très claire, à la « bonne foi ». Remarquons quand même que ce texte se rapporte aux « effets des obligations » ; et c'est probablement pour cette raison que la Cour de cassation lui a préféré l'article 1382 C.C. car le comportement condamnable de l'un des contractants ne se rapporte pas aux effets découlant du contrat, mais plus exactement *aux circonstances accompagnant la conclusion du contrat*.

L'article dispose en ses alinéas premiers et troisièmes qui seuls nous intéressent, que :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

(...)

Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

Cet article a son équivalent en droit libanais, qui, quant à lui, *est plus explicite*. C'est l'article 221 C.O.C., qui dispose que :

« Les conventions régulièrement formées obligent ceux qui y ont été parties.

Elles doivent être comprises, interprétées et exécutées conformément à la bonne foi, à l'équité et aux usages ».

1213. – A cet égard, mérite d’être signalé un arrêt de la première Chambre civile du 15 mars 2005²²⁵³, duquel il résulte que, *manque à son obligation de contracter de bonne foi, sur le fondement de l’art. 1382 C.C.*, le cédant qui omet d’informer son contractant des conséquences probables d’un accident du travail intervenu avant l’opération de cession litigieuse.

Cette orientation reflète une tendance de plus en plus marquée de la jurisprudence de donner une place prépondérante à la *loyauté dans les relations de travail*²²⁵⁴.

Cette orientation ne peut d’ailleurs être que saluée, car elle contribue largement à *instaurer la paix sociale*²²⁵⁵.

Le recours au droit commun de la responsabilité civile pour moraliser les relations de travail et sanctionner la mauvaise foi des parties dans la conclusion des contrats de travail, s’étend également à *l’exécution* de ceux-ci. C’est ce que nous examinerons dans ce qui va suivre.

Sous-section 2 : Dans l’exécution du contrat de travail.

1214. – A cours de l’exécution du contrat de travail, des conflits peuvent surgir. Ces conflits peuvent concerner l’ensemble des salariés d’une entreprise, ou parfois seulement quelques uns d’entre eux à l’exclusion des autres. Que ça soit dans le premier cas, ou dans le deuxième ; on parlera de « conflits collectifs de travail ». Ces conflits, opposant employeurs et salariés, seront parfois l’occasion d’une application de la responsabilité civile de droit commun, il en sera particulièrement ainsi lorsque les salariés recourent à la grève pour faire entendre leur voix (par. 1^{er}).

²²⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 2005 : Bull. civ. 1, n° 136, p. 117 ; D. 2005. 1462. En l’espèce, une société avait mis à la disposition d’une autre dont l’activité est l’imprimerie, un salarié victime d’un accident du travail aux conséquences particulièrement graves. Elle a été condamnée, au titre d’une faute inexcusable commise par l’intermédiaire de la société utilisatrice, à rembourser à la Caisse primaire d’assurance maladie les indemnités versées. La société se trouvant aux droits de la société d’imprimerie en vertu de cessions ou absorptions intervenues depuis 1986, a elle-même été condamnée à couvrir la société cédante des sommes versées et de ses frais de procédure. La cour d’appel avait débouté la société cessionnaire et absorbante de la société d’imprimerie, de son action en garantie contre les héritiers du gérant et associé de celle-ci à l’époque de l’accident et de la cession initiale. Le motif principal de ce rejet fut *qu’aucune pièce n’établissait une prétendue obligation précontractuelle* d’informer la société cessionnaire des suites potentielles que pourrait avoir l’accident survenu sur la situation active et passive de la société cédée. Ce raisonnement ne pouvait prospérer au regard de la Cour de cassation ; trop restrictif et faisant prévaloir *la lettre du contrat sur son esprit*, la cassation devrait être *inévitablement encourue*. Pour censurer l’arrêt, la première Chambre civile énonce que : « *Attendu qu’en statuant ainsi, sans rechercher si Marc X, pénalement condamné le 29 janvier 1987 pour blessures involontaires et infraction à la législation du travail, n’avait pas manqué à son obligation de contracter de bonne foi en omettant d’informer la société I. des conséquences probables d’un accident du travail intervenu avant la cession litigieuse, la cour d’appel n’a pas donné de base légale à sa décision* ».

Soulignons que l’arrêt est rendu au visa de l’article 1382 C.C. qui en constitue le chapeau.

²²⁵⁴ D. CORRIGNAN-CARSIN, art. précit.

1215. – L'exécution du contrat de travail est également l'occasion pour l'employeur d'exercer ses prérogatives vis-à-vis de ses salariés. Au nombre de ces prérogatives, est le pouvoir de direction dont il dispose. L'exercice par l'employeur de ce pouvoir sera l'occasion d'appliquer la responsabilité civile de droit commun, s'il commet un abus dans cet exercice (par. 2). Examinons successivement l'un et l'autre de ces points.

Par. 1^{er} : Dans l'exercice du droit de grève.

1216. – Avant d'aborder la question de l'application de la responsabilité à l'exercice du droit de grève, une précision préalable s'impose. Elle se rapporte à la définition de la grève.

Cette définition est d'autant plus importante, que la licéité de la grève y est *intimement liée*. Autrement dit, pour qu'une grève soit licite, une *condition nécessaire* doit être en premier remplie, c'est celle de *correspondre véritablement* à « la qualification de grève ». D'autres conditions seront examinées par la suite pour sa validité.

Le Code du travail n'a pas donné de définition de la grève, c'est la jurisprudence qui a œuvré à le faire. Sur ce point, son enseignement a été *décisif et primordial*.

C'est ainsi qu'elle a affirmé, que « *la cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles caractérise l'exercice du droit de grève* »²²⁵⁶, ou que, « *l'exercice du droit de grève résulte objectivement d'un arrêt collectif et concerté du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles* »²²⁵⁷, ou encore que, l'arrêt de travail *qui ne correspond à aucune*

²²⁵⁵ En ce sens : D. CORRIGNAN-CARSIN, *ibid.*, n° 47.

²²⁵⁶ Cass. soc., 4 nov. 1992 : Bull. civ.1, n° 529, p. 335. Sur cet arrêt, v. aussi *infra* note 2280 sous n° 1128.

V. déjà mais de manière implicite : Cass. soc., 11 mars 1964 : Bull. civ. 5, n° 234.

²²⁵⁷ Cass. soc., 18 juin 1996 précit. : Bull. civ. 5, n° 243, p. 171. Cet arrêt, qui se présente comme une décision de principe, mérite d'être analysé. En l'espèce, le 7 juin 1989 plusieurs salariés d'une société affectés à un chantier, ont refusé de s'y rendre et ont réclamé soit la mise à leur disposition d'un moyen de transport, soit le paiement des indemnités de grand déplacement. Le 15 juin 1989, la société les a licenciés pour faute grave au motif que leur refus de se rendre sur le chantier désorganisait l'entreprise. La cour d'appel qui a infirmé le jugement déféré et a débouté les salariés de leurs demandes d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts pour rupture abusive, retient « *qu'il résulte des pièces du dossier que le refus de se rendre sur le chantier n'avait pas été décidé pour appuyer des revendications non satisfaites, mais était motivé par l'impossibilité alléguée dans laquelle se trouvaient les salariés de se rendre à leur lieu de travail faute de moyens de transport* ». Elle poursuit en énonçant : « *qu'aucun des éléments soumis aux débats ne fait apparaître chez les salariés concernés la volonté non équivoque de cesser le travail et de faire grève ; que la suspension de l'exécution du contrat de travail par les salariés,*

*revendication professionnelle, ne peut pas être qualifié de grève*²²⁵⁸, qu'il est donc *illicite*. Il y a ici *disqualification* d'une action qui devrait, en principe, être licite *en une action illicite*, entraînant, conséquemment, *la responsabilité de ses auteurs*.

1217. – La raison de cette disqualification réside, pensons-nous, dans l'idée de *légitimité*, qui transparaît en filigrane dans les attendus de la Cour de cassation. Pour qu'une grève soit licite, il faut qu'elle revête une certaine *légitimité*, autrement dit, qu'elle poursuive la réalisation de *revendications professionnelles moralement défendables*. La disqualification de la prétendue grève la rend *ipso facto*, illicite. Ceci implique *naturellement* la responsabilité civile de ses auteurs pour le dommage qui en résulterait pour l'employeur²²⁵⁹.

1218. – Le Code du travail peut quand même nous donner quelques indications. Il nous faut nous référer à l'article L. 2512-2 C. trav.²²⁶⁰ Même si ce texte ne donne pas de définition de la grève, il apporte *des éléments de solution à cette question*. L'article L. 2512-2 est venu exiger, que la « *cessation concertée du travail* » soit « *précédée d'un préavis* » et que, ce préavis doit *préciser « les motifs du recours à la grève »*. Précisons que cet article, ne concerne que le secteur public²²⁶¹.

qui n'était ni dans les faits ni dans la volonté des intéressés la réponse à des revendications non satisfaites, ne présentait pas les caractères d'une grève ».

Ce raisonnement ne pouvait prospérer devant la Cour de cassation, et l'arrêt *encourrait inévitablement la censure*. C'est par l'attendu reproduit plus haut que la Chambre sociale énonce la solution au problème posé afin de censurer l'arrêt attaqué. Et l'appliquant au cas d'espèce, elle énonce que : « *Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il résulte de ses propres constatations que les salariés avaient demandé à la direction la fourniture d'un moyen de transport ou l'octroi des indemnités de grand déplacement, ce qui constituait une revendication professionnelle et cessé leur travail, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ces énonciations (...)* ».

Soulignons qu'en chapeau, l'arrêt fait référence à l'ancien article L. 521-1 C. trav. qui aujourd'hui, figure dans ce même Code sous le numéro L. 2511-1. Cet article dispose :

« L'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié.

Son exercice ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire telle que mentionnée à l'article L. 1132-2, notamment en matière de rémunérations et d'avantages sociaux.

Tout licenciement prononcé en absence de faute lourde est nul de plein droit ».

L'application de cet article se trouve *parfaitement adaptée* au cas soumis à l'arrêt et ceci démontre les grandes valeurs et portées qui lui sont attachées.

V. aussi dans le même sens mais de manière implicite : Cass. soc., 19 oct. 1994 : Bull. civ. 5, n° 281, p. 190. Sur cet arrêt, v. aussi *infra* note 2268 sous n° 1222 et note 2315 sous n° 1259.

²²⁵⁸ Cass. soc., 17 déc. 1996 : Bull. civ. 5, n° 445, p. 321. – V. déjà mais de manière moins claire : Cass. soc., 16 nov. 1993 : Bull. civ. 5, n° 268, p. 183.

²²⁵⁹ Au contraire, l'exercice licite du droit de grève n'engage pas la responsabilité des grévistes *même si un préjudice en résulte pour l'employeur*. Sur ce point, v. *infra* n° 1249.

²²⁶⁰ Avant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, cet article constituait l'ancien article L. 521-3 C. trav. Cette ordonnance, qui a opéré une nouvelle codification du Code du travail, a donné un nouveau numéro à cet article. Ses dispositions ont été transférées au nouvel article L. 2512-2.

²²⁶¹ L'article L. 2512-1 C. trav., précédant directement l'article L. 2512-2, dispose que :

« Les dispositions du présent chapitre s'appliquent :

1° Aux personnels de l'Etat, des régions, des départements et des communes comptant plus de 10 000 habitants ;

1219. – Dans le secteur privé, le préavis de grève n'est pas imposé et le principe demeure la *liberté de choix* du moment de déclenchement de la grève²²⁶². A cet égard, nous pouvons affirmer que les solutions posées par la jurisprudence en ce qui concerne la licéité de la grève et ne se rapportant pas à l'obligation de respecter le préavis de grève, sont *parfaitement valables pour le secteur privé*.

La liberté de choix du moment, a cependant ses *limites* ; elle peut engager la responsabilité des grévistes si elle aboutit à la *désorganisation de l'entreprise*²²⁶³. Nous pensons aussi qu'elle peut engager leur responsabilité *si elle est faite à contretemps*²²⁶⁴.

Se pose ainsi *naturellement* à nous, la question de la responsabilité des grévistes ; elle est dans le prolongement de la question de la qualification donnée à la grève²²⁶⁵, et constitue d'une certaine manière une émanation du *risque* qui se rattache à l'exercice de ce droit.

1220. – Nous n'allons cependant pas adopter dans la présente étude, l'analyse classique de la responsabilité civile, consistant à analyser faute, dommage et lien de causalité²²⁶⁶, bien que celle-ci puisse être valablement appliquée ici. Nous limiterons notre étude aux éléments les plus révélateurs de *la spécificité de l'application de la responsabilité civile à l'exercice du droit de grève*. Envisageons l'examen des questions les plus marquantes soulevées par ce thème, il s'agit des actes qui rendent fautif l'exercice du droit de grève (sous-par. 1^{er}), ainsi que la sanction de l'exercice fautif de ce droit (sous-par. 2).

2° Aux personnels des entreprises, des organismes et des établissements publics ou privés lorsque ces entreprises, organismes et établissements sont chargés de la gestion d'un service public ». Le chapitre visé dans l'article est le chapitre 2, relatif aux « dispositions particulières dans les services publics ». Quant au chapitre premier, il se rapporte aux « dispositions générales ».

²²⁶² B. TEYSSIÉ, *op. cit.*, n° 1567 et les réf. citées.

²²⁶³ B. TEYSSIÉ, *ibid.*, n° 1569 et les réf. citées.

Sur le préjudice se concrétisant par la désorganisation de l'entreprise et qui aboutit à retenir la responsabilité des grévistes, v. *infra* n° 1228 et s.

²²⁶⁴ Nous pensons notamment aux périodes de haute saison ou de grande productivité où l'arrêt du travail pourrait causer à l'entreprise de grandes pertes et partant, un *préjudice anormal*.

²²⁶⁵ En ce sens que l'arrêt de travail qui ne correspond à la qualification de grève, sera nécessairement considéré comme *illicite*.

²²⁶⁶ Même s'il ne fera pas l'objet d'une analyse à part, le lien de causalité *apparaîtra cependant en filigrane* derrière la genèse de la faute, v. en ce sens : J. GOINEAU, *La responsabilité civile des grévistes et des syndicats*, Dr. social 1988. 702, spéc. p. 704.

Sous-par. 1^{er} : L'exercice fautif du droit de grève.

1221. – Le Code du travail est resté muet sur la question de la licéité de la grève. C'est la jurisprudence qui a pris le soin de déterminer ce qu'est *l'exercice licite* du droit de grève²²⁶⁷, et inversement, ce qui en constitue un exercice illicite.

1222. – Si la grève constitue bien un droit pour les salariés, et d'un droit *constitutionnellement reconnu*²²⁶⁸, ils peuvent néanmoins engager leur responsabilité si l'exercice de ce droit se fait de manière *illicite* ou, *dégénère en abus*.

Assez tôt, la jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer ce principe. C'est notamment, dans un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 31 mai 1967²²⁶⁹, qu'il est énoncé que : « *la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent lui être apportées comme à tout autre droit en vue d'en éviter un usage abusif* ».

Comme le dit si bien l'attendu, cette solution ne constitue qu'une *application particulière* en droit du travail des *principes généraux admis en droit civil*, consistant à *condamner l'exercice abusif d'un droit*²²⁷⁰.

²²⁶⁷ Depuis assez longtemps, la Cour de cassation a en effet défini les éléments permettant de déterminer la *licéité de la grève*.

C'est ainsi qu'elle a décidé que la répétition d'interruptions de travail ayant chacune le caractère d'une grève licite *ne peut être considéré, en principe, comme un abus du droit de grève*. V. : Cass. soc., 18 avr. 1963 : Bull. civ. 5, n° 316. Il est significatif à cet égard de préciser, que les juges du fond avaient relevé, que les ouvriers avaient eu le souci d'éviter des perturbations trop importantes dans le fonctionnement de l'usine, que les arrêts de travail, dont l'employeur était prévenu à l'avance, n'avaient été marqués par aucun incident ni aucun acte de sabotage, les mesures indispensables à la conservation des machines ayant été prises, qu'entre les arrêts, les cadences de travail avaient été normales et que les ouvriers avaient accompli leur tâche au rythme habituel si bien que l'employeur avait jugé préférable de laisser l'usine en marche. – V. aussi dans le même sens : Cass. soc., 11 mars 1964 précit. : Bull. civ. 5, n° 234. Cette solution a été réitérée dans d'autres décisions ; il semble qu'elle est devenue de jurisprudence constante, v. : Cass. soc., 10 juill. 1991 : Bull. civ. 5, n° 349, p. 216. Cet arrêt énonce dans un attendu de principe, que : « *la répétition des arrêts de travail, même de courte durée, ne constitue pas un abus du droit de grève dès lors que ces arrêts n'entraînent pas la désorganisation de l'entreprise* ». – V. aussi plus récemment dans le même sens : Cass. soc., 25 janv. 2011 : Bull. civ. 5, n° 28. C'est dans un attendu de principe que l'arrêt énonce, que : « *des arrêts de travail courts et répétés, quelque dommageables qu'ils soient pour la production, ne peuvent, en principe, être considérés comme un exercice illicite du droit de grève* ». – V. aussi : B. TEYSSIE, *op. cit.*, n° 1571 et les réf. citées.

Il a été également décidé qu'un arrêt de travail *ne perd pas le caractère de grève licite du fait qu'il n'a pas été déclenché à l'appel d'un syndicat* ou du fait qu'il a *immédiatement suivi* le refus de l'employeur de satisfaire des revendications professionnelles, v. : Cass. soc., 19 fév. 198 : Bull. civ. 5, n° 143.

²²⁶⁸ Ce droit a été affirmé par l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui dispose que : « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ».

La jurisprudence a, à son tour, endossé la reconnaissance constitutionnelle du droit de grève. V. par ex. : Cass. soc., 4 nov. 1992 précit. (sol. implicite) : Bull. civ.1, n° 529, p. 335. – Cass. soc., 19 oct. 1994 précit. (sol. implicite) : Bull. civ. 5, n° 281, p. 190. – Cass. soc., 18 janv. 1995 : Bull. civ. 5, n° 27 p. 18 ; ; Dr. social 1995. 183, concl. Ph. Waquet. – Pour un arrêt de principe très remarqué : Cass. soc., 7 juin 1995 : Bull. civ. 5, n° 180, p. 132. – Cass. soc., 18 juin 1996 : Bull. civ. 5, n° 243, p. 171.

²²⁶⁹ Cass. soc., 31 mai 1967 (2^{ème} esp.) : Dr. social 1967. 632, obs. J. Savatier.

²²⁷⁰ Rappelons qu'en droit français, la théorie de l'abus de droit est de création prétorienne. En droit libanais, elle est, en revanche, consacrée expressément par un article du Code des obligations et des contrats : l'article 124. Ce texte dispose que :

« Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixées par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré ». Cet article

Cette question a suscité l'intérêt de la doctrine et plusieurs articles lui ont été consacrés²²⁷¹. Une doctrine autorisée a approuvé l'application de la responsabilité civile à l'exercice du droit de grève²²⁷².

1223. – Les grévistes commentent une faute dans leur exercice du droit de grève, lorsque celle-ci est *illicite*, ou lorsque son exercice *dégénère en abus*.

Evoquer l'illicéité nous fait inévitablement penser à la *responsabilité civile délictuelle*. Et constater l'illicéité, emmènerait les juges à retenir la responsabilité civile de droit commun, ou responsabilité délictuelle, des auteurs de l'illicéité.

Et puisque, comme il est communément admis, le contrat de travail du salarié gréviste est *suspendu* durant l'exercice de son droit de grève²²⁷³, c'est la responsabilité civile de droit commun, ou délictuelle, qui pourra valablement s'appliquer pour *combler le vide causé par la suspension du contrat de travail*.

1224. – C'est ce qui justifie que nous puissions envisager l'examen de l'application de la responsabilité civile de droit commun dans l'exercice du droit de grève. C'est la notion d'*illicéité*, et celle d'*abus* qui y est rattachée, qui permettra que le droit commun de la responsabilité civile *puisse valablement pénétrer la matière du droit du travail*, ainsi que le *vide juridique* laissé par la suspension du contrat de travail.

1225. – Sur la scène du mouvement de revendication sociale, évoluent d'une part, les salariés et les délégués syndicaux, et d'autre part, les syndicats. Les premiers ont la qualité de *personnes physiques*, alors que les seconds ont la qualité de *personnes morales*.

est un exemple de clarté et d'exhaustivité. Il traduit de manière très fidele la théorie de l'abus de droit élaborée par la jurisprudence française et approuvée par une doctrine autorisée.

Cet article doit être lu en complément de l'article qui le précède, en l'occurrence, l'article 123. Celui-ci dispose que :

« On est responsable du dommage causé par sa négligence ou par son imprudence aussi bien que de celui qui résulte d'un acte positif ».

²²⁷¹ V. par ex. : A. BERNARD, *La grève, quelle responsabilité ?*, Dr. social 1986. 635. – F. GIVORD, *La notion de licéité de la grève dans la jurisprudence constante contemporaine*, Dr. social 1961. 29. – J. GOINEAU, art. précit. – G. LYON-CAEN, *Réglementer le droit de grève ?*, Dr. social 1988. 709. – J.-E. RAY, *La responsabilité civile du syndicat et de ses délégués à l'occasion d'un conflit du travail*, Dr. social 1987. 426. – A. RAMIN, *Exercice du droit grève et responsabilité civile*, Dr. social 1980. 537. – B. TEYSSIÉ, *La grève, du licite à l'illicite*, Cah. dr. entr. 1987, n° 5, p. 3.

²²⁷² B. TEYSSIÉ, *Droit du travail, relations collectives*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012, spéc. n°s 1559 à 1579 et 1670 à 1689. – V. aussi : A. BERNARD, art. précit., spéc. pp. 637 à 640. – A. RAMIN, art. précit., spéc. p. 539 à 543 et les réf. citées. – H. SINAY, note sous Cass. soc., 15 fév. 1965 in JCP 1965. 2. 14212.

²²⁷³ V. de manière implicite : CA Amiens, 5 mars 1986 : Dr. social 1986. 643. – V. aussi : A. RAMIN, art. précit., p. 539, 1^{ère} col.

Pour l'une et l'autre de ces catégories, et à cause de cette différence dans leurs entités, la commission de la faute et partant la responsabilité qui s'ensuit, *ne s'apprécient pas de la même manière*.

C'est la raison pour laquelle, il est nécessaire que nous envisagions de manière séparée, l'exercice fautif du droit de grève par les salariés grévistes, eu égard à leur qualité de *personnes physiques* (A), et la mise en œuvre de la responsabilité des grévistes, personnes morales, pour l'exercice illicite du droit de grève (B).

A. – Par les grévistes, personnes physiques.

1226. – Ce sont les salariés grévistes, personnes physiques, qui se manifestent le plus clairement dans la *concrétisation* du mouvement de revendication sociale.

Les actes litigieux qui leur sont imputables dans l'exercice du droit de grève, et la responsabilité qui s'ensuit, a donné à la jurisprudence l'occasion de juger quand il y a *illicéité du mouvement de grève*, et, contribuer de cette manière à *la définition de l'exercice licite du droit de grève*.

1227. – Il a ainsi été décidé que le fait de déclencher une grève sans le respect des dispositions d'une convention collective, est *constitutif de faute* et engage la responsabilité des grévistes²²⁷⁴.

Il a été également décidé que, constitue l'exercice illicite du droit de grève, la *désorganisation du travail concertée entre les salariés*, et exercée de telle sorte à causer *le plus de pertes pour l'employeur avec un minimum de frais pour les participants à la grève*²²⁷⁵.

Il a été décidé, que des grévistes engagent leur responsabilité *en n'assurant pas la sauvegarde de marchandises périssables*, comme leur en faisait obligation l'article 32 de la « convention collective nationale de l'industrie des cuirs et peaux » du 6 octobre 1956²²⁷⁶.

Dans le même ordre d'idées, nous pouvons avancer que constituent, *de manière générale*, l'exercice illicite du droit de grève, et engagent par conséquent la

²²⁷⁴ Cass. soc., 6 mai 1960 : Bull. civ. 5, n° 464. – Cass. soc., 8 déc. 1983 : Bull. civ. 5, n° 602. Cet arrêt évoque par ailleurs avec beaucoup de précision, la relation de cause à effet entre la faute des grévistes et le dommage subi par l'employeur.

²²⁷⁵ Cass. soc., 16 juill. 1964 : Bull. civ. 4, n° 620. – V. aussi : Cass. soc., 7 janv. 1960 : Bull. civ. 5, n° 20, p. 17. – Cass. soc., 13 déc. 1962 : Bull. civ. 5, n° 904 ; D. 1963, jur. 148 ; Dr. social 1963. 226, obs. J. Savatier.

²²⁷⁶ Cass. soc., 8 déc. 1983 : Bull. civ. 5, n° 602. L'article 32 en question faisait obligation aux travailleurs, en cas d'échec de la procédure de conciliation entraînant l'arrêt de travail dans l'établissement, de prendre des mesures tendant à assurer la sauvegarde des marchandises périssables.

responsabilité de grévistes, les « *agissements qui ne se rattachent pas à l'exercice normal du droit de grève* »²²⁷⁷.

La liste des actes condamnables peut être longue²²⁷⁸, et ils peuvent varier selon le cadre dans lequel les salariés évoluent et la nature de l'activité de l'entreprise.

1228. – La jurisprudence devait toujours continuer dans la même voie²²⁷⁹, jusqu'à ce qu'un *sensible progrès* se produise par un arrêt de principe du 4 novembre 1992²²⁸⁰. Il résulte de cet arrêt que, « *la commission, par certains salariés grévistes, d'actes illicites au cours de leur mouvement, ne modifie pas la nature de ce dernier ; que ce n'est qu'au cas où la grève entraîne la désorganisation de l'entreprise qu'elle dégénère en abus* ».

Il y a bien sûr ici une *avancée* dans la manière d'apprécier la licéité de la grève, mais on se demande si la conception adoptée par la Cour de cassation de l'abus dans l'exercice du droit de grève *n'est pas trop restrictive*. Ainsi, on pourrait imaginer la commission d'actes illicites et dommageables pour l'entreprise *mais qui ne conduisent pas pour autant à sa désorganisation*. Nous pensons que c'est dans le but de *ne pas entraver* le mouvement salarial de revendication et *lui apporter beaucoup de restrictions*, que la Cour de cassation a adopté cette solution.

1229. – Par la suite, la Cour de cassation a eu plus d'une occasion de donner encore des éclaircissements sur l'exercice illicite du droit de grève.

Il a été ainsi décidé que, l'arrêt de travail qui n'avait eu pour seul objet de permettre aux salariés d'assister à une audience de référé *ne constituait pas l'exercice normal du droit de grève*²²⁸¹.

²²⁷⁷ Cass. soc., 8 déc. 1983 : Bull. civ. 5, n° 598. – CA Amiens, 5 mars 1986 précit. : Dr. social 1986. 643. Sur cet arrêt, v. *infra* nos 1253 à 1256. – V. aussi plus récemment et dans le même sens : Cass. soc., 26 janv. 2000 : Bull. civ.1, n° 38, p. 28.

²²⁷⁸ Nous pensons par exemple aux actes de vandalisme et détérioration des lieux et des marchandises, de séquestration, d'occupation des lieux, d'interdiction de l'accès aux locaux, etc.

²²⁷⁹ V. par ex. : Cass. soc., 7 janv. 1988 : Bull. civ. 5, n° 10, p. 6 ; Dr. social 1988. 156, obs. A. Mazeaud ; *ibid.* 259, obs. J. Savatier. L'arrêt énonce que : « *les juges du fond ont relevé que les arrêts de travail n'étaient généralement pas affichés au sein de l'entreprise ni portés par quelque moyen que ce soit à la connaissance de l'employeur, qu'ils avaient perturbé gravement l'organisation de la société G. et que le préjudice qui en était résulté excédait celui qui résulte normalement de l'exercice d'une grève continue ou même de débrayages contrôlés* ».

²²⁸⁰ Cass. soc., 4 nov. 1992 précit. : Bull. civ.1, n° 529, p. 335. En l'espèce, l'arrêt d'appel a été censuré car il a condamné les grévistes sans avoir caractérisé à leur encontre un abus du droit de grève.

²²⁸¹ Cass. soc., 7 juin 1995 : Bull. civ. 5, n° 179, p. 131. Précisons ici que l'audience du juge des référés en question se rapportait à une instance opposant un syndicat à l'employeur des salariés demandeurs en cassation, au sujet de la décision de ce dernier de ne plus leur appliquer la « convention collective nationale de la maroquinerie, des articles de voyage et autres industries s'y rattachant », laquelle *avait été dénoncée par les syndicats patronaux signataires*. La société avait, le 29 novembre 1991, notifié un avertissement écrit à chacun des salariés concernés ; ces derniers ont alors saisi la juridiction prud'homale pour obtenir l'annulation de ladite sanction et l'obtention de dommages-intérêts.

1230. – La jurisprudence a souvent recours à la notion de « voie de fait », pour caractériser *les actes illicites* commis par salariés et délégués syndicaux grévistes²²⁸².

Le recours à cette notion indique clairement la volonté de la Cour de cassation, de *denier toute légitimité et légalité* aux actes commis par les salariés et délégués syndicaux grévistes.

1231. – Soulignons que la faute le plus souvent retenue par la jurisprudence comme constituant un exercice illicite du droit de grève, c'est *l'entrave apportée à la liberté du travail*²²⁸³. Et, il est significatif de voir que, lorsque les actes répréhensibles commis par les grévistes sont qualifiés par les juges de « voies de fait », il en résulte souvent une *entrave à la liberté du travail*²²⁸⁴.

1232. – La Cour de cassation a également eu l'occasion de préciser *les conditions de mise en œuvre* de la responsabilité des salariés grévistes. C'est ainsi qu'elle a précisé que, « *la responsabilité d'un salarié participant à une grève ne peut être engagée qu'à raison du préjudice découlant directement de sa participation personnelle à des actes illicites commis pendant l'arrêt du travail* »²²⁸⁵.

Les deux termes les plus importants de cet attendu sont : l'adverbe « directement », et l'adjectif « personnelle ». « Directement » évoque *le lien de causalité* existant entre la faute commise par le salarié gréviste et le préjudice éprouvé par l'entreprise, et « personnelle » indique la nécessité que la participation du gréviste aux actes incriminés soit bel et bien *effective*²²⁸⁶.

²²⁸² Cass. soc., 17 mai 1977 : Bull. civ. 5, n° 327, p. 259. – Cass. soc., 21 fév. 1978 précit. : Bull. civ. 5, n° 127, p. 95. – Cass. soc., 8 nov. 1984 précit. : Bull. civ. 5, n° 423. – V. aussi de manière implicite : Cass. soc., 19 déc. 1990 : Bull. civ. 5, n° 698, p. 421. Sur cet arrêt, v. *infra* note 2285. – Cass. soc., 17 juill. 1990 (deux arrêts) : Bull. civ. 5, n° 375, p. 224. – Cass. soc., 17 juill. 1990 : Bull. civ. 5, n° 371, p. 222.

²²⁸³ Cass. soc., 21 juin 1984 : Bull. civ. 5, n° 263. Pour rejeter en l'espèce, le pourvoi formé contre l'arrêt attaqué, la Cour de cassation énonce que : « *l'employeur demandait qu'il soit mis fin au préjudice personnel résultant des entraves qui l'avaient empêché d'exercer son industrie ; que les juges d'appel, après avoir relevé que les grévistes interdisaient l'entrée de l'usine à quiconque, notamment au directeur et au personnel non gréviste, ont exactement énoncé que le droit de grève n'emporte pas celui de disposer arbitrairement des locaux de l'entreprise ; qu'ils ont ainsi constaté le caractère manifestement illicite du trouble invoqué* ». – CA Amiens, 5 mars 1986 précit. : Dr. social 1986. 643. Sur cet arrêt, v. aussi *infra* n°s 1253 à 1256. – V. aussi de manière implicite : Cass. soc., 19 déc. 1990 précit. : Bull. civ. 5, n° 698, p. 421. Sur cet arrêt, v. *infra* note 2285. – Cass. soc., 7 juin 1995 : Bull. civ. 5, n° 181, p. 133.

²²⁸⁴ V. Cass. soc., 17 mai 1977. – Cass. soc., 21 fév. 1978. – Cass. soc., 8 nov. 1984. Cités *supra* note 2282.

²²⁸⁵ Cass. soc., 19 déc. 1990 précit. : Bull. civ. 5, n° 698, p. 421. Après avoir énoncé cet attendu de principe, la Cour applique la règle qui y a été affirmé au cas d'espèce et décide : « *qu'après avoir constaté qu'aucune preuve n'était rapportée du rôle joué par les salariés mis en cause par l'employeur dans les voies de fait perpétrées au cours du conflit et qu'ils s'étaient bornés à occuper le réfectoire, sans aucune entrave à la liberté du travail des non grévistes* ».

²²⁸⁶ V. déjà qui fait application de cette même idée et solution, mais sans énoncer de règle générale et abstraite, v. : Cass. soc., 23 juin 1988, n° de pourvoi : 86-12.327. Dans une espèce où a été retenue la responsabilité d'une salariée gréviste pour abus dans l'exercice du droit de grève, les juges du fond approuvés en ceci par la Cour de cassation, ont constaté que : « *la participation de Mme A. à des actes illicites était établie par des photographies et un procès-verbal d'huissier ; qu'en l'absence de contestations de ces éléments de preuve, le moyen ne peut donc être accueilli* ».

1233. – La solution inaugurée par l'arrêt précité du 4 novembre 1992²²⁸⁷ n'a pas tardé à être réitérée. Elle le fut par un arrêt très remarqué du 18 janvier 1995²²⁸⁸, dans lequel la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel *pour n'avoir pas caractérisé un abus du droit de grève*, en ne précisant pas à quel moment les actes incriminés avaient révélé un risque de désorganisation de *l'entreprise elle-même*. La cour d'appel s'était, en l'occurrence, bornée à relever une « désorganisation de la production », ce qui *ne suffisait pas* au regard de la Cour de cassation, *pour caractériser l'abus du droit de grève*. Il fallait qu'il y ait véritablement *désorganisation de l'entreprise elle-même*, pour qu'il y ait abus dans l'exercice du droit de grève.

Par ailleurs, il a été décidé que constitue un abus du droit de grève, le fait *d'interrompre subitement le travail*²²⁸⁹.

1234. – Dans le prolongement de la jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 4 novembre 1992 et réitérée par l'arrêt du 18 janvier 1995, un arrêt mérite d'être particulièrement signalé ; il s'agit de l'arrêt du 26 janvier 2000²²⁹⁰. Bien que ce soit de manière *moins claire*, il réaffirme cette jurisprudence, mais aussi et surtout, *en ne faisant pas appel à l'idée de désorganisation de l'entreprise*. Il résulte de cet arrêt que *ne constitue pas l'exercice normal du droit de grève*, mais se qualifie de « mouvement illicite », les agissements, *fautifs*, consistant en une série d'actions telles notamment le blocage de l'accès aux sites et du système d'information de l'entreprise, le détournement de matériel, la dégradation de locaux, etc.

1235. – D'autres arrêts sont venus donner des illustrations d'actes constituant l'exercice fautif du droit de grève. Ainsi, constitue un exercice fautif du droit de grève et engage leur responsabilité, sur le fondement de l'article 1382 C.C., le fait pour des transporteurs routiers d'interdire par des barrages l'accès à un site d'entrepôt pétrolier appartenant à la société²²⁹¹.

²²⁸⁷ Cass. soc., 4 nov. 1992 précit. : Bull. civ.1, n° 529, p. 335. V. *supra* 2280 sous n° 1128.

²²⁸⁸ Cass. soc., 18 janv. 1995 précit., : Bull. civ. 5, n° 27, p. 18 ; Dr. social 1995. 183, concl. Ph. Waquet.

²²⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 11 juin 1996 : Bull. civ. 1, n° 242, p. 170. – Cass. 1^{ère} civ., 11 juin 1996, n° de pourvoi : 94-14.125.

²²⁹⁰ Cass. soc., 26 janv. 2000 précit. : Bull. civ.1, n° 38, p. 28. Soulignons que cet arrêt se rapporte à la responsabilité des syndicats, mais nous l'avons cité dans cette partie relative à la responsabilité des salariés grévistes, car il constitue une illustration d'un courant assez constant de jurisprudence *qualifiant d'illicite un prétendu mouvement de grève*.

²²⁹¹ Cass. soc., 11 janv. 2006 : Bull. civ. 5, n° 4, p. 3. Précisons qu'en l'espèce, la cour d'appel a fait une *application combinée* des articles 1382 et 1134 C.C. Elle décida, et fut approuvée par la Cour de cassation, que le comportement des transporteurs routiers « *ne constituait pas une grève au sens de l'article L. 521-1 C. trav.* ». Rappelons encore que l'ancien article L. 521-1 C. trav. est aujourd'hui devenu, l'article L. 2512-2 C. trav.

1236. – Au terme de cette analyse, on se demande de quelle manière concilier les différentes solutions adoptées par la Cour de cassation sur l'illicéité de l'exercice de la grève. Faut-il adopter comme critère de l'abus, la désorganisation de l'entreprise telle que l'a posé l'arrêt précité du 4 novembre 1992²²⁹², ou alors, plus simplement, l'entrave apportée à la liberté du travail ? Nous pensons que les deux notions de désorganisation de l'entreprise et d'entrave à la liberté du travail, *ne sont pas incompatibles*, et toutes les deux peuvent valablement être adoptées comme critères de l'illicéité de la grève. Soulignons cependant, que le concept de désorganisation de l'entreprise est *plus large* que celui d'entrave à la liberté du travail, en ce sens que la désorganisation de l'entreprise implique une entrave à la liberté du travail, alors que *l'inverse n'est pas vrai*.

1237. – Ce qui a précédé concerne les actes qui rendent fautif l'exercice du droit de grève par les grévistes personnes physiques que sont les salariés et les délégués syndicaux. Nous passons dans ce qui suit à l'étude de l'exercice illicite du droit de grève par les grévistes personnes morales, que sont les syndicats. A la différence des personnes physiques, envisager l'exercice illicite du droit de grève par les grévistes personnes morales, inclura également, eu égard à *la spécificité de leur entité* de personnes morales, *la manière dont leur responsabilité est mise en œuvre*, pour cet exercice illicite.

B. – Par les grévistes, personnes morales.

1238. – Sont principalement visés dans cette sous-partie, les syndicats, de par leur rôle supposé dans le déclenchement et la direction des grèves²²⁹³.

Par rapport à ces personnes morales, la jurisprudence a créé des règles spécifiques régissant les conditions de mise en œuvre de leur responsabilité, les *individualisant* de cette manière du statut des grévistes.

En effet, et comme nous l'avons dit, la faute des syndicats dans l'exercice illicite du droit de grève *ne se manifeste pas à la manière des personnes physiques*,

²²⁹² Cass. soc., 4 nov. 1992 précit. : Bull. civ.1, n° 529, p. 335. Sur cet arrêt, v. *supra* note 2280 sous n° 1128.

²²⁹³ Le rôle des syndicats dans la grève ne peut être dénié, puisque c'est la loi elle-même, en l'occurrence l'article L. 2512-2 C. trav., qui leur a conféré *la prérogative d'émettre le préavis de grève*. Cependant, leur rôle dans l'exercice effectif du droit de grève, qui se concrétise dans la réalité, après son déclenchement par le préavis imposé par la loi, et qui pourrait *conséquemment* engager leur responsabilité civile, *est tout à fait une autre question*.

c'est pour cette raison que seront aussi examinées les conditions de mise en œuvre de leur responsabilité.

Ainsi la responsabilité des syndicats *ne joue pas de plein droit*, c'est-à-dire du seul fait que les salariés qui y sont adhérents ont été déclarés responsables pour exercice illicite ou abusif du droit de grève.

1239. – Assez tôt, la Cour de cassation a eu l'occasion de poser les règles applicables en la matière. C'est ainsi que, c'est dans un arrêt très remarqué du 9 novembre 1982, qu'elle a approuvé les juges du fond qui avaient décidé que les syndicats, « *ne pouvaient du seul fait de leur participation à l'organisation d'une grève licite être déclarés responsables de plein droit de toutes les conséquences dommageables d'abus commis au cours de celle-ci* »²²⁹⁴. Un autre attendu vient compléter celui-ci et en éclairer le fondement, dans lequel la Cour affirme que : « *les juges du fond ont énoncé que les syndicats n'étaient pas les commettants des grévistes, que ceux-ci exerçaient individuellement le droit de grève, et qu'il n'apparaissait pas que les syndicats aient, par instructions ou par tout autre moyen, commis des fautes en relation avec les dommages invoqués* ».

1240. – A dire vrai, c'est cet attendu qui est *le plus important* dans la solution posée par la Cour de cassation. Les juges du fond ont bien fait de relever que les syndicats n'étaient pas les commettants des grévistes, révélant la différence qui sépare ces entités des *concepts suivis en droit civil*. Ils contribuent ainsi à définir la nature de la relation qui lie syndicats et salariés, il ne s'agit aucunement d'une relation de commettant à préposé²²⁹⁵.

La solution ainsi posée ne sera pas démentie par les arrêts ultérieurs de la Cour de cassation.

1241. – Corollairement à la solution précédemment évoquée, il a été décidé qu'un syndicat *engage cependant sa responsabilité*, s'il est prouvé qu'il a agi *de concert* avec les salariés grévistes et qu'il « *avait été l'instigateur et l'organisateur de la grève, et qu'au lieu de s'opposer à tout abus, il avait suscité les agissements illicites et en avait favorisé le développement et la persistance* »²²⁹⁶.

²²⁹⁴ Cass. soc., 9 nov. 1982 : Bull. civ. 5, n° 615.

²²⁹⁵ A cet égard, il serait édifiant de référer à l'article L. 2131-1 C trav. Cet article dispose que : « Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts ». Ce texte qui résulte de l'ordonnance précitée n° 2007-329 du 12 mars 2007, apporte des éléments à la *définition de la relation liant les syndicats aux salariés adhérents*.

²²⁹⁶ Cass. soc., 9 nov. 1982 : Bull. civ. 5, n° 614.

1242. – Dans le même ordre d'idées, il a été décidé que, « *la responsabilité d'un syndicat dans les agissements illicites commis par des grévistes ne peut être retenue que si ses dirigeants ont incité ceux-ci à les commettre* »²²⁹⁷. Il est intéressant de noter que dans cette espèce, la responsabilité des délégués syndicaux a été retenue, *sans que, cependant*, pût être retenue celle du syndicat auquel ils appartiennent. Ceci démontre que les règles appliquées par la jurisprudence pour retenir la responsabilité des syndicats et des salariés, *ne sont pas les mêmes*. Sous le visa de l'article 1382 C.C., l'arrêt d'appel a été censuré pour avoir retenu la responsabilité du syndicat, en se bornant à – simplement – relever *que ledit syndicat avait été l'organisateur de la manifestation litigieuse*. Clairement, aux yeux de la Cour de cassation, un tel constat *ne suffit pas* pour retenir la responsabilité du syndicat. La cour d'appel n'avait pas en l'espèce, constaté que les représentants dudit syndicat eussent incité les grévistes rassemblés devant le siège de la société à se rendre devant les supermarchés que celle-ci exploite pour en bloquer les portes.

1243. – Peu d'années après, la fameuse jurisprudence de l'arrêt du 9 novembre 1982 fut réitérée dans une décision du 21 janvier 1987²²⁹⁸, de laquelle il résulte que, pour qu'un syndicat soit déclaré responsable pour les dommages causés à la société, il faut que soit constatée sa *participation effective* aux agissements abusifs commis pendant la grève. En l'espèce, l'arrêt d'appel a été censuré pour avoir déclaré ledit syndicat responsable avec deux délégués syndicaux des dommages causés à la société du fait de la grève. Il s'était borné, pour retenir leur responsabilité, à relever que la responsabilité de celui-ci était « inséparable » de celle des délégués syndicaux qui étaient ses mandataires.

1244. – Dans le même ordre d'idée, il a été affirmé que pour que la responsabilité du syndicat soit engagée, il faut que ce dernier ait été « *le véritable conducteur et promoteur du mouvement illicite, et que même s'il a appelé à la grève, il ne peut être automatiquement tenu pour responsable des dommages causés par des actes abusifs* »²²⁹⁹.

1245. – Dans le prolongement de la solution, *fondamentale*, posée par l'arrêt précité du 9 novembre 1982²³⁰⁰, il faut citer deux arrêts très remarquables, rendus dans le

²²⁹⁷ Cass. soc., 26 juill. 1984 : Bull. civ. 5, n° 331.

²²⁹⁸ Cass. soc., 21 janv. 1987 : Bull. civ. 5, n° 27, p. 15 ; Dr. social 1987. 430.

²²⁹⁹ Cass. soc., 23 juin 1988 précit., n° de pourvoi : 86-12.327. – Rapp. : Cass. soc., 17 juill. 1990 précit. : Bull. civ. 5, n° 371, p. 222.

²³⁰⁰ Cass. soc., 9 nov. 1982 précit. : Bull. civ. 5, n° 615. Sur cet arrêt, v. *supra* note 2280 sous n° 1128.

même sens et le même jour et, *sous le visa de l'article 1382 C.C.*, par la Chambre sociale de la Cour de cassation, les arrêts du 17 juillet 1990²³⁰¹, ainsi qu'un arrêt – précédemment cité – du 19 décembre 1990²³⁰², qui tous adoptent *textuellement un même attendu de principe*, en affirmant que : « *les grévistes, même lorsqu'ils sont représentants du syndicat auprès de l'employeur ou des organes représentatifs du personnel au sein de l'entreprise, ne cessent pas d'exercer individuellement le droit de grève et n'engagent pas par les actes illicites auxquels ils peuvent se livrer la responsabilité des syndicats auxquels ils appartiennent* ».

1246. – Toujours dans la suite des solutions susmentionnées, il a été, très justement, décidé qu'un syndicat *engage sa responsabilité*, s'il est prouvé que « *les entraves au libre accès de l'entreprise et à la liberté du travail avaient été effectuées sur ses instructions* »²³⁰³.

1247. – A cet égard, mérite d'être particulièrement signalé un arrêt – précédemment cité – du 26 janvier 2000²³⁰⁴. En plus de son apport indéniable sur la définition de ce qui peut constituer *l'exercice illicite du droit de grève*, cet arrêt illustre de manière parfaite un *cas de responsabilité des syndicats*. Les juges du fond, approuvés en ceci par la Cour de cassation, ont retenu leur responsabilité après avoir constaté que ceux-ci, « *avaient été constamment les instigateurs et les organisateurs de ce mouvement et qu'ils en avaient assuré la maîtrise et la poursuite, en incitant par des directives l'accomplissement des actes fautifs par les agents qui participaient au mouvement* »²³⁰⁵.

1248. – Les solutions jurisprudentielles posant les conditions de mise en œuvre de la responsabilité des syndicats pour l'exercice illicite du droit de grève, ont été réaffirmées dans des décisions plus récentes²³⁰⁶. Il est donc permis d'affirmer que ces solutions sont de *jurisprudence constante*.

²³⁰¹ Cass. soc., 17 juill. 1990 (deux arrêts) précit. : Bull. civ. 5, n° 375, p. 224.

²³⁰² Cass. soc., 19 déc. 1990 précit. : Bull. civ. 5, n° 698, p. 421. Sur cet arrêt, v. *supra* note 2282 et 2285 sous n° 1232.

²³⁰³ Cass. soc., 30 janv. 1991 : Bull. civ. 5, n° 40, p. 25. Il est intéressant de souligner ici que la responsabilité des grévistes n'a cependant pas pu être retenue faute pour les juges du fond d'avoir précisé, « *en ce qui concerne chacun des salariés condamnés, à quel acte fautif précis il avait participé et sans donner mission à l'expert de rechercher le seul dommage résultant du comportement incriminé* ». L'arrêt a encouru la censure, qui fut, *naturellement*, prononcée sous le visa de l'article 1382 C.C., pour avoir retenu la responsabilité des salariés grévistes *in solidum avec le syndicat*.

²³⁰⁴ Cass. soc., 26 janv. 2000 précit. : Bull. civ.1, n° 38, p. 28. Sur cet arrêt, v. *supra* note 2277 et note 2290 sous n° 1234.

²³⁰⁵ Cet arrêt a par ailleurs le mérite, d'avoir relevé, de manière très claire, que les juges du fond ont « *caractérisé la faute des syndicats et le lien de causalité entre cette faute et le préjudice constaté et réparé* ».

²³⁰⁶ Cass. soc., 22 juin 2004 : Bull. civ. 5, n° 174, p. 164. – Cass. soc., 14 nov. 2007, n° de pourvoi : 06-14.074.

Après l'examen de l'exercice fautif du droit de grève par les grévistes personnes morales, et les conditions de mise en œuvre de leur responsabilité, s'impose naturellement l'examen de *la sanction qui s'y attache*, pour celles-ci aussi bien que pour les personnes physiques.

Sous-par. 2 : La sanction de l'exercice fautif du droit de grève.

1249. – Même si ça semble relever de l'évidence, précisons quand même que l'exercice normal – entendre licite – du droit de grève n'ouvre pas droit à réparation au profit de l'employeur, bien qu'il en résultât un préjudice pour lui²³⁰⁷. Seul le préjudice *anormal* ouvre droit à réparation²³⁰⁸.

1250. – A la différence de l'abus ou de la faute *latu sensu* dans l'exercice du droit de grève qui se concrétise de manière *différente* en ce qui concerne d'une part, les grévistes personnes physiques, et, d'autre part, les grévistes personnes morales, la sanction découle de cette faute est *cependant la même pour les deux catégories de personnes*. Il n'y a pas d'individualisation de la sanction pour l'une ou l'autre de ces catégories. C'est pour cette raison, que nous envisageons cette question dans une seule sous-partie.

1251. – Puisque par hypothèse, l'exercice du droit de grève se fait de manière *collective*, l'exercice fautif de ce droit pourrait donc émaner d'un groupe de personnes, ou de plusieurs personnes rassemblées, il est logique que la jurisprudence applique dans cette hypothèse la responsabilité civile *in solidum*.

La jurisprudence retient en effet la responsabilité des grévistes *in solidum*, lorsque plusieurs salariés *concourent tous à causer le dommage*.

1252. – C'est dans un arrêt très remarqué – et précédemment cité – du 8 décembre 1983, que la Cour de cassation énonce, dans un attendu de principe, que : « *chacun des coresponsables d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité sans qu'il y ait lieu de tenir compte d'un partage entre eux qui n'affecte que leurs rapports réciproques et non le caractère et l'étendue de leurs obligations à l'égard de la partie lésée* »²³⁰⁹. L'affirmation de la solution est d'une grande clarté ;

²³⁰⁷ Cass. soc., 25 janv. 2011 précit. : Bull. civ. 5, n° 28. Sur l'attendu de principe de cet arrêt, v. *supra* note 2267 sous n° 1221.

V. aussi : J.-E. RAY, art. précit., p. 426, 2^{ème} col. et les réf. citées. – J. GOINEAU, art. précit., p. 706, 2^{ème} col. – B. TEYSSIÉ, *op. cit.*, n° 1686.

²³⁰⁸ B. TEYSSIÉ, *ibid.*, n° 1686.

²³⁰⁹ Cass. soc., 8 déc. 1983 précit. : Bull. civ. 5, n° 598. L'attendu plus haut reproduit, ne s'arrête cependant pas là. Il a une suite qui est de *non moindre importance*, mais qui ne se rapporte pas de manière

mais elle ne présente cependant aucune originalité ; et constitue une *application fidèle* des solutions suivies en droit civil. Ceci révèle de manière éclatante *l'emprise du droit civil sur le droit du travail*, qui vient s'imposer *en tant que droit subsidiaire chaque fois qu'un vide juridique survient*.

1253. – Cette solution de *grande portée*, a été suivie dans d'autres décisions. Elle le fut notamment dans une décision très remarquable de la cour d'appel d'Amiens du 5 mars 1986²³¹⁰, rendue dans une fameuse affaire qui a opposé la société Delsey à une quarantaine de ses salariés se mettant en grève. En l'espèce, les salariés reprochaient aux premiers juges, « *d'avoir prononcé une condamnation in solidum alors qu'il ne leur appartenait pas "de mettre en œuvre une responsabilité collective"* ». La cour d'Amiens pour rejeter cette argumentation, y répond en énonçant que : « *Mais attendu que chacun des défendeurs, même si sa présence à l'entrée de l'usine n'a pas été constante, a participé au blocage des accès de cette usine et est donc co-auteur du dommage causé à chacun des demandeurs et consistant dans la perte de salaires subie par suite de la fermeture des ateliers* ». Comme nous pouvons le voir, c'est par rapport à l'acte fautif consistant dans le « blocage des accès à l'usine » que la responsabilité des grévistes a été *appréciée et retenue*. C'est principalement le fait pour les grévistes d'avoir bloqué les accès à l'usine, qui a constitué *l'exercice fautif par eux du droit de grève*. Il résulte également de cet attendu, que la règle de la réparation *in solidum* ne peut être appliquée qu'à *la participation effective* des grévistes aux événements fautifs²³¹¹. Par ailleurs, le dommage s'était en l'occurrence constitué, par la *perte de salaires* pour les salariés non-grévistes, comme ceci arrive le plus souvent. L'employeur n'avait pas réussi à libérer les portes de l'usine et à en permettre l'accès aux salariés non-grévistes car la décision qu'il a obtenue en référé, *n'a pas pu être exécutée*.

L'attendu de l'arrêt de la cour d'Amiens ne s'arrête cependant pas ici ; il a une suite qui, contrairement à sa première partie, se caractérise par sa *généralité et sa*

directe à notre solution, mais aux recours que les auteurs du dommage vont exercer les uns contre les autres. Ainsi la Cour poursuit en énonçant : « *qu'il en est ainsi même si certains des responsables sont demeurés inconnus, le recours subrogatoire des auteurs connus se heurtant non à un empêchement de droit mais à un simple obstacle de fait* ».

Nous retrouvons ici aussi la fameuse distinction des obstacles de fait et des obstacles de droit, sur laquelle se fonde l'acception classique de la subsidiarité. Sur cette distinction, v. *supra* n^{os} 32 et s.

²³¹⁰ CA Amiens, 5 mars 1986 précit., cité en annexe de l'article précité d'A. BERNARD, *La grève, quelle responsabilité ?*, pp. 643 et s.

²³¹¹ J. GOINEAU, art. précit., p. 707, 2^{ème} col.

grande portée. La cour énonce que : « *par application des principes de la responsabilité civile qui s'appliquent à tous les actes fautifs, même commis à l'occasion d'une grève licite en elle-même, les premiers juges ont donc à juste titre condamné in solidum les co-auteurs du dommage à le réparer* ».

1254. – Cette attendu rejoint ce que nous avons énoncé plus haut, sur l'application des *principes du droit civil de la réparation* aux actes fautifs commis pendant l'exercice du droit de grève. Il s'éloigne cependant de ce que nous avons précisé au début de cette sous-partie, en ce qu'il n'a pas pris le soin de préciser que *seul le dommage anormal*, résultant d'actes fautifs commis au cours d'une grève licite, est réparable.

1255. – Une telle lecture de l'arrêt est à dire vrai, *tronquée*. Celui-ci avait déjà précisé en ce qui concerne la « recevabilité des demandes » des salariés, que « *l'action des demandeurs n'est pas la conséquence du conflit collectif entre l'employeur et les salariés grévistes mais des agissements illicites reprochés aux salariés grévistes* ». Et, que « *les demandeurs ne réclament pas aux salariés grévistes le paiement de leur salaires mais une indemnité pour la perte de leurs salaires pour la période où les ateliers ont été fermés, en raison selon eux, des fautes commises au cours de la grève et ne pouvant se rattacher à l'exercice normal de celle-ci* »²³¹². Soulignons que, tel qu'il a été précisé plus haut, l'employeur n'ayant pas pu libérer les portes de l'usine, la cour en a déduit qu'*il n'était donc pas tenu de payer les salaires des non-grévistes*. La cour d'Amiens a déclaré la demande *recevable* et a condamné *in solidum* les grévistes à payer aux quelques centaines de salariés non-grévistes de l'entreprise, les heures de travail perdues et ceci par référence au montant de leurs salaires.

1256. – Comme l'arrêt de la cour d'Amiens du 5 mars 1986 l'a relevé, il faut que la *participation effective* des grévistes aux actes incriminés soit constatée pour que leur responsabilité *in solidum* soit retenue. C'est ainsi qu'a encouru la censure l'arrêt d'appel qui a condamné *in solidum* un syndicat avec sept salariés grévistes à réparer l'entier dommage résultant d'actes illicites commis au cours d'une grève,

²³¹² Cet attendu a été énoncé par la cour d'Amiens en réponse aux allégations des défendeurs qui faisaient valoir qu'ils ne sauraient être condamnés sur le fondement délictuel à payer des salaires qui sont contractuellement dus par l'employeur sans avoir agi d'accord contre celui-ci. Une telle argumentation ne pouvait, bien-entendu, prospérer, car premièrement, le contrat de travail des non-grévistes était suspendu, et deuxièmement, l'employeur était *dans l'impossibilité de fournir du travail aux non-grévistes*, car il n'a pas pu faire exécuter l'ordonnance de référé du 1^{er} juillet 1984, rendue par le président du tribunal de grande d'instance d'Amiens ordonnant aux salariés grévistes de laisser passer camions et marchandises.

« sans préciser, en ce qui concerne chacun des salariés condamnés, à quel acte fautif précis il avait participé et sans donner mission à l'expert de rechercher le seul dommage résultant du comportement incriminé »²³¹³.

1257. – Cette solution fut encore réitérée par un arrêt – précédemment cité – du 18 janvier 1995, dans lequel la censure de l'arrêt d'appel fut prononcée sous le visa, notamment, de l'article 1382 C.C., pour avoir condamné *in solidum* un syndicat et un nombre de salariés grévistes à la réparation de l'entier préjudice subi par l'entreprise, alors que, selon la Cour de cassation, « il lui appartenait de préciser, en ce qui concerne chacune des personnes concernées, à quel acte fautif précis elle avait participé et qu'elle ne pouvait prononcer condamnation qu'à raison du seul préjudice résultant du comportement incriminé »²³¹⁴.

1258. – En plus de la précision très importante de l'arrêt sur la nécessité de la participation effective des grévistes aux actes incriminés, la Cour apporte une autre précision qui se rapporte aussi aux principes généraux de la responsabilité civile, et c'est celle de devoir réparer le *seul préjudice* résultant des actes répréhensibles, à l'exclusion de tout autre préjudice qui ne découlerait pas, par un lien de causalité certain, desdits actes.

1259. – La question de la sanction soulève de manière annexe celle des pouvoirs du juge dans l'appréciation de la décision de déclenchement de la grève. On serait ainsi naturellement enclin à nous demander si les juges peuvent porter un jugement sur l'opportunité ou la légitimité d'une grève, et décider à partir de ceci *si son exercice constitue en soi, un abus ou non*.

Sur cette question, la Cour de cassation a eu heureusement l'occasion de se prononcer ; elle a décidé dans un arrêt très remarqué du 19 octobre 1994²³¹⁵, que : « si la grève impose l'existence de revendications de nature professionnelles, le juge ne peut, sans porter atteinte au libre exercice d'un droit constitutionnellement reconnu, substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité ou le bien fondé de ces revendications, en l'absence d'abus de droit de la part des salariés ». Après l'énoncé de cet attendu de principe, la Cour l'applique au cas d'espèce et décide que : « qu'en cessant le travail pour obtenir la présence dans une délégation syndicale

²³¹³ Cass. soc., 30 janv. 1991 précit. : Bull. civ. 5, n° 40, p. 25. Soulignons que la responsabilité du syndicat a été en l'espèce retenue, à l'exclusion cependant de celle des salariés. Sur cet arrêt, v. aussi *supra* note 2303 sous n° 1246.

²³¹⁴ Cass. soc., 18 janv. 1995 précit. : Bull. civ.5, n° 27, p. 18 ; Dr. social 1995. 183, concl. Ph. Waquet.

²³¹⁵ Cass. soc., 19 oct. 1994 précit. : Bull. civ. 5, n° 281, p. 190.

chargée de la négociation annuelle obligatoire d'un permanent syndical étranger à l'entreprise, les salariés ont voulu appuyer une revendication de caractère professionnel qui ne présentait aucun caractère abusif ; qu'en refusant d'admettre qu'ils n'avaient fait qu'exercer le droit de grève, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Le texte visé dans l'attendu et au visa duquel la cassation est prononcée, est l'ancien article L. 521-1 C. trav. Ce texte est aujourd'hui l'article L. 2512-2 C. trav. qui régleme le recours à la grève²³¹⁶.

1260. – Nous pouvons constater au terme de cette analyse que c'est au prix d'une *adaptation*, que le droit commun de la responsabilité civile s'applique à l'exercice du droit de grève, en ce sens que, à la différence du droit civil, *ce n'est pas toute faute* qui engage la responsabilité des grévistes, il faut que les fautes *rendent l'exercice du droit de grève abusif* pour qu'elles engagent la responsabilité de leurs auteurs, et que *seul le dommage anormal*, oblige les grévistes à réparation, tout dommage *d'importance moindre reste à l'abri de la responsabilité*²³¹⁷.

L'application de la responsabilité civile à l'exercice du droit de grève ayant été examinée, nous passons dans ce qui suit à une *autre illustration* de l'application du droit commun de la responsabilité civile en droit du travail, qui se rapporte cette fois à *l'employeur*, et qui pourrait être mise en œuvre à l'occasion de l'exercice par celui-ci de son pouvoir de direction.

Par. 2 : Dans l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur.

1261. – Il est reconnu depuis assez longtemps que l'employeur jouit d'un pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire ou de direction dans l'entreprise, qu'il est le seul juge de l'opportunité de l'exercer²³¹⁸. Et que, par

²³¹⁶ Sur l'article L. 2512-2 C. trav. en question, v. *supra* note 2261 sous n° 1218.

²³¹⁷ Cass. soc., 25 janv. 2011 précit. : Bull. civ. 5, n° 28.

²³¹⁸ V. par ex. : Cass. soc., 31 mai 1967 : Bull. civ. 5, n° 431. Cet arrêt se rapporte à la fameuse affaire des ateliers et chantiers de Dunkerque et Bordeaux. Suite à une grève tournante, la société avait décidé de fermer ses chantiers du 12 au 26 mai 1964. Cette grève avait fait baisser la production, selon les secteurs, de 35 à 50 %. Un ouvrier non-gréviste, avait saisi le conseil de prud'hommes de Dunkerque pour réclamer à la société d'être *indemnisé des salaires qu'il avait perdus pendant la fermeture*. Il alléguait que des sanctions auraient du être prises à l'encontre des membres du personnel participant au mouvement de grève avant que la situation fut telle qu'elle entraîna inéluctablement la fermeture des chantiers, et que la patience ou la bienveillance extrême de l'employeur n'avait abouti qu'à une impasse et à l'aggravation du climat social et qu'il avait ainsi commis une faute dans l'exercice de ses fonctions de direction et de surveillance du personnel. La Cour de cassation censura le jugement de conseil de prud'hommes qui a fait droit à la demande du salarié, elle énonça : « *qu'en statuant ainsi, alors que l'employeur, responsable de la bonne marche de l'entreprise, est seul juge de l'opportunité d'exercer son pouvoir disciplinaire, le conseil de prud'hommes, qui s'est borné à substituer son appréciation à la sienne quant à l'amélioration ou à l'aggravation susceptible d'en résulter pour le fonctionnement de l'établissement, sans relever aucun fait constitutif d'un détournement de pouvoir de sa part, n'a pas légalement justifié sa décision* ».

conséquent, les juges ne peuvent pas à moins qu'ils aient constaté abus ou détournement de pouvoir de la part de l'employeur dans l'exercice de ce pouvoir, substituer leur appréciation à la sienne quant à la structure et à l'organisation des services de l'entreprise²³¹⁹.

1262. – *Seuls l'abus ou le détournement* commis par l'employeur dans l'exercice de ce droit, justifient que les juges puissent porter un jugement sur sa manière d'exercer ses prérogatives²³²⁰, et éventuellement, *le sanctionner*.

L'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction peut être donc l'occasion pour l'application de la responsabilité civile de droit commun, par référence à l'article 1382 C.C.

1263. – Mais s'agissant de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, il pourrait être parfois *délicat* pour les juges du fond de décider *s'il y a eu ou non abus* de la part de l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction. Ceci se rattache à la question – épineuse – de l'étendue du son pouvoir de direction.

La question pourrait *notamment* se poser à l'occasion de la fixation de l'horaire de travail. A cet égard, la jurisprudence a rappelé, dans un arrêt du 4 juin 2002, qu'à défaut d'accord des parties, la fixation de l'horaire de travail *relève du pouvoir de direction de l'employeur*²³²¹. Et puisque les juges du fond n'ont pas, en l'occurrence, relevé d'abus commis par l'employeur dans la fixation qu'il a faite de

²³¹⁹ Cass. soc., 28 mars 1979 : Bull. civ. 5, n° 280.

²³²⁰ V. de manière implicite : Cass. soc., 8 mars 1972 : Bull. civ. 5, n° 194, p. 179. – V. aussi : Cass. soc., 23 fév. 2005 : Bull. civ. 5, n° 64, p. 56 ; D. 2005. 1678, note H. K. Gaba ; JCP G n° 14, 6 avr. 2005. 4. 1763 ; *ibid.* n° 23, 8 juin 2005. 2. 10076, note D. Corrigan-Carsin ; JCP E n° 15, 14 avr. 2005, 599 ; *ibid.* n° 27, 7 juill. 2005, 1069, note D. Corrigan-Carsin ; RDC 1^{er} juill. 2005, n° 3, p. 76, obs. Ch. Radé. L'attendu principal de cet arrêt est *décisif sur cette question*. Sur cet attendu et pour savoir plus sur cet arrêt, v. *infra* note 2327 sous n° 1266.

²³²¹ Cass. soc., 4 juin 2002 : Bull. civ. 5, n° 189, p. 185 ; Cah. soc. Barreau Paris, 1^{er} sept. 2002, n° 143, p. 371, obs. C. Charbonneau ; *ibid.* 1^{er} nov. 2002, n° 144, p. 449, obs. C. Charbonneau ; Dr. social 2002. 901, obs. Ch. Radé. En l'espèce, une salariée, qui souhaitait travailler à temps partiel dans le cadre d'un congé parental d'éducation, s'opposait à son employeur s'agissant de l'organisation du travail dans la semaine. Elle avait alors saisi le conseil de prud'hommes en référés afin que soient imposés à son employeur les horaires qu'elle souhaitait. Le conseil de prud'hommes lui avait donné raison mais l'ordonnance avait été réformée en appel. Le pourvoi formé par la salariée est ici rejeté. La Chambre sociale de la Cour de cassation affirme que : « *si, en application de l'article L. 122-28-1 du Code du travail, tout salarié dispose du droit, sous certaines conditions, soit de bénéficier d'un congé parental d'éducation durant lequel le contrat de travail est suspendu, soit de réduire sa durée de travail d'au moins un cinquième de celle qui est applicable dans l'établissement sans que cette activité à temps partiel puisse être inférieure à seize heures hebdomadaires* ». *la fixation de l'horaire de travail, à défaut d'accord des parties, relève du pouvoir de direction de l'employeur* ». Après l'énoncé de cet attendu de portée générale, la Cour rappelle la règle précitée, selon laquelle, le dernier mot en ce qui concerne la fixation des horaires de travail appartient à l'employeur, et ceci dans le cadre de son pouvoir de direction.

Soulignons que le texte de l'ancien article L. 122-28-1 C. trav. a été transféré dans les articles L. 1225-47 à L. 1225-51, ainsi que dans l'article R. 1225-13 de ce même Code.

l'horaire de travail, ils ont pu décider « *qu'aucun trouble manifestement illicite n'était caractérisé* »²³²².

Toujours en ce qui concerne la fixation des horaires de travail, il a été jugé, qu'un employeur *abuse de son pouvoir de direction et, engage ainsi sa responsabilité civile délictuelle envers son salariée, lorsqu'il était en mesure de reprendre celle-ci à mi-temps selon l'horaire continu qu'elle effectuait de jour avant son congé de maternité, lui avait, au contraire, imposé de reprendre son activité selon un horaire discontinu et partiellement de nuit*²³²³.

1264. – Dans un autre ordre d'idées, il a été décidé que l'employeur qui *sciemment* maintient une salariée à un poste qu'elle était incapable de tenir *abuse de son pouvoir disciplinaire*²³²⁴.

Plus récemment, il a été décidé qu'un employeur *abuse de son pouvoir de direction* envers une salariée, et engage sa responsabilité délictuelle envers celle-ci, lorsqu'il exerce envers elle des « brimades », qui ont eu pour conséquence *une dégradation manifeste de ses conditions de travail*, et ont été à l'origine de son état dépressif²³²⁵.

1265. – Quant à la preuve de l'abus commis par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction, la Cour de cassation a eu principalement l'occasion d'affirmer la règle y relative, dans des litiges où étaient en cause *les changements des conditions de travail*, se concrétisant, le plus souvent, à travers *l'exécution d'une clause de mobilité*.

²³²² Cette assertion nous permet de déduire que, dans le cas où se produirait un trouble *manifestement illicite* à l'égard de la salariée, il y aurait lieu d'*appliquer la responsabilité civile de droit commun*.

²³²³ Cass. soc., 13 nov. 2002, n° de pourvoi : 00-46.503. Pour parvenir à cette solution, la Cour rappelle la règle applicable en la matière, dans un attendu de portée générale, et énonce que : « *les dispositions de l'article L. 122-28-3 du Code du travail, selon lesquelles à l'issue du congé parental d'éducation ou de la période d'exercice de son activité à temps partiel ou dans le mois qui suit la demande motivée de reprise de l'activité initiale mentionnée à l'article L. 122-28-2, le salarié retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente, s'appliquent au salarié qui demande, en application de ce second texte, à reprendre son activité à temps partiel* ». L'employeur a été donc condamné à verser à sa salariée des dommages-intérêts en réparation du dommage qu'elle avait subi. Soulignons que l'ancien article L. 122-28-3 C. trav. est devenu l'article L. 1225-55.

²³²⁴ Cass. soc., 29 mai 2002 : D. 2002. 2284, obs. Ph. Waquet ; Dr. social 2002. 779, obs. F. Duquesne. En l'espèce, la salariée victime du comportement abusif de son employeur n'a pas demandé à engager la responsabilité délictuelle de celui-ci et à obtenir des dommages-intérêts. Nous avons quand même cité cet arrêt car il constitue une *bonne illustration* de l'exercice abusif par l'employeur de son pouvoir disciplinaire. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui avait décidé que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse. L'espèce se rapporte au surplus, à l'une des premières applications de l'obligation pour l'employeur d'assurer l'adaptation de ses salariés à l'évolution de leur emploi qui fut instituée par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 et insérée dans le Code du travail.

²³²⁵ CA Versailles, 4 mai 2011, n° de RG : 09/01858. L'arrêt a bien fait de distinguer entre le harcèlement moral dont a fait l'objet la salariée, et les contraintes imposées par les impératifs de gestion ou d'organisation inhérents à la vie de toute entreprise. Ceci ne l'a pas empêché de décider qu'il y avait effectivement eu en l'espèce, de la part de l'employeur, *abus dans l'exercice de son pouvoir de direction*.

Signalons à cet égard un arrêt du 10 juin 1997 rendu sous le visa de l'article 1315 C.C., qui a énoncé dans un attendu de principe d'une grande clarté et de portée générale, « *qu'en procédant à un changement des conditions de travail en exécution d'une clause de mobilité, l'employeur ne fait qu'exercer son pouvoir de direction, et qu'il appartient à celui qui invoque un détournement de pouvoir d'en apporter la preuve* »²³²⁶.

1266. – Quelques années plus tard, cette solution devrait être réaffirmée mais aussi, *explicitée avec beaucoup de clarté*, dans un arrêt très remarqué – et précédemment cité – du 23 février 2005²³²⁷, dans lequel la – même – Chambre sociale énonce dans un attendu de principe que « *la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de modifier les conditions de travail d'un salarié est conforme à l'intérêt de l'entreprise ; qu'il incombe au salarié de démontrer que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt, ou bien qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle* ».

1267. – Cet attendu qui, d'ailleurs, est d'une rédaction exemplaire, appelle plusieurs observations. Son début constitue une application *des principes généraux du droit de la preuve* ; la bonne foi étant présumée, c'est à celui qui allègue son absence de le prouver. La suite de l'attendu se rapporte aux pouvoirs des juges quant à l'appréciation des décisions de l'employeur. Comme nous l'avons signalé²³²⁸, ceux-ci ne peuvent pas substituer leur appréciation à celle de l'employeur. Lui et lui seul, est le juge de l'opportunité des décisions à prendre dans son entreprise. L'agrément dont jouit l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction, *a cependant deux limites* : la première, c'est l'intérêt de l'entreprise, et, la seconde, c'est la mauvaise foi. Dans ces deux cas, les décisions de l'employeur prises dans l'exercice de son

²³²⁶ Cass. soc., 10 juin 1997 : Bull. civ. 5, n° 210, p. 152. C'est en énonçant l'attendu plus haut reproduit, que la Chambre sociale de la Cour cassation a censuré l'arrêt d'appel. Pour décider que le licenciement du salarié, défendeur en cassation, était sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt avait relevé que l'employeur « *ne fournit aucune explication sur les raisons l'ayant conduit à mettre fin en 1988 au détachement du salarié auprès de la société B., qu'il est dès lors impossible d'apprécier si l'employeur a agi sans abus ni détournement de son pouvoir d'organisation* ». Dans la suite de son attendu de principe plus haut reproduit, la Cour de cassation poursuit en précisant « *qu'en statuant comme elle l'a fait la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve* ».

²³²⁷ Cass. soc., 23 fév. 2005 précit. : Bull. civ. 5, n° 64, p. 56 ; D. 2005. 1678, note H. K. Gaba ; JCP G n° 14, 6 avr. 2005. 4. 1763 ; *ibid.* n° 23, 8 juin 2005. 2. 10076, note D. Corrignan-Carsin ; JCP E n° 15, 14 avr. 2005, 599 ; *ibid.* n° 27, 7 juill. 2005, 1069, note D. Corrignan-Carsin ; RDC 1^{er} juill. 2005, n° 3, p. 76, obs. Ch. Radé. Soulignons que la première tranche de l'attendu ne présente pas d'intérêt au regard de l'étude, elle se rapporte aux éléments opérant une modification des conditions de travail. Seule sa seconde tranche nous intéresse et elle a été reproduite plus haut.

²³²⁸ V. *supra* n° 1261.

pouvoir de direction peuvent faire être soumises aux tribunaux, et il pourra, éventuellement, *être sanctionné*. Mais, c'est à celui qui allègue la contrariété à l'intérêt social et la mauvaise foi qui anime l'employeur dans la prise de ses décisions, à en rapporter la preuve.

Cette règle de bonne logique, est parfaitement défendable ; elle obéit surtout aux prescriptions de l'article 1315 précité et conduit à donner son *plein effet* au pouvoir de direction de l'employeur. Décider le contraire impliquerait premièrement, un *inversement* de la charge de la preuve, contraire aux prescriptions de l'article 1315 C.C., et deuxièmement, *de graves atteintes et restrictions* infligées au pouvoir de direction de l'employeur, pouvoir qui est discrétionnaire *et devrait le demeurer*. La bonne foi de l'employeur *est toujours présumée*, et celui qui allègue un abus ou un détournement dans l'exercice de ce pouvoir *doit en rapporter la preuve*.

1268. – En définitive, il est permis d'affirmer que les solutions jurisprudentielles suivies concernant l'abus du pouvoir de direction de l'employeur, devraient être approuvées sans aucune réserve, car elles répondent à une *logique et une légitimité défendables*.

En plus de l'abus commis par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction ou de discipline, la responsabilité civile de droit commun pourra jouer dans le cas où l'une des parties au contrat commet des actes constitutifs de concurrence déloyale.

Par. 3 : Dans le cas d'existence d'agissements constitutifs de concurrence déloyale.

1269. – La responsabilité civile de droit commun pourrait valablement trouver à s'appliquer, lorsque l'une des parties à un contrat de travail, habituellement le salarié, commet envers son employeur des actes fautifs contraires aux usages du commerce, plus particulièrement qualifiables de *concurrence déloyale*.

La Cour de cassation a posé par plus d'une décision significative, la solution consistant à admettre l'application du droit commun de la responsabilité civile, en l'occurrence l'article 1382 C.C., pour sanctionner les agissements constitutifs de concurrence déloyale ou plus simplement, constitutifs d'actes déloyaux, lorsque n'existait pas, ou n'existait plus, entre les parties de clause de non-concurrence pouvant valablement recevoir application afin de donner satisfaction à la partie au contrat de travail qui se trouve subir un préjudice, du fait de ces agissements. Et c'est en général le plus souvent, l'employeur qui en est victime.

1270. – Ceci pourrait de prime abord surprendre car on se trouve, en principe, dans un cadre *contractuel* qui est celui du contrat de travail. Or, il n'en est rien, et on observe une tendance quasi générale de la jurisprudence²³²⁹ à se placer sur le *terrain délictuel*, plus précisément celui de la *concurrence déloyale*.

On pourrait légitimement objecter que l'application de la responsabilité civile de droit commun envisagée dans de tel cas de figure, *se rapportait plus à la terminaison du contrat de travail* qu'à son exécution, car, c'est le plus souvent, *après leur démission* que les salariés se livrent à des actes de concurrence déloyale envers la société à laquelle ils appartenaient. Or, nous pensons que ces développements ont bien leur place ici, car il s'agit de *suites attachées au contrat de travail qui liait les parties*²³³⁰.

1271. – C'est ainsi que la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui a condamné *in solidum* deux employés à réparer le préjudice qu'ils ont causé à leur ancien employeur *par leurs actes de concurrence déloyale*, après avoir constaté, que ceux-ci n'ont exercé leurs fonctions salariées chez celui-ci « *que pour bien connaître sa clientèle et s'en emparer en la prospectant systématiquement après avoir crée leur société et installé leur dépôt à proximité de son établissement* »²³³¹. Et la Cour de préciser que : « *bien qu'aucune clause de non-concurrence ne les liât à leur ancien employeur, le principe de la liberté du commerce ne les autorisait toutefois pas à user de procédés déloyaux pour pouvoir prospecter et détourner la clientèle convoitée* ». Par cet attendu, l'arrêt a posé une *solution d'une grande portée*, qui ne sera pas par la suite démentie, mais bien, au contraire, *réaffirmée*.

1272. – C'est ainsi qu'a été également retenue la responsabilité d'un ancien gérant de société qui a procédé *alors qu'il était toujours dans ses fonctions*, à un détournement systématique et massif de la clientèle de cette société, en faisant croire qu'elle n'existait plus et, a lui-même crée pendant son délai-congé, une firme qui avait le même objet que celle-ci et dont la raison sociale en était quasi identique, *créant ainsi la confusion* dans l'esprit du public et de la clientèle. Il a été condamné à

²³²⁹ V. pourtant un arrêt qui semble se placer sur le terrain contractuel : Cass. com., 21 oct. 1997 : Bull. Joly soc., 1^{er} janv. 1998, p. 27, § 6, note B. Saintourens. L'annotateur de l'arrêt a pertinemment relevé que la décision *ne paraît pas lever pour autant toute incertitude* quant à la distinction des fondements contractuel ou délictuel de l'action, v. : B. SAINTOURENS, note sous l'arrêt rapporté in Bull. Joly soc., 1^{er} janv. 1998, p. 27, § 6.

²³³⁰ V. par ex. qui défend cette opinion : M.-L. COQUELET, note sous Cass. com., 24 fév. 1998 in Rev. sociétés 1998. 546.

²³³¹ Cass. com., 8 janv. 1979 : JurisData n° 1979-097006 ; Bull. civ. 4, n° 6, p. 5.

dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité délictuelle pour avoir généré à ladite société un « trouble commercial constitutif d'un préjudice »²³³².

1273. – La Cour de cassation a eu l'occasion de consolider cette orientation jurisprudentielle dans une décision très remarquable du 24 février 1998²³³³, où l'ancien directeur de région d'une société qui, après sa transformation en société anonyme, a été nommé directeur général de celle-ci, et, à l'égard duquel il a été mis fin à tout contrat de travail qui le liait à ladite société, a démissionné de celle-ci et a créé une société concurrente. Puis, il a embauché les anciens salariés de cette société qui avaient déjà « massivement démissionné » de celle-ci. Après avoir affirmé que l'ancien directeur général était tenu à une « obligation de loyauté à l'égard de cette entreprise », la Cour censura, au visa de l'article 1382 C.C., l'arrêt d'appel, lui reprochant de ne pas avoir « vérifié de façon concrète », les conditions dans lesquelles certains de ces anciens salariés avaient été déliés de la clause de non-concurrence qu'ils avaient souscrite à une époque où l'intéressé était encore directeur général de la société victime de ses agissements.

1274. – Il faut particulièrement apprécier ici, l'importance liée à l'affirmation par la Cour de cassation de « l'obligation de loyauté » pesant sur un ancien gérant à l'égard de la société. Cette obligation est à dire vrai, d'une importance primordiale car elle existe *en dehors de toute clause contractuelle* et, même *en dehors de tout contrat*. Elle découle des principes généraux de droit civil et reflète, comme nous l'avons dit, la volonté de la Cour de cassation de *moraliser* les relations de travail.

D'autres décisions ont condamné les agissements déloyaux de gérants, salariés de sociétés, sur le fondement de la violation de « l'obligation de loyauté » qui pèsent sur eux envers celle-ci²³³⁴.

1275. – Nous pouvons dire que l'orientation de jurisprudence faisant peser une « obligation de loyauté » des gérants et anciens gérants de sociétés envers celles-ci, est désormais *bien ancrée dans le droit positif*.

²³³² Cass. com., 7 juin 1994 : Rev. sociétés 1995. 275, note R. Vatinet. – V. déjà pour une affaire très comparable et rendue dans le même sens : CA Paris, 10 nov. 1992 : D. 1994, somm. 75, obs. Y. Picod. Il résulte de cet arrêt que le cogérant d'une société ne peut, avant qu'il ait quitté cette fonction, exercer des activités pour le compte d'une société concurrente sans engager sa responsabilité sur le fondement de l'article 1382 C.C.

²³³³ Cass. com., 24 fév. 1998 : Bull. civ. 4, n° 86, p. 68 ; D. 1999. 100, obs. Y. Picod ; Rev. sociétés 1998. 546, note M.-L. Coquelet ; RTD com. 1998. 612, obs. Cl. Champaud et D. Danet ; Bull. Joly soc. 1^{er} juill. 1998, n° 7, p. 813 § 266, note B. Petit.

²³³⁴ V. par ex. : Cass. com., 5 oct. 2004 : D. 2005. 2454 ; Lexbase heb. éd. gén., 25 nov. 2004, numéro 144, note A. Ecuyer. Il est significatif de relever que l'arrêt ne fait pas nommément référence à la notion de concurrence déloyale, mais constate la commission par ledit gérant d'agissements déloyaux qui constituaient, un *manquement* par celui de « son obligation de loyauté envers la société ».

1276. – Il est aussi significatif de voir que la Cour de cassation a admis l'application de la responsabilité civile de droit commun à l'égard de l'ancien salarié auquel ont été imputés des actes constitutifs de concurrence déloyale, dans le cas de l'*annulation* de la clause de non-concurrence qui le liait à son ancien employeur.

Mérite ainsi d'être particulièrement signalé un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 28 janvier 2005, dans lequel il est affirmé, dans un attendu de portée générale, que : « *la nullité de la clause de non concurrence ne fait pas obstacle à l'action en responsabilité engagée par l'employeur contre son ancien salarié dès lors qu'il démontre que ce dernier s'est livré à des actes de concurrence déloyale à son égard* »²³³⁵.

Cet attendu de principe a été *repris textuellement* et la solution qu'il consacre ainsi *réitérée*, par un arrêt rendu par la – même – Chambre sociale en date du 3 novembre 2010²³³⁶ où les faits qui ont donné lieu au litige soumis à la Cour de cassation sont comparables à ceux de l'arrêt précité du 28 janvier 2005.

1277. – La réaffirmation de cette solution jurisprudentielle avec grande netteté, permet de dire qu'elle est désormais devenue, à l'instar de celle posant « l'obligation de loyauté » pour les gérants salariés, actuels et anciens, de sociétés, *de jurisprudence constante*.

²³³⁵ Cass. soc., 28 janv. 2005 : Bull. civ. 5, n° 36, p. 31 ; D. 2005. 2454 ; Dr. social 2005. 583, note B. Gauriau. L'attendu plus haut reproduit n'en constitue que la première tranche ; cet attendu comporte une deuxième tranche qui complète la première et dans laquelle la cour énonce que : « *d'autre part, que l'action en concurrence déloyale engagée contre le nouvel employeur du salarié devant la juridiction commerciale, qui n'a ni le même objet, ni la même cause et qui n'oppose pas les mêmes parties, ne fait pas obstacle à ce que l'ancien employeur agisse contre son ancien salarié en réparation du préjudice qu'il lui a causé par sa faute* ».

Il est fait ici une application très exacte de l'autorité de la chose jugée, selon les prescriptions de l'article 1351 C.C. Sur ce texte, v. *supra* note 993 sous n° 505. Et la solution ainsi posée *doit être approuvée*, car l'action intentée par la société contre son ancienne salariée a pour cause la concurrence déloyale commise par celle-ci à l'égard de l'entreprise pour le compte de laquelle elle travaillait auparavant, et, elle a pour objet l'indemnisation pour le préjudice résultant de la concurrence déloyale ainsi commise, et qui peut se concrétiser, par exemple, à travers la divulgation de documents et informations confidentiels, d'un savoir-faire unique ou de produits commerciaux très spécialisés.

Alors que, l'action intentée contre le nouvel employeur a pour cause la *complicité* dans la commission de la concurrence déloyale, et elle a pour objet l'indemnisation du préjudice commercial pouvant par exemple, résulter de l'utilisation indue de données confidentielles et d'un savoir-faire breveté ou à caractère privatif, de produits commerciaux protégés par le droit de la propriété intellectuelle, qui lui ont été divulgués par l'entremise de l'ancienne salariée.

Sur la responsabilité du nouvel employeur pour complicité dans la violation d'une clause de non-concurrence, v. : Cass. soc., 10 mai 1983 : Bull. civ. 5, n° 251. – Cass. com., 26 mars 2002 : JurisData n° 2002-013734 ; Bull. civ. 4, n° 60, p. 61.

Et, sur la responsabilité encourue pour l'utilisation par le salarié démissionnaire d'informations recueillies chez son ancien employeur, v. : Cass. com., 11 fév. 2003 : JurisData n° 2003-017601 ; Bull. civ. 4, n° 17, p. 22. Il résulte de cet arrêt que la concurrence déloyale du salarié n'est pas caractérisée lorsque le salarié utilise au profit de son nouvel employeur des méthodes et produits provenant de son ancien employeur dès lors que les informations visées *n'étaient pas confidentielles et ne relevaient pas d'un savoir-faire propre à l'employeur*.

²³³⁶ Cass. soc., 3 nov. 2010 : JCP S n° 9, 1^{er} mars 2011, 1092, note A. Martinon ; Resp. civ. et assur. n° 1, janv. 2011, comm. 1.

1278. – La jurisprudence ainsi analysée montre très clairement que la responsabilité civile de droit commun vient combler *le vide juridique* se révélant dans la relation de travail à travers l'absence *originelle* – si l'on peut dire – d'une clause de non-concurrence²³³⁷, ou l'annulation subséquente de celle-ci.

Dans le cas d'annulation, l'anéantissement de la clause permettra que le droit commun de la responsabilité civile puisse s'appliquer pour *remédier à l'absence de prévisions contractuelles de la sanction*. Le droit commun de la responsabilité civile, droit commun *subsidaire*, pourra valablement *assurer l'application de la sanction adéquate*.

1279. – Quant à la qualification d'actes déloyaux de commerce, ou d'actes de concurrence déloyale, il demeure important de préciser que le *simple fait* qu'une société nouvellement établie fasse perdre à une autre par l'intermédiaire d'un ancien gérant salarié ou employé de celle-ci, un certain nombre, *quoique important*, de ses clients *ne suffit pas*, en l'absence d'actes constitutifs de « manœuvres déloyales de détournement de clientèle », à *caractériser la concurrence déloyale et engager leur responsabilité*²³³⁸.

La raison de cette solution, réside dans le fait que, « *la responsabilité pour concurrence déloyale suppose une faute caractérisée par des agissements distincts de la seule violation d'une éventuelle obligation de non-concurrence* »²³³⁹.

1280. – Nous pensons qu'il était indispensable que la Cour de cassation posât la solution précitée, consistant à *ne pas condamner* la simple perte de clientèle d'un employeur au profit d'un autre, notamment quand cette perte a pour cause l'activité

²³³⁷ V. pour une espèce où il aucune clause de non-concurrence n'était stipulée dès l'origine dans le contrat de travail conclu par des salariés se rendant coupables d'actes de concurrence déloyale : Cass. com., 8 janv. 1979 précit. : JurisData n° 1979-097006 ; Bull. civ. 4, n° 6, p. 5. Sur cet arrêt, v. aussi *supra* note 2331 sous n° 1271.

²³³⁸ Cass. com., 26 oct. 2010 : JCP S, n° 51, 21 déc. 2010. 1561, note S. Brissy. – V. aussi dans le même sens mais de manière moins claire : Cass. com., 11 fév. 2003 précit. : JurisData n° 2003-017601 ; Bull. civ. 4, n° 17, p. 22.

V. déjà dans le même sens : Cass. com., 8 janv. 1991 : JurisData n° 1991-700485 ; Bull. civ. 4, n° 9, p. 6. Cet arrêt a le mérite d'expliquer cette solution de manière très claire. Il énonce, en premier lieu, que : « *la cour d'appel, qui a relevé que M. X était démissionnaire, ne s'est pas contredite en considérant que le départ d'une société de conseils juridiques d'un collaborateur apprécié des clients, amenait souvent pour celle-ci une perte de clientèle et que ce phénomène ne pouvait être reproché à ce collaborateur, quels que soient les motifs de son départ, sauf à établir le recours par lui à des actes tendant à amener les clients à quitter la société* ».

Il énonce en second lieu : « *qu'après avoir écarté l'application de la clause de non-concurrence qui était invoquée par la société, l'arrêt, sans exiger la preuve d'une faute intentionnelle, a fait l'exacte application des principes de la liberté du travail et de la liberté du commerce en retenant qu'en l'absence de toute manœuvre, M. X n'avait commis aucun acte de concurrence déloyale par le seul fait d'avoir, en quittant un employeur pour un autre, causé un déplacement de la clientèle du premier vers le second* ».

²³³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 18 janv. 2005 : JurisData n° 2005-026537.

d'un ancien salarié du premier, déployée au profit du second, car autrement, on aboutirait à *porter atteinte* à la liberté du travail et du commerce²³⁴⁰.

1281. – En définitive, il est permis d'affirmer que les deux règles prétoriennes de l'obligation de loyauté et celle consistant à faire jouer la responsabilité civile de droit commun dans le cas d'absence ou de nullité de la clause de non-concurrence, pour condamner les actes de concurrence déloyale, *convergent tous vers un seul but*, qui est la *moralisation des relations de travail* et, celui d'*empêcher* qu'un éventuel vide juridique puisse se faire sentir dans ces relations et ait pour conséquence que l'acte illicite et préjudiciable de l'une des parties à l'égard de l'autre *reste à l'abri de la sanction*.

Après avoir examiné l'application de la responsabilité civile de droit commun dans l'exécution du contrat de travail, nous passons dans une sous-section troisième à l'étude de l'application de celle-ci aux effets du contrat de travail à l'égard des tiers.

Sous-section 3 : Dans les effets du contrat de travail à l'égard des tiers.

1282. – Si l'on part du principe de l'effet relatif des conventions²³⁴¹, il pourrait paraître paradoxal de parler d'un quelconque effet du contrat de travail à l'égard des tiers, ceux-ci devant être entendus dans la présente optique, *au sens étroit du terme*.

1283. – Or, une telle impression devait très rapidement se dissiper si l'on précise qu'il ne s'agit pas à proprement parler, des effets du contrat de travail au sens de l'article 1134 C.C. Il s'agirait plus exactement des *répercussions* que peut avoir le contrat de travail par rapport aux tiers. Une telle hypothèse ne se poserait pas en ce qui concerne l'exécution des obligations découlant du contrat de travail à l'égard du salarié mais, se poserait plutôt *à l'occasion des accidents du travail*.

Dans un tel cas de figure, le contrat de travail ne se présenterait pas à l'égard des tiers *comme un acte juridique*, mais, plus exactement, *comme un fait juridique*²³⁴².

²³⁴⁰ V. : Cass. com., 8 janv. 1991 précit. : JurisData n° 1991-700485 ; Bull. civ. 4, n° 9, p. 6. Cet arrêt fait *expressément référence* aux « principes de la liberté du travail et du commerce » pour écarter l'allégation de concurrence déloyale à l'encontre d'un ancien gérant de société : Sur l'attendu de cet arrêt, v. *supra* note 2338.

²³⁴¹ Rappelons que l'effet relatif des conventions a été consacré par le Code Napoléon en son article 1119, qui dispose que :

« On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même ».

En droit libanais, le Code des obligations et des contrats consacre ce même principe en son article 225, qui, néanmoins, est *plus explicite* que l'article 1119 C.C. et possède *un aspect doctrinal*. Cet article dispose que :

« En principe, les contrats ne produisent d'effets à l'égard des tiers, en ce sens du moins qu'ils ne peuvent ni leur faire acquérir des droits, si les constituer débiteurs ; ils ont une valeur relative, limitée aux parties et à leurs ayants cause à titre universel ».

Cette assertion est vraie en ce qui concerne tout acte juridique, elle en est ainsi *à plus forte raison* en ce qui concerne le contrat de travail, contrat, qui, par hypothèse, lie entre une partie plus faible que l'autre et méritant une protection particulière, *le salarié*.

1284. – Dans le cas de survenance d'un accident du travail, le préjudice pourrait très souvent *ne pas se limiter* au salarié lui-même, mais se répercuter, et parfois de manière très aigue, sur les personnes les plus proches de celui-ci, en l'occurrence, les membres de sa famille, ou juridiquement parlant, *ses ayants droit*.

1285. – Mérite ainsi d'être signalé un remarquable arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 2 février 1990²³⁴³, dans lequel elle avait, dans le but *de ne pas priver de toute indemnité* l'ayant droit de la victime d'un accident du travail, en l'occurrence son épouse, recouru à une interprétation hardie et innovante de l'article L. 451-1 CSS. Cet article dispose que :

« Sous réserve des dispositions prévues aux articles L. 452-1 à L. 452-5, L. 454-1, L. 455-1 et L. 455-2 aucune action en réparation des accidents et maladies mentionnés par le présent livre ne peut être exercée conformément au droit commun, par la victime ou ses ayants droit ».

Mais l'intérêt de l'arrêt ne se limite pas à ceci. Il possède un autre intérêt tout aussi important, c'est d'avoir admis *l'application des règles du droit commun* pour l'indemnisation de la victime par ricochet dudit accident du travail.

1286. – Nous pourrions avancer que la valeur de cet arrêt de principe réside plus spécialement, dans le fait d'avoir recouru à une interprétation inédite de l'article L. 451-1 précité et à une définition parfaitement logique mais en même temps accommodante, du concept d'ayant droit, et ceci dans le but de permettre que soient valablement appliquées les règles du droit commun de la responsabilité civile afin d'assurer la *réparation à l'épouse du salarié accidenté du préjudice dont elle souffre*. Pour parvenir à ce résultat qui satisfait notre sentiment d'équité, l'arrêt a suivi les remarquables conclusions de l'avocat général Joinet qui a *notamment* estimé que la

²³⁴² La jurisprudence applique d'ailleurs assez clairement cette idée, v. : Ass. plén., 6 oct. 2006 : Bull. civ. Ass. plén., n° 9, p. 23 ; D. 2006, p. 2825, note G. Viney. Qui énonce dans un attendu de principe que : « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* ». – V. aussi qui reprend textuellement ce même attendu : Cass. 3^{ème} civ., 13 juill. 2010 : Bull. civ. 3, n° 146 ; AJDI 2011. 208, obs. Y. Rouquet ; RDC 1^{er} janv. 2011 n° 1, p. 65, obs. Th. Genicon ; *ibid.* p. 73, obs. G. Viney ; *ibid.* p. 178, obs. J.-B. Seube ; 1^{er} avr. 2011 n° 2, p. 439, obs. J.-S. Borghetti ; RTD com. 2010. 693, obs. F. Kendérian.

logique et l'équité *répugnant* à ce qu'une épouse se voit refuser toute indemnité parce qu'elle était mariée et que, *paradoxalement*, si elle vivait en union libre avec la victime dudit accident du travail, *elle aurait pu recourir au droit commun*²³⁴⁴. Il a aussi estimé que la victime par ricochet *devrait pouvoir se prévaloir du droit commun de la responsabilité civile*, renforcé, selon lui, par la loi du 5 juillet 1985 relative aux victimes d'accidents de la circulation, et que, toute personne à laquelle la réparation forfaitaire – assurée par une législation spéciale – était fermée, *devrait disposer d'un recours de droit commun*.

L'Assemblée plénière énonce alors, que : « *l'expression d'ayants droit figurant dans l'article L. 451-1 CSS vise uniquement les personnes énumérées aux articles L. 434-7 à L. 434-14 du même Code, qui perçoivent des prestations en cas de décès accidentel de leur auteur ; que le conjoint de la victime d'un accident du travail, lorsque cette victime a survécu, n'a pas la qualité d'ayant droit, au sens de l'article L. 451-1 précité, et peut, dès lors, être indemnisé de son préjudice personnel, selon les règles du droit commun* ».

1287. – Soulignons dans cet attendu l'importance liée à l'expression « préjudice personnel », qui signifie que le préjudice dont la réparation était demandée *n'est pas celui que subit la victime directe de l'accident de travail litigieux*, mais celui que subit *personnellement* l'ayant droit de celle-ci, *la victime par ricochet dudit accident*. L'épouse de la victime de l'accident âgée alors de dix-neuf ans au moment de sa survenance, alléguait le préjudice moral qu'elle éprouvait : elle ne pouvait plus « *espérer une vie normale de femme mariée, avoir des enfants, poursuivre des études ou exercer une profession* »²³⁴⁵.

Autant de préjudices la touchant *personnellement*, et de *manière distincte par rapport à son mari*, lui, victime – directe – de l'accident du travail.

²³⁴³ Ass. plén., 2 fév. 1990 : Bull. civ. Ass. plén., n° 2, p. 2 ; D. 1992, jur. 49, note F. Chabas ; JCP 1990. 2. 21558, concl. Joinet, obs. Y. Saint-Jours.

²³⁴⁴ V. les remarquables conclusions de l'avocat général Louis Joinet in JCP 1990. 2. 21558.

²³⁴⁵ En l'espèce, un jeune homme, âgé de vingt ans, est victime d'un accident de la route à peine un mois après son mariage. Il est grièvement blessé à la colonne vertébrale et devient paralytique. Son épouse alors âgée de dix-neuf ans, assiste à l'effondrement de tous les projets que le jeune couple aurait pu former. Elle assigne alors en réparation du préjudice moral dont elle souffre, l'auteur du dommage, collègue de son mari qui en conduisant le véhicule, en perd le contrôle et heurte un lampadaire causant de graves et permanentes blessures à son mari.

1288. – Les personnes énumérées aux articles L. 434-7 à L. 434-14 CSS précités, dans leur rédaction applicable à l'arrêt²³⁴⁶, sont, notamment, le « conjoint survivant ». Ceci sous-entend que l'indemnité n'était due, selon ces textes, que dans *le cas de décès du salarié*, victime de l'accident du travail.

La Cour de cassation se trouvait dans l'affaire qui lui était soumise, dans la nécessité de recourir à une *conception nouvelle de l'ayant droit*, conception se démarquant du concept de l'ayant droit adopté dans ledit article L. 451-1 CSS, et, ceci dans le but d'assurer une *équitable indemnité à l'épouse de la victime*.

1289. – Soulignons cependant, qu'en évoquant l'arrêt du 2 février 1990, *nous ne faisons pas œuvre de nouveauté*, car celui-ci a déjà fait l'objet de nombreux commentaires.

Notre but serait plus exactement, de démontrer que la solution jurisprudentielle inaugurée par cet arrêt s'inscrit dans un contexte général *reconnaissant aux règles du droit commun une vocation subsidiaire* à s'appliquer au profit des victimes, demandeurs en indemnité, lorsque celles-ci *ne disposent d'aucun texte spécial permettant qu'elles fassent valoir leur droit à être indemnisées*.

1290. – Il est aussi significatif de remarquer que l'arrêt ne fait pas référence à l'article 1382 C.C., mais ceci *n'ôte rien à sa clarté si à sa valeur*. Puisque l'affaire se rapporte au contentieux de la réparation, il peut être clairement déduit que c'est bien l'article 1382 qui est en cause ici, texte fondamental instituant le droit commun de la réparation²³⁴⁷.

1291. – Ce sont des considérations d'*équité* qui ont incité l'Assemblée plénière à abandonner dans son arrêt du 2 février 1990, la jurisprudence antérieure de la Chambre sociale de la Cour de cassation, et adopter les concepts qui permettent que la victime par ricochet de l'accident du travail litigieux puisse être valablement indemnisée de son préjudice. Et c'est en adoptant un concept *nouveau* de l'ayant droit, que la Cour de cassation a pu parvenir à cette solution.

²³⁴⁶ Dans leur rédaction alors applicable à l'arrêt, ces articles sont issus du décret n° 85-1353 du 17 décembre 1985 relatif au Code de la sécurité sociale. Nous verrons que ces articles vont ultérieurement être modifiés plus d'une fois.

²³⁴⁷ Il pourra être également fait appel à l'article 6 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation. Cet article, qui d'ailleurs n'est pas d'une rédaction exemplaire, dispose :

« Le préjudice subi par un tiers du fait des dommages causés à la victime directe d'un accident de la circulation est réparé en tenant compte des limitations ou exclusions applicables à l'indemnisation de ces dommages ».

Nous pensons que cet article 6 n'a *pas eu pour objet d'exclure le droit commun de la responsabilité civile*, en l'occurrence, l'article 1382 C.C., mais il aurait pour plus exactement pour but de renvoyer à celui-ci.

1292. – La jurisprudence antérieure de la Cour de cassation se manifestait à travers l'arrêt du 19 mars 1986²³⁴⁸, rendu dans la même affaire. Et il serait instructif de le comparer à l'arrêt du 2 février 1990 ; ceci permettra de mieux comprendre la valeur et la portée de celui-ci. L'arrêt du 19 mars 1986 avait censuré l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 2 février 1984 qui avait fait droit à la demande de l'épouse. Pour prononcer cette censure, la Chambre sociale avait énoncé que : « *le préjudice, même s'il était distinct de celui éprouvé par la victime, n'en procédait pas moins du même fait originare envisagé dans toutes ses circonstances et qu'en conséquence il ne pouvait être fait abstraction de ce qu'il était consécutif à un accident de travail proprement dit exclusif, en principe de tout recours de droit commun du salarié victime ou de ses ayants-droit contre l'employeur ou ses préposés* ».

Un tel raisonnement ne peut être approuvé et mènerait à des résultats *inéquitables*. L'unicité du fait générateur du préjudice ne doit pas empêcher que puisse être pris en considération le préjudice distinct, touchant la victime par ricochet. Celle-ci ne pourrait rester démunie de toute action en indemnisation et le droit commun de la responsabilité devrait être à sa disposition *pour pallier l'absence de toute autre voie de droit*. Un éminent auteur, critiquant cet arrêt, a estimé que l'immunité de l'employeur dans le régime des accidents du travail ne vaut que *pour ceux en faveur desquels il cotise*, c'est-à-dire le salarié et ses ayants droit *au sens du droit social*²³⁴⁹. De plus et surtout, l'assertion de l'arrêt selon laquelle la législation – spéciale – des accidents du travail *exclurait tout recours au droit commun*, ne doit pas inclure les cas où la victime par ricochet *ne disposerait pas d'une voie de droit* pour être indemnisée de son préjudice.

1293. – Désormais, et en vertu de la solution innovatrice de l'arrêt du 2 février 1990, *toutes les victimes par ricochet* disposeront de l'action de droit commun contre l'auteur de l'accident du travail, qu'il soit employeur ou salarié, en cas de survie du salarié victime comme en cas de décès de celui-ci²³⁵⁰.

1294. – Ce même auteur a très pertinemment relevé que le droit commun de la responsabilité civile *ne pourra pas être employé* par les personnes visées aux articles L. 434-7 à L. 434-14 précités qui ont laissé *prescrire leur action*²³⁵¹. Il ne pourra pas

²³⁴⁸ Cass. soc., 19 mars 1986 : Bull. civ. 5, n° 102, p. 80.

²³⁴⁹ F. CHABAS, note sous l'arrêt rapporté in D. 1992, jur. p. 50, 2^{ème} col *in fine* et p. 51, 1^{ère} col.

²³⁵⁰ F. CHABAS, *ibid.*, p. 50, 1^{ère} col.

²³⁵¹ F. CHABAS, *ibid.*, p. 50, 1^{ère} col. L'auteur fait ici le rapprochement avec la subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause. Ce rapprochement doit être *pleinement approuvé*. Rappelons à cet égard que

non plus être employé par les victimes par ricochet *qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus*, les conditions de l'action exigées pour la catégorie d'ayants droit à laquelle elles appartiennent²³⁵².

Permettre que le droit commun de la réparation puisse être appliqué dans de telles hypothèses, aboutirait à *tourner* les dispositions impératives de la législation spéciale sur les accidents du travail.

1295. – Soulignons en dernier, que cet arrêt a cependant *perdu* une partie de son intérêt après que sont intervenues les modifications législatives récentes opérées respectivement, par les lois n° 2001-1246 du 21 décembre 2001 et n° 2011-1906 du 21 décembre 2011. Ces lois sont venues supprimer toute référence au décès de la victime de l'accident du travail, et l'expression de « conjoint survivant » principalement employée par l'article L. 434-8 CSS, a été tout simplement remplacée par *le – seul – terme de conjoint*. Autrement dit, il n'est plus désormais requis que celle-ci décède pour que son conjoint ait droit à une indemnité.

1296. – Nous pensons que l'arrêt de principe du 2 février 1990 conserve *néanmoins et toujours un intérêt indéniable*. C'est parce que cet arrêt a *innové* en reconnaissant pour la première fois que, seuls sont des ayants droit au sens de l'article L. 451-1 CSS précité, les personnes qui bénéficient d'un droit de réversion²³⁵³, et, que, *toute autre personne* qui subit un préjudice personnel par ricochet du fait de l'accident du travail survenu à la victime, dispose *conformément au droit commun*, d'une action en indemnisation contre l'employeur ou celui de ses préposés responsables de l'accident²³⁵⁴. C'est aussi parce qu'il en résulte et de manière *plus générale*, que toute victime qui ne peut pas se prévaloir d'une législation spéciale pour obtenir une indemnisation de son préjudice personnel indirect, pourra toujours *trouver secours dans le droit commun de la responsabilité civile*. Et c'est parce aussi et toujours, il se trouvera très probablement souvent des victimes *subissant des préjudices personnels par ricochet*, et pour lesquelles les

nous avons précédemment analysé cette acception de la subsidiarité, selon laquelle, l'action subsidiaire ne pourra être aucunement employée pour pallier l'absence d'une action perdue par la faute du demandeur qui *a laissé écouler le délai imposé par la loi pour agir*. Sur cette acception de la subsidiarité, v. *supra* n°s 41 et s.

²³⁵² F. CHABAS, *ibid.*, p. 50.

²³⁵³ Y. SAINT-JOURS, note sous l'arrêt rapporté in JCP 1990. 2. 21558.

²³⁵⁴ Y. SAINT-JOURS, *ibid.*

législations spéciales *n'ont aucunement prévu un droit à être indemnisées*²³⁵⁵ ; pour le droit de celles-ci d'obtenir réparation, le droit commun de la responsabilité civile *trouvera naturellement toujours à s'appliquer en tant que droit subsidiaire*.

1297. – Se trouve ainsi achevé, avec l'analyse de la question de l'effet du contrat de travail à l'égard des tiers, l'examen de l'application du droit commun de la responsabilité civile au droit du travail, et il faut avouer que sur ce point, la moisson *n'a pas été pauvre*, mais, bien au contraire, riche en enseignements sur la vocation subsidiaire du droit commun de la responsabilité civile qui *reste à la disposition des victimes démunies de toute voie de droit*. Ceci a été le cas par rapport à l'effet du contrat de travail à l'égard des tiers, qu'en est-il d'un point de vue plus général par rapport au droit du travail ?

1298. – Au terme de l'examen de l'application du droit commun de la responsabilité civile au droit du travail, il est clair que celui-ci subit un *aménagement* pour pouvoir valablement s'adapter aux relations de travail. Il suffit pour s'en convaincre, de penser à l'appréciation moins rigoureuse de la faute adoptée en ce qui concerne *le droit de grève*. Une appréciation typiquement civiliste de la faute aurait abouti à une *négation pure et simple* de l'exercice du droit de grève, ou, au moins à une *paralysie* du mouvement salarial.

Si le droit commun de la responsabilité civile subit un aménagement pour qu'il puisse valablement s'appliquer à la matière du droit du travail, il serait intéressant de voir si tel est également le cas en ce qui concerne la seconde matière choisie pour envisager l'étude de la vocation subsidiaire du droit commun de la responsabilité civile, en l'occurrence, *le droit du divorce*.

²³⁵⁵ Rapp. : Y. SAINT-JOURS, *ibid.* Cet auteur donne l'exemple de la concubine et des collatéraux, c'est-à-dire les frères et sœurs, comme personnes ne pouvant bénéficier d'une rente de réversion. Or, à l'époque où cet auteur a écrit sa note sous l'arrêt de principe du 2 février 1990, la concubine n'était pas au nombre des personnes bénéficiant d'une rente de réversion. Mais ceci n'est plus vrai aujourd'hui, puisque la loi précitée du 21 décembre 2001 est venue, en modifiant l'article L. 434-8 CSS, inclure la concubine parmi les bénéficiaires de ce droit. D'ailleurs, elle y a aussi inclus la personne liée à la victime par un pacte civil de solidarité. Donc, la pensée de cet auteur était très avant-gardiste. En effet, ce n'est que onze années après qu'il a exprimé cette opinion dans sa note sous l'arrêt du 2 février 1990, que le changement est intervenu. Notons cependant, qu'*au contraire*, pour les collatéraux, auxquels la jurisprudence antérieure à l'arrêt de principe du 2 février 1990 ne reconnaissait pas le droit à être indemnisés pour le préjudice moral qu'elles subissaient du fait de la perte d'un être cher à cause d'un accident du travail (v. : Cass. soc., 10 juin 1987 : Bull. civ. 5, n° 371, p. 236), aucun progrès législatif n'a été fait. Ceux-ci sont toujours *exclus* de tout droit forfaitaire à réparation, par application de l'article L. 434-7 CSS. Pour eux, la jurisprudence inaugurée par le fameux arrêt du 2 février 1990, *s'applique toujours et sans aucune réserve* ; ils peuvent valablement s'en prévaloir *s'ils pâtissent d'un préjudice personnel par ricochet*, découlant d'un accident du travail survenu à leur parent.

Section 2 : Son application au droit du divorce.

1299. – Il est parfaitement légitime de penser qu'en présence de l'article 266 C.C. qui est relatif au droit du divorce et qui est applicable aux « conséquences du divorce »²³⁵⁶, il n'y aurait plus de place à l'application du droit commun de la responsabilité civile, en l'occurrence le fameux article 1382 C.C. Or, il n'en est rien et l'observation du droit positif permet de voir que le droit commun de la responsabilité civile *trouve toujours à s'appliquer en matière de divorce*.

Il est indispensable ici de reproduire les dispositions de l'article 266 C.C., dans sa version actuelle qui résulte de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, relative au divorce. Cet article dispose que :

« Sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages-intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint.

Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce ».

Alors que l'article 1382 dispose que :

« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

1300. – *A priori*, toute responsabilité fondée sur le droit commun de la responsabilité civile qui serait accueillie entre époux se trouvant dans une instance en divorce, ne *devrait pas entrer dans les prévisions de l'article 266 précité*. Autrement, et si on admettait une telle possibilité, ce serait permettre que le droit commun vienne *concurrer* le droit – spécial – du divorce. De cette manière on violerait aussi la règle *Specialia generalibus derogant* et on *porterait une atteinte à la subsidiarité caractérisant l'article 1382 C.C.* Donc, cet article de caractère général *ne peut pas déroger* à l'article 266 précité, texte spécial²³⁵⁷.

Soulignons que la principale différence qui sépare ces deux textes, c'est que l'article 1382 ne conduit pas à exiger un préjudice d'une particulière gravité et *le préjudice social pourra suffire*²³⁵⁸.

²³⁵⁶ L'article 266 C.C. en question se situe dans le chapitre troisième du Titre sixième du Code civil relatif aux « conséquences du divorce », et ce Titre se rapporte lui-même au « divorce ».

²³⁵⁷ En ce sens : A. BRETON, obs. in D. 1979, IR. 18.

²³⁵⁸ En ce sens : J. HAUSER, *Le divorce nouveau et la responsabilité*, Dr. et Pat., avr. 2005, n° 136, p. 78. Nous verrons un peu plus loin que le préjudice social pourrait être notamment l'adultère, l'abandon du domicile conjugal, le scandale résultant de la rupture.

1301. – Sous l’empire du droit antérieur du divorce ainsi que sous l’empire du droit actuel, la jurisprudence accueillait l’application de l’article 1382 C.C. lorsque l’un des époux qui est en instance de divorce en sollicite l’application, et que celle-ci se trouve – bien-entendu – *fondée*.

D’ailleurs, sous l’empire du droit antérieur, un auteur avait avancé qu’à défaut de l’article 266 C.C., on pourrait recourir à l’article 1382 C.C.²³⁵⁹ Même si l’auteur ne le dit pas expressément, la subsidiarité de l’article 1382 se révèle ainsi, puisqu’il s’applique pour *pallier la défaillance de l’article normalement applicable* aux conséquences du divorce, en l’occurrence l’article 266 précité. D’autres auteurs ont également affirmé que cet article serait applicable aux préjudices consécutifs à un divorce, mais sans souvent évoquer ou mettre en valeur la subsidiarité caractérisant ce texte²³⁶⁰.

1302. – Puisque la jurisprudence suivie par la Cour de cassation sous l’empire du droit antérieur du divorce sera évoquée et qu’elle garde toujours *une valeur et un intérêt certains*, il serait également utile de reproduire ci-dessous les dispositions des textes qui ont régi l’octroi des dommages-intérêts à l’un des époux dans une instance en divorce.

En l’occurrence, reproduisons l’article 266 C.C. dans sa version antérieure. C’est celle qui résulte de la loi n° 75-617 du 12 juillet 1975, qui fut entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1976. Dans sa version antérieure, cet article se présentait ainsi :

« Quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l’un des époux, celui-ci peut être condamné à des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage fait subir à son conjoint.

Ce dernier ne peut demander des dommages-intérêts qu’à l’occasion de l’action en divorce ».

Nous pouvons remarquer que les deux versions, ancienne et actuelle, de l’article 266, ont en commun de *prohiber* que la demande de dommages-intérêts soit présentée en dehors de l’action en divorce. Ceci ne doit pas affecter le principe de l’admission des dommages-intérêts que nous étudions ici, puisque ceux-ci trouvent

²³⁵⁹ A. BÉNABENT, note sous TGI Amiens, 9 juill. 1976 in D. 1977, jur. 88, 1^{ère} col.

²³⁶⁰ V. par ex. : Y. LOBIN, *Les dommages-intérêts en matière de divorce et de séparation de corps*, JCP 1953. I. 1109, spéc. n° 4 et les réf. citées. – J. MASSIP, note sous CA Paris, 16 fév. 1979 in D. 1979, jur. 594 *in fine*. Cet auteur estime quant à lui, que l’époux défendeur peut, chaque fois que la rupture de la vie commune est imputable au conjoint demandeur, demander des dommages-intérêts en se fondant sur l’article 1382 C.C. en réparation notamment du préjudice, tant matériel que moral, que lui cause l’abandon du foyer dont il a été la victime. – V. aussi du même auteur : note sous Cass. 2^{ème} civ., 20 mai 1981 in Gaz. Pal. 1982. I. 124. – R. NERSON, obs. in RTD civ. 1978, pp. 648-649. – J. REVEL, note sous Cass. 1^{ère} civ., 23 janv. 1980 in D. 1980, jur. 282, 2^{ème} col. – V. aussi : R. LINDON, obs. sous TGI Amiens, 9 juill.

leur fondement dans l'article 1382 C.C. et non dans l'article 266. Celui-ci régit les *seuls* dommages-intérêts qui seraient octroyés « *en réparation des conséquences d'une particulière gravité* » que l'un des conjoints subit du fait de la dissolution du mariage, ou selon la version antérieure de ce texte, « en réparation du préjudice matériel ou moral » que celui-ci subit du fait de la dissolution du mariage. Nous pensons que, contrairement aux dommages-intérêts qui trouvent leur fondement dans l'article 266, que ce soit dans sa version actuelle ou dans sa version antérieure, les demandes en dommages-intérêts fondés sur l'article 1382 C.C., peuvent être présentés dans une *instance postérieure* à celle se rapportant à l'action en divorce²³⁶¹, à condition cependant que le demandeur *ne renonce pas* au cours de l'instance en divorce, de manière expresse ou tacite, à demander des dommages-intérêts, et à condition – bien-entendu – que le préjudice dont la réparation est demandée ait sa cause dans un fait *distinct de celui qui résulte de la dissolution du lien matrimonial*. Il pourrait s'agir par exemple, de l'abandon du conjoint après de longues années de vie commune, de l'adultère, de violences physiques et morales infligées au conjoint... Ce sont en réalité des *comportements fautifs et des facteurs qui ont mené à cette dissolution*.

1303. – Avant l'entrée en vigueur de la loi précitée du 12 juillet 1975, s'appliquait la loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps. Cette loi est venue ajouter un deuxième alinéa à l'ancien article 301 C.C. qui prévoyait déjà au profit de l'époux innocent, le bénéfice d'une pension alimentaire. Les dispositions de cet alinéa étaient les suivantes :

« Indépendamment de toutes les autres réparations dues par l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, les juges pourront allouer au conjoint qui a obtenu le divorce des dommages-intérêts pour le préjudice matériel ou moral à lui causé par la dissolution du mariage ».

1304. – Sous l'empire de la loi du 2 avril 1941²³⁶², la jurisprudence avait déjà posé *les bases des solutions jurisprudentielles suivies aujourd'hui*.

1976 in JCP 1976. 2. 18513bis, n° V. – V. aussi du même auteur : obs. sous TGI Paris, 7 fév. 1977 in JCP 1977. 2. 18599.

²³⁶¹ V. par ex. qui défendent une telle opinion : J. REVEL, note précit. sous Cass. 1^{ère} civ., 23 janv. 1980 in D. 1980, jur. 283, 1^{ère} col. – J. HAUSER, obs. pour Cass. 2^{ème} civ., 14 nov. 2002 in RTD civ. 2003. 66 et les réf. citées.

²³⁶² Soulignons que la loi 2 avril 1941 fut modifiée. L'ordonnance du 12 avril 1945 qui a supprimé un grand nombre de réformes introduites par cette loi, a maintenu les sanctions pécuniaires, et notamment les dommages-intérêts, v. : Y. LOBIN, *Les dommages-intérêts en matière de divorce et de séparation de corps*, art. précit. n° 1.

La Cour de cassation a admis le principe de l'applicabilité de l'article 1382 C.C., entre époux pour *les réparations de toutes natures*. C'est ainsi que la Cour de cassation a par un arrêt du 17 octobre 1962²³⁶³, censuré l'arrêt d'appel qui a rejeté la demande d'indemnité, formée sur le fondement des articles 301 et 1382 C.C., par une épouse au motif que le préjudice par elle subi devait résulter de la seule dissolution du mariage, alors que celle-ci réclamait à son ex-époux des dommages-intérêts, « *du fait que celui-ci avait créé des obstacles à la gestion d'une société de famille, lui avait transmis une maladie et l'avait atteinte dans sa dignité par le scandale public de son adultère* ». Ce fut l'occasion pour la Haute juridiction d'instaurer une solution en la matière en énonçant : « *attendu qu'en cas de divorce l'époux peut obtenir de son ex-conjoint non seulement une pension alimentaire en réparation du préjudice résultant de la disparation du devoir de secours ainsi que des dommages-intérêts pour le préjudice matériel ou moral à lui causé par la dissolution du mariage, mais encore toutes autres réparations sur la base de l'article 1382 C.C.* ».

C'est la dernière tranche de l'attendu qui nous intéresse le plus, dans la présente perspective de l'*application subsidiaire* du droit commun de la responsabilité civile au droit spécial du divorce. L'arrêt reconnaît à celui-ci un domaine d'application *des plus généraux*. Aucune précision n'est faite quant à la *nature* ou ni quant aux *sources* des préjudices dont il pourra être demandé réparation sur le fondement de l'article 1382.

1305. – Une évolution devrait aussi se faire. Et la solution posée par l'arrêt du 17 octobre 1962 va se trouver consolidée et affirmée de manière *encore plus générale*. La Cour de cassation en est venue à admettre que l'action en divorce *n'est pas la seule sanction légalement possible*, pour sanctionner les fautes commises par l'un des époux en violation des devoirs et obligations qui résultent du mariage. Ainsi, elle a ouvert la voie à ce que la responsabilité civile puisse, *de part sa subsidiarité*, sanctionner les manquements à ces devoirs et obligations. C'est en effet par un arrêt de principe du 9 novembre 1965²³⁶⁴, que la première Chambre civile est venue créer

²³⁶³ Cass. 2^{ème} civ., 17 oct. 1962 : Bull. civ. 2, n° 650 ; Gaz. Pal. 1963. 1. 57.

²³⁶⁴ Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1965 : Bull. civ. 1, n° 597 ; D. 1966, jur. 80, note J. Mazeaud ; JCP 1965. 2. 14462. Bien qu'il soit un arrêt de cassation, cet arrêt constitue véritablement un arrêt de principe. Ce qui lui imprime son caractère d'arrêt de principe, c'est l'attendu de principe abstrait et de rédaction exemplaire, avec lequel il débute. En l'espèce, une épouse réclamait à son époux réparation du préjudice résultant, selon elle, du refus de son mari de la recevoir au domicile conjugal, mais sans pour autant demander le divorce ou la séparation de corps. La cour d'appel a déclaré son action irrecevable au motif que la faute sur laquelle se fondait l'épouse s'analyse en un manquement aux obligations légales qui

cette solution innovatrice, et dans lequel elle énonce sous le visa de l'article 1382 C.C. : « *Attendu qu'indépendamment du divorce ou de la séparation de corps et de leurs sanctions propres, l'époux, qui invoque un préjudice étranger à celui résultant de la rupture du lien conjugal, est recevable à demander réparation à son conjoint, dans les conditions du droit commun* ».

Il y a ici assurément un *progrès*, car l'application du droit commun de la responsabilité civile *n'est plus dépendant* d'une quelconque action en divorce ou en séparation de corps intentée par un époux contre l'autre, mais il pourra être appliqué pour sanctionner le manquement aux devoirs et obligations découlant du lien conjugal alors même qu'*aucune action en divorce ou en séparation de corps n'est en cours*. La responsabilité civile possède donc une *autonomie* quant à la réparation des dommages qu'un époux cause à l'autre, en ce sens qu'elle *n'est pas tributaire* d'une quelconque action découlant du lien matrimonial. Cette autonomie n'est cependant pas antinomique de son caractère subsidiaire car dans un tel cas de figure, la subsidiarité remplit la fonction de *complémentarité*.

1306. – La reconnaissance par l'arrêt du 9 novembre 1956 de l'*applicabilité de principe* du droit commun de la responsabilité civile pour sanctionner les violations aux obligations et devoirs découlant du mariage, constitue *le premier pas* vers l'admission plus ample de ce droit, droit commun, comme *concurrent* de l'action en indemnisation régie par l'ancien article 301, al. 2 C.C. précité.

C'est ainsi que, quelques années après la décision de principe du 9 novembre 1965, et toujours, sous l'empire de la loi du 2 avril 1941, la jurisprudence a pu admettre, bien que ce fût de *manière implicite*, que l'article 1382 C.C. puisse être applicable alors même que l'ancien article 301, al. 2 *ne pouvait être appliqué*²³⁶⁵.

s'inscrivent dans le cadre du mariage, et sa réparation ne peut être demandée que sur le fondement des articles 311 ou 301, al. 2, C.C.

Pour censurer l'arrêt d'appel, la Cour de cassation énonce : « *Qu'en statuant ainsi, alors que le seul préjudice réparé par ces textes est celui qui résulte de la rupture ou du relâchement du lien conjugal et qu'il appartient à l'époux Y d'une faute de son conjoint de réclamer selon le droit commun réparation du préjudice étranger au divorce ou à la séparation de corps, l'arrêt attaqué a violé le texte susvisé par refus d'application* ». Rappelons que cet arrêt a été rendu sous le visa de l'article 1382 C.C., *c'est pour violation de ce texte que l'arrêt d'appel a été censuré*.

²³⁶⁵ Cass. 2^{ème} civ., 15 déc. 1975 : Bull. civ. 2, n° 344, p. 277. Pour censurer l'arrêt d'appel, la Cour de cassation commence par énoncer un attendu de grande portée que :

« *tout jugement doit être motivé à peine de nullité*.

Que le défaut de conclusions constitue un défaut de motifs ».

Puis, pour l'appliquer à l'espèce, elle énonce que : « *Attendu que, saisie de conclusions de dame C. A. qu'elle était en droit de réclamer, tant en application de l'article 1382 du Code civil que de l'article 301, alinéa 2, du même Code, la condamnation de C. au paiement d'une certaine somme d'argent à titre de dommages-intérêts, la cour d'appel l'a déboutée au seul motif que, responsable au même titre que son*

1307. – Les solutions adoptées par la jurisprudence sous l’empire de la loi du 2 avril 1941, devraient être réaffirmées avec beaucoup de clarté et de vigueur, sous l’empire de la loi du 12 juillet 1975.

Dès les premières années qui ont suivi l’entrée en vigueur de cette loi, les juges du fond ont réaffirmé les solutions initiées antérieurement, et ils en ont, au surplus, *posé les conditions d’application puis clarifié celles-ci*.

C’est ainsi, que dans une espèce où une épouse assignée en divorce sur le fondement de l’article 237 C.C. relatif au divorce pour « rupture de la vie commune »²³⁶⁶, demandait des dommages-intérêts sur le fondement de l’article 1382 C.C. en invoquant comme *source génératrice du dommage allégué la dissolution du mariage*, il a été décidé, pour *débouter celle-ci de sa demande* en dommages-intérêts, que : « *l’on ne saurait baser sur la responsabilité civile du droit commun – laquelle exige, non seulement l’existence d’un dommage mais la démonstration d’une faute génératrice de ce dommage – une demande d’indemnisation qui ne serait motivée que par la dissolution du mariage* »²³⁶⁷. Le jugement du tribunal de grande instance de Paris du 7 février 1977 tire les conséquences de la règle ainsi posée, et décide que : « *dans ces conditions, à défaut d’invoquer comme source du dommage par elle allégué une faute distincte de la dissolution du mariage, dame M. ne peut donc voir accueillir sa demande de dommages-intérêts* ».

1308. – Ainsi se trouve posée de manière on ne peut plus claire, la règle du « préjudice distinct ».

mari, de la dissolution du mariage, elle n’était pas fondée à se prévaloir des dispositions de l’article 301 du code civil ;

Qu’en ne s’expliquant pas sur ces conclusions qui invoquaient l’article 1382 du code civil, la cour d’appel n’a pas satisfait aux exigences des textes susvisés ».

La censure était donc inévitable et elle fut prononcée en ces termes par la Cour : « *casse et annule, mais seulement en ce qu’il a rejeté la demande en dommages-intérêts formée par dame C. sur le fondement de l’article 1382 du code civil, l’arrêt rendu entre les parties (...)* ».

²³⁶⁶ Dans sa rédaction résultant de la loi du 12 juillet 1975, l’article 237 se présentait ainsi :

« Un époux peut demander le divorce, en raison d’une rupture prolongée de la vie commune, lorsque les époux vivent séparés de fait depuis six ans ».

Il faut préciser que les dispositions de cet article *importent peu ou même pas*, au regard de la solution donnée par le jugement du tribunal de grande instance de Paris du 7 février 1977. Mais nous avons voulu reproduire ses dispositions dans un but d’exhaustivité de la rédaction. Ce qui importe ici, c’est la solution donnée par le jugement quant à la recevabilité de la demande en dommages-intérêts fondée sur l’article 1382 C.C.

²³⁶⁷ TGI Paris, 7 fév. 1977 : JCP 1977. 2. 18599, note R. Lindon ; D. 1978, IR. 9, obs. A. Breton. Le jugement poursuit son attendu en faisant une précision d’une *primordiale importance*, il énonce que, « *le fait pour un époux d’utiliser une possibilité de divorce que lui offre la loi ne saurait en effet constituer une faute* ».

A dire vrai, ce que le jugement énonce dans la dernière phrase composant son attendu, constitue plus un *principe de droit* qu’une règle. Il est un principe acquis en droit, que celui qui fait l’usage d’une voie de droit *ne commet pas de faute*.

Même si la demande en dommages-intérêts a été refusée à l'épouse par le jugement précité, celui-ci possède cependant un *mérite indéniable* ; c'est celui d'avoir *posé et défini* de manière très claire la règle du « préjudice distinct ». Si la demande en indemnisation a été rejetée, c'est peut-être en raison de la manière par laquelle l'épouse a allégué le préjudice par elle subi, ou peut-être en raison de sa manière de présenter ses demandes dans le procès. Selon l'appréciation qui en a été faite par les premiers juges, ils ont estimé que la faute, et partant le préjudice subi, *ne se distinguaient pas de ceux résultant de la dissolution du mariage* et ne pouvaient donc lui ouvrir droit à des dommages-intérêts.

1309. – Ce jugement devrait être *réformé* sur le point du rejet des dommages-intérêts, par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 mai 1978²³⁶⁸. Il conserve cependant une valeur certaine *pour avoir posé avec beaucoup de clarté*, et par une *motivation irréprochable*, la règle du « préjudice distinct ».

D'ailleurs peu de temps après qu'il a été rendu, la solution adoptée par ledit jugement du 7 février 1977 a été réaffirmé par d'autres jugements²³⁶⁹.

1310. – Des cours d'appel ont eu l'occasion à leur tour, de réaffirmer cette même solution. Saisies par des épouses qui alléguaient qu'elles éprouvaient un préjudice du fait d'actes imputables à leurs ex-époux, et demandaient à en être indemnisées, ces cours sont venues à leur tour préciser et réitérer la règle susénoncée du « préjudice distinct »²³⁷⁰.

A cet égard, un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence en date du 22 juin 1978 mérite particulièrement d'être signalé²³⁷¹. De cet arrêt, qui est d'une grande valeur doctrinale, nous ne reproduirons que les attendus et les motifs les plus pertinents. Il y est énoncé, sur la demande de dommages-intérêts présentée par l'épouse, qui seule nous intéresse ici : « *qu'après avoir affirmé que rien n'interdisait*

²³⁶⁸ CA Paris, 11 mai 1978 : JCP 1978. 2. 18980, obs. R. Lindon. Contrairement au jugement du 7 février 1977, l'arrêt de la cour de Paris du 11 mai 1978 se présente comme une décision d'espèce, sa motivation n'est pas de portée générale et son apport doctrinal est modeste. Mais puisqu'il a réformé le jugement précité du 7 février 1977 en ce qui concerne la demande de dommages-intérêts, nous reproduisons son attendu relativement à ce point. L'arrêt énonce que : « *Cependant qu'il n'est pas douteux que, très attachée à son mari, plus jeune d'elle de huit ans, et à la réussite artistique à laquelle elle a contribué, Maria C. a ressenti un vif chagrin du fait de l'infidélité de son époux et de l'abandon par lui du foyer conjugal ; Que ces fautes, qui sont antérieures à la demande en divorce et indépendantes de celle-ci, obligent, selon l'article 1382 du Code civil, celui qui les a commises à réparer le préjudice qui en résulte pour l'appelante ; qu'il convient, eu égard aux éléments de la cause, de fixer à (...)* ».

²³⁶⁹ TGI Lille, 1^{er} mars 1977 : D. 1978, IR. 190, obs. Bénabent. – TGI Paris, 4 mars 1977 (2^{ème} esp.) : Gaz. Pal. 1977. 2. 468, note M. Brazier.

²³⁷⁰ V. par ex. : CA Paris, 25 mai 1978 : JCP 1978. 2. 18981, obs. R. Lindon ; D. 1979, IR. 19, obs. A Breton.

²³⁷¹ CA Aix-en-Provence, 22 juin 1978 : D. 1979, jur. 192, note J. Prévault.

l'application des dispositions de l'article 1382 C.C. à l'occasion d'un dommage subi par un époux du fait de son conjoint, le jugement a admis que l'application de cet article n'était possible qu'à propos des faits pour lesquels il n'y avait pas nécessairement à tenir compte du lien du mariage, l'atteinte à l'intégrité physique ou à l'honneur étant seule à prendre en considération (...) ». Plus loin, la cour énonce, pour admettre la recevabilité de l'article 1382, « *qu'en la cause, V. n'invoque à l'encontre de son épouse aucun manquement à ses devoirs d'épouse, ni aucun fait justificatif de nature à le dispenser de la communauté de vie ; (...) que le refus de se soumettre à cette obligation constitue une faute dont aucun texte n'indique qu'elle serait exclue du champ d'application de l'article 1382 C.C. ».* Voici reproduite, la tranche de l'attendu le plus important de cet arrêt riche en enseignements, et qui va fonder la solution qui sera adoptée par l'arrêt. Celui-ci motive son attendu et poursuit en énonçant que : « *car contrairement à l'opinion des premiers juges, la doctrine comme la jurisprudence ont admis qu'indépendamment des situations prévues par les articles 229 et suivants, et 306 C.C., et leurs sanctions propres, l'époux qui invoque un préjudice qui lui est particulier, en dehors de toute rupture judiciaire du lien conjugal est recevable à en demander réparation dans les conditions de droit commun ».* Se trouve ainsi très clairement et solidement motivé l'attendu principal de l'arrêt. Après avoir posé la règle applicable en la matière, la cour d'appel va l'appliquer au cas d'espèce. Elle constate, en l'occurrence, les actes, imputables à l'époux, et les faits qui ont gravement porté préjudice à l'épouse, en *blessant son honneur*²³⁷². Elle énonce pour déclarer *fondée* la demande de dommages-intérêts, que : « *attendu que cette atteinte à l'honneur de Mme V, atteinte pour laquelle elle*

²³⁷² Les juges d'appel ont constaté que l'époux avait « *moralelement abandonné* » son épouse et qu'un constat d'adultère avait été dressé à son encontre et qu'un autre constat a établi qu'il entretenait une concubine au domicile conjugal, et que du fait que celui-ci, son épouse et les parents de celle-ci vivaient dans une commune de trois mille habitants, qu'il ne pourrait donc s'agir dans ce contexte, d'une simple vexation – comme l'ont affirmé les premiers juges – mais d'une *atteinte à l'honneur de l'épouse*. Ils ont aussi constaté la gravité de cette atteinte en relevant que l'épouse a eu une vie commune avec son époux pendant plus de vingt ans et que son état mental gravement perturbé depuis plusieurs années est toujours *très fragile*.

Soulignons que contrairement à ce qu'avaient décidé les juges d'appel, les premiers juges qui avaient pourtant admis l'applicabilité de l'article 1382 C.C. pour réparer l'atteinte à l'intégrité physique ou à l'honneur de la personne humaine, ont cependant considéré que le refus du domicile conjugal à l'épouse et le fait d'y entretenir une concubine étaient *simplement vexatoires*, et n'ouvraient que le droit de demander la cessation de l'état de mariage et d'obtenir des dommages-intérêts sur le fondement de l'article 266 C.C. C'était une appréciation *trop indulgente* d'actes outrageants devant donner droit à réparation sur le fondement de l'article 1382, et non sur celui de l'article 266 du même Code.

Nous pouvons voir que de mêmes actes peuvent selon l'appréciation qui en est faite par les juges du fond, recevoir des qualifications plus ou moins sévères. Les faits qui ont donné lieu à l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 22 juin 1978, démontrent parfaitement *l'importance du rôle des juges du fond* dans l'appréciation des éléments de fait qui leur sont soumis.

*sollicite une indemnisation, ne repose pas uniquement sur les liens du mariage ; qu'elle ne demande en fait que la réparation de l'outrage fait à son honneur de femme par son conjoint et ce dans les conditions du droit commun »*²³⁷³.

C'est par cet attendu, que la cour d'Aix-en-Provence met en valeur l'importance de l'application du *droit commun de la responsabilité civile aux relations conjugales*. L'attendu est d'une *généralité telle*, qu'il a vocation à être appliqué à des litiges analogues et à servir de solution de principe à la jurisprudence. Et cet arrêt a été à juste titre, *approuvé*²³⁷⁴.

1311. – Dans cette optique, mérite également d'être signalé, un arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 juin 1978²³⁷⁵, où une épouse assignée en divorce pour rupture de la vie commune demandait le rejet de la demande, et subsidiairement, l'octroi d'une prestation compensatoire et des dommages-intérêts. Devant les premiers juges, elle a fondé sa demande de dommages-intérêts sur les articles 266 et 239 C.C. La demande en divorce de l'époux fut accueillie et les demandes de prestation compensatoire et de dommages-intérêts furent – bien entendu – déclarées *irrecevables*. En appel, l'épouse a *modifié* le fondement de sa demande de dommages-intérêts ; elle invoquait alors l'article 1382 C.C. L'époux, intimé, excipait de l'irrecevabilité de la demande *comme nouvelle*. L'arrêt rejette cette prétention en faisant une *exacte application de l'article 565 CPC* ; il énonce dans un attendu de grande clarté, que : « *Considérant, en effet, qu'en vertu de l'article 565 CPC, les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent ; que la demande de Mme V. a toujours eu pour objet l'attribution de dommages-intérêts, que sa fin est donc demeurée la même, si son fondement juridique est maintenant l'article 1382 C.C.* ». Cette première tranche de l'attendu se rapporte à l'*aspect procédural* de la demande de dommages-intérêts. Dans la suite de cet attendu, l'arrêt statue sur le *fond du droit* en réaffirmant la règle du « préjudice distinct », il énonce que : « *sans doute, la réparation sollicitée ne peut-elle pas trouver sa source dans le préjudice*

²³⁷³ L'attendu a une suite ; la cour extrapole et poursuit en énonçant : « *qu'une telle situation pourrait s'admettre pour un couple vivant en union libre d'une manière stable pendant plusieurs années, que le lien du mariage n'est donc pas une condition primordiale de cette action* ».

Par cette affirmation, l'arrêt de montre très *libéral*. Il assimile purement et simplement sur le point du droit aux dommages-intérêts, le concubinage au mariage. Il est vrai qu'à l'époque où il a statué, les mœurs commençaient à évoluer et des droits commençaient à être reconnus aux concubins dont la relation présente une certaine stabilité *imitée au mariage*.

²³⁷⁴ J. PRÉVAULT, note sous l'arrêt rapporté in D. 1979, jur. 195, 1^{ère} col.

²³⁷⁵ CA Paris, 29 juin 1978 : JCP 1979. 2. 19064, note R. Lindon.

résultant de la dissolution du mariage et ne peut que compenser un préjudice étranger à celui qui découle de la rupture du lien conjugal, mais l'article 565 précité n'exige pas que la cause du préjudice soit la même pourvu que la fin poursuivie, à savoir l'obtention de dommages-intérêts soit la même ». Là encore l'arrêt donne plus de précisions sur les conditions d'application de l'article 565 en question, qui d'ailleurs, est au cœur du problème de droit qui y est posé. Il importe peu que la cause des demandes faites respectivement en première instance et en appel *ne soit pas la même*, l'essentiel c'est que la *fin recherchée* par l'appelant à travers ces demandes soit la même devant les deux degrés de juridictions. Selon cette conception, cause et fondement de la demande *se recourent*. Une telle conception ne peut être qu'*approuvée* puisqu'elle correspond parfaitement aux prescriptions de l'article 565²³⁷⁶. L'arrêt de la cour de Paris du 29 juin 1978 déclara l'épouse *recevable* en sa demande de dommages-intérêts, sur le fondement de *l'article 1382 C.C.*, et lui alloua une indemnité après avoir apprécié *les éléments de faits constitutifs d'un préjudice à son égard*²³⁷⁷.

1312. – Après les juges du fond, la Cour de cassation a en effet, à son tour, et sous l'empire de la loi précitée n° 75-617 du 12 juillet 1975, poursuivi la consolidation de la jurisprudence initiée sous l'empire de la loi du 2 avril 1941. Elle admettait, *mais de manière implicite*, que des dommages-intérêts *puissent être fondés sur l'article 1382*. C'est ainsi que fut censuré un arrêt d'appel qui s'est borné à énoncer, pour déclarer irrecevable la demande d'indemnisation présentée par l'épouse, que l'article 266 C.C. n'est applicable qu'au divorce prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, sans rechercher, comme il y était invité, *si la faute invoquée par l'épouse lui avait causé un préjudice distinct de celui visé par l'article 266 C.C.*²³⁷⁸

1313. – A cette même époque, la Cour de cassation a continué à réitérer les solutions antérieures admettant que l'un des époux puisse demander réparation, par application de l'article 1382 C.C. du préjudice par lui subi, et ceci en raison d'un « préjudice distinct » *que celui résultant de la seule rupture du lien conjugal*. C'est

²³⁷⁶ L'article 565 en question, dispose :

« Les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge même si leur fondement juridique est différent ».

²³⁷⁷ Les juges d'appel avaient en l'occurrence relevé l'atteinte portée à la dignité de l'épouse par l'offense que causent l'adultère de son mari et l'abandon par celui-ci du domicile conjugal. Ils ont décidé qu'il y a eu un « préjudice affectif, moral et social certain » pour l'appelante.

ainsi que fut censuré, pour violation des articles 1382 C.C. et 245, al. 3 du même Code, l'arrêt d'appel qui pour débouter la femme de sa demande de dommages-intérêts fondée sur ledit article 1382 C.C., *se borne à énoncer que l'épouse avait contribué à la dissolution du mariage*²³⁷⁹.

1314. – Insistons ici sur l'importance du fait que le préjudice devrait être *distinct* de celui résultant de la *seule* rupture du lien conjugal. La Cour de cassation a ainsi réaffirmé la règle du « préjudice distinct », règle qui fut conçue par les juges du fond. A cet égard, le rôle des juges du fond dans l'appréciation du préjudice est d'une importance de premier rang, puisqu'il s'agit d'*éléments de pur fait* mais sur lesquels repose le droit à indemnisation.

Cette précision ainsi faite, est d'une *importance primordiale* car elle pose la règle qui sous-tend l'octroi de l'indemnité, savoir le *préjudice distinct*.

1315. – La Cour de cassation a poursuivi la construction de cette jurisprudence en la complétant par des solutions se rattachant aux « principes directeurs du procès ». C'est ainsi qu'elle a décidé que lorsqu'une cour d'appel est saisie, *sans qu'aucun texte ne fut invoqué*, de conclusions tendant à la condamnation d'un époux à des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel et moral que celui-ci avait causé dans le passé à son épouse par son abandon du domicile conjugal et que lui causait maintenant le divorce, a pu, en application de l'article 12 CPC et sans violer les droits de la défense, *fonder sa condamnation sur l'article 1382 C.C. pour les dommages causés au cours du mariage*²³⁸⁰.

²³⁷⁸ Cass. 2^{ème} civ., 27 fév. 1980 : Bull. civ. 2, n° 45, p. 32. La cassation de l'arrêt s'est faite en l'espèce, sous le visa des articles 1382 C.C. et des articles 455 et 458 CPC.

²³⁷⁹ Cass. 2^{ème} civ., 15 oct. 1981 : Bull. civ. 2, n° 186. Pour faire droit au moyen du pourvoi, et censurer l'arrêt d'appel, la Cour énonce : « *qu'en se déterminant par ce seul motif, alors cependant que dame N (l'épouse) ne s'était pas limitée à demander réparation du préjudice né de la dissolution du mariage, mais soutenait aussi que le détournement d'une partie de l'actif de la communauté par le mari, et l'inconduite de celui-ci, lui avaient causé un préjudice distinct de celui résultant de la dissolution du lien conjugal, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

L'article 245 C.C. visé par l'arrêt rapporté est relatif au « divorce pour faute ». Dans sa rédaction applicable à l'arrêt, et résultant de la loi précitée du 12 juillet 1975, cet article se présentait ainsi :

« Les fautes de l'époux qui a pris l'initiative du divorce n'empêchent pas d'examiner sa demande ; elles peuvent, cependant, enlever aux faits qu'il reproche à son conjoint le caractère de gravité qui en aurait fait une cause de divorce.

Ces fautes peuvent aussi être invoquées par l'autre époux à l'appui d'une demande reconventionnelle en divorce. Si les deux demandes sont accueillies, le divorce est prononcé aux torts partagés.

Même en l'absence de demande reconventionnelle, le divorce peut être prononcé aux torts partagés des deux époux si les débats font apparaître des torts à la charge de l'un et de l'autre ».

V. déjà dans le même sens mais de manière moins claire : Cass. 2^{ème} civ., 9 mai 1979 : Bull. civ. 2, n° 134.

²³⁸⁰ Cass. 2^{ème} civ., 11 fév. 1981 : Bull. civ. 2, n° 30. Soulignons qu'en l'espèce, l'arrêt d'appel, approuvé par la Cour de cassation, avait retenu l'application de l'article 1382 C.C. après avoir écarté l'application de l'article 266 du même Code pour la réparation du préjudice résultant du divorce. Il est indispensable ici de préciser que les articles 1382 et 266 auraient parfaitement pu être appliqués conjointement, *chacun*

1316. – Cette solution n'est pas nouvelle, elle constitue une application particulière des solutions consacrant le rôle du juge dans la qualification des faits et prétentions qui lui sont soumis, et ceci – bien-entendu – par application de l'article 12 CPC²³⁸¹. Elle prend cependant une *physionomie particulière* et revêt une *importance accrue*, dans la présente question relative au *concours de l'article 1382 C.C. avec les textes spéciaux régissant les indemnités dues après la rupture du lien conjugal*.

Elle doit être comprise au vu d'un arrêt très remarqué de la Cour de cassation du 4 mars 1970²³⁸², dans lequel il est énoncé, dans un attendu de principe, « *qu'il appartient aux juges du fond de conférer à la demande son véritable fondement juridique dans la limite du fait dont ils sont saisis, apprécié sous tous ses aspects* ».

1317. – Toujours dans la même perspective, et concernant l'office du juge relativement aux demandes des parties, il a été décidé que lorsque l'épouse assignée en divorce pour rupture de la vie commune, présente une demande en dommages-intérêts sur le *seul* fondement de l'article 266 C.C., et que celle-ci est *rejetée* en appel, la Cour de cassation *n'est pas tenue d'examiner si, sur le fondement de l'article 1382 C.C., sa demande pouvait être accueillie*, dès lors que ceci n'a pas été soulevé par le moyen du pourvoi²³⁸³.

1318. – Cette solution n'est pas non plus nouvelle, elle se situe dans la droite ligne d'une jurisprudence constante. En vertu de cette jurisprudence, si le juge est tenu, par application de l'article 12 CPC, de donner la *qualification exacte* aux prétentions des parties si celles-ci n'ont pas pris le soin de leur en donner une, en revanche, il n'est point tenu de rechercher si les prétentions des parties peuvent recevoir une *qualification plus exacte* que celle qu'elles leur en ont donné dès lors qu'une qualification précise a été donnée à ces prétentions, *liant ainsi le juge*.

1319. – Toujours sous l'empire du droit antérieur, la Cour de cassation retenait *sur le fondement de l'article 1382 C.C.*, la responsabilité de l'époux qui *persistait*,

pour la réparation d'un préjudice particulier. – V. en ce sens : G. SERRA, *De quelques paradoxes du divorce et de la responsabilité civile*, RLDC 1^{er} oct. 2007, n° 42, p. 38.

Tout dépend ici de l'appréciation que font les juges du fond du préjudice invoqué par l'épouse, ou, de manière plus générale, du demandeur en indemnisation.

Sur l'application concomitante des articles 1382 et 266 C.C., v. *infra* n°s 1326 à 1329.

²³⁸¹ Sur le texte de l'article 12 en question, v. *supra* n° 626.

²³⁸² Cass. 3^{ème} civ., 4 mars 1970 : Bull. civ. 3, n° 169, p. 125.

²³⁸³ Cass. 2^{ème} civ., 23 janv. 1980 : Bull. civ. 2, n° 15 ; D. 1980, jur. 281, note J. Revel.

après la dissolution de son mariage par le divorce, à *refuser de délivrer* le “gueth”²³⁸⁴ à son ex-épouse²³⁸⁵.

Cette solution reste toujours valable aujourd’hui, et – pensons-nous – elle pourra le rester toujours, car elle n’est tributaire d’aucun texte spécial, tels notamment les articles 301, al. 2 et 266 C.C., mais constitue une *illustration*

²³⁸⁴ En droit hébraïque, le “gueth” constitue l’acte par lequel la femme reçoit une déclaration écrite et librement consentie de la part de son mari, devant les juges rabbiniques, faisant état de la volonté de celui-ci de mettre fin aux liens du mariage. Il arrive le plus souvent, comme dans les arrêts rapportés, que le divorce civil a été prononcé mais que l’époux refuse de délivrer ce document à *caractère purement religieux*, à son épouse.

²³⁸⁵ Deux arrêts ont statué dans le même sens, respectivement sous l’empire des lois du 2 avril 1941 et du 12 juillet 1975, v. : Cass. 2^{ème} civ., 13 déc. 1972 : Bull. civ. 2, n° 320, p. 264. – Cass. 2^{ème} civ., 15 juin 1988 : Bull. civ. 2, n° 146, p. 78. Bien qu’ils statuent dans le même sens, ces deux arrêts adoptent des formules différentes, et leurs valeurs et portées sont corrélativement *inéga*les. L’arrêt du 13 décembre 1972 se présente comme un arrêt d’espèce typique. Il ne manque cependant pas d’intérêt. Nous reproduisons dans ce qui suit quelques attendus de l’arrêt qui revêtent le plus de pertinence. En l’espèce, le moyen du pourvoi faisait « *grief à l’arrêt, qui a constaté l’absence de toute obligation juridique de remise du “gueth” et refusé, en conséquence, d’adresser injonction et de prononcer astreinte, d’avoir condamné Z (l’époux) à payer des dommages-intérêts, alors qu’il n’aurait pas été répondu aux conclusions soutenant que la délivrance de la lettre de répudiation présentait pour Z un grave danger, son ex-femme ayant déjà emmené l’enfant à l’étranger sans autorisation du père, n’étant revenu en France que pour obtenir le “gueth” (...)* ». La Cour répond à ce moyen du pourvoi en énonçant que : « *Mais attendu que l’arrêt énonce que si, en principe, l’abstention dommageable ne peut entraîner une responsabilité qu’autant qu’il y avait, pour celui auquel on l’impute, obligation d’accomplir le fait omis, il en est autrement lorsque cette abstention dommageable a été dictée par l’intention de nuire et constitue un abus de droit* ». Après avoir posé la solution au problème de droit, la Cour de cassation relève les éléments de faits constatés par les juges du fond et pour rejeter le pourvoi énonce : « *Qu’en l’état de ces énonciations, la cour d’appel, dès lors qu’elle avait constaté souverainement l’abstention dommageable et l’intention de nuire, a décidé à bon droit que Z avait encouru la responsabilité de l’article 1382 du Code civil, et a ainsi, tout en répondant aux conclusions qui lui étaient soumises et sans violer aucun des textes visés au pourvoi, légalement justifié sa décision* ».

Le moyen du pourvoi faisait notamment grief à l’arrêt attaqué d’avoir violé les dispositions d’ordre public de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des églises et de l’état.

L’analyse de l’arrêt du 15 juin 1988 nous permettra de voir comment pourrait être valablement réfuté le grief de violation du grand principe républicain de la séparation des églises et de l’état. Cet arrêt est d’une rédaction meilleure et d’une portée plus générale que celui du 13 décembre 1972. Les faits y sont analogues à ceux qui ont donné lieu à celui-ci. En l’espèce, l’époux, demandeur en cassation, faisait grief à l’arrêt attaqué, qui a été rendu sur renvoi après cassation d’un précédent arrêt de cour d’appel, de l’avoir condamné à payer à son ex-épouse des dommages-intérêts pour sanctionner son refus de délivrer à celle-ci la lettre de répudiation du droit israélite, appelée “gueth” en suite de leur divorce prononcé civilement. Le moyen du pourvoi soutenait notamment qu’il n’appartenait pas aux juridictions civiles de se prononcer sur les conséquences du caractère indissoluble au plan religieux d’un lien matrimonial dissous par un divorce civil. Ces arguments ne convinrent pas la Cour de cassation qui pour rejeter le moyen du pourvoi, énonça dans un attendu de grande clarté et de portée générale, que : « *Mais attendu qu’après avoir exactement énoncé que si les motivations de la délivrance ou du refus de délivrance du “gueth” échappent à l’appréciation des juridictions civiles, il appartient cependant à celles-ci de déterminer si le refus de délivrance constitue un abus de droit de celui qui l’oppose, l’arrêt retient qu’en demandant le divorce en application de l’article 230 du Code civil, le mari comme la femme ont entendu dissoudre totalement leur mariage et qu’en refusant le “gueth” M. X (l’époux) laisse subsister le seul lien religieux avec les conséquences qui en découlent et restreint la liberté totale que Mme Y (l’épouse) était en droit d’attendre du divorce* ». La première tranche de l’attendu qui est de nature abstraite, est d’une grande valeur car elle donne la clé au problème de droit se rapportant aux compétences concurrentes des juridictions civiles et religieuses pour apprécier les conséquences d’un acte de nature religieuse qui a une incidence certaine sur l’exécution des décisions des juridictions civiles sur le plan matrimonial. Il est aussi important de souligner que la Cour de cassation se fonde sur une volonté *supposée* des époux de vouloir *dissoudre totalement leur mariage*, en demandant le divorce par application de l’article 230 C.C. La Cour de cassation a approuvé la cour d’appel qui a retenu la responsabilité de l’époux sur le fondement de l’*abus de droit*.

Cet arrêt qui doit être approuvé, se situe dans la droite ligne d’une jurisprudence constante, v. par ex. : Cass. 2^{ème} civ., 5 juin 1985 : Bull. civ. 2, n° 113, p. 76.

exemplaire de la subsidiarité du droit commun, droit commun de la responsabilité civile.

1320. – Sous l’empire du droit actuel du divorce institué par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005, la jurisprudence a eu l’occasion de *réitérer* les solutions adoptées sous l’empire du droit antérieur.

C’est ainsi qu’a été réaffirmée assez clairement, la règle du « préjudice distinct ». Il en est notamment ainsi lorsque la Cour de cassation relève que l’arrêt d’appel « *a ainsi fait ressortir que ce préjudice était distinct de celui résultant de la dissolution du mariage et justifiait l’allocation de dommages-intérêts sur le fondement de l’article 1382 C.C.* »²³⁸⁶.

1321. – D’autres décisions encore ont, à leur tour, fait une application très claire de la règle du « préjudice distinct ». C’est ainsi qu’a été cassé l’arrêt qui a retenu, pour condamner le mari à payer une indemnité au titre de l’article 266 C.C., l’âge des époux et la durée de la vie commune, ainsi que la dissolution du mariage par les fautes exclusives du mari qui cause à l’épouse un préjudice moral qu’il convient de réparer²³⁸⁷. Sous le visa de l’article 4 CPC, la Cour de cassation énonce, pour censurer l’arrêt d’appel, que : « *Attendu qu’en statuant ainsi, alors que Mme Y demandait réparation du préjudice causé par M. X qui l’avait abandonnée après trente ans de vie commune, la laissant sans plus aucune ressource que ses modestes revenus d’aide à domicile, ce dont il résultait qu’elle demandait réparation d’un préjudice distinct de celui résultant de la rupture du lien conjugal, la cour d’appel, qui a dès lors modifié l’objet du litige dont elle était saisie, a violé le texte susvisé* ». Il est intéressant de remarquer que l’arrêt ne fait *aucune référence à l’article 1382 C.C.* Il peut cependant être facilement déduit que c’est bien cet article qui a été appliqué et nul autre, puisque c’est celui-ci qui constitue le fondement de l’octroi des dommages-intérêts lorsqu’aucune précision particulière n’est faite sur ce point.

1322. – Dans cette même optique, il a été décidé qu’une cour d’appel *ne méconnaît pas les termes du litige dont elle était saisie* et ne viole, par conséquent, pas l’article 4 CPC, pour avoir condamné un époux à payer à son épouse qui demandait réparation « de la vie d’esclave qu’il lui a fait mener », une certaine somme à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice qu’elle retenait du fait

²³⁸⁶ Cass. 2^{ème} civ., 26 oct. 2000, n° de pourvoi : 99-10.019. – V. aussi mais de manière moins claire : Cass. 2^{ème} civ., 15 mars 2001, n° de pourvoi : 99-13.562.

du comportement de celui-ci au cours de la vie commune. La cour d'appel a ainsi fondé *implicitement sa décision sur les dispositions de l'article 1382 C.C.*²³⁸⁸

1323. – Toujours dans la même optique, un arrêt a pu préciser que, lorsque les juges du fond octroient une indemnité globale de 11000 euros à titre de dommages-intérêts pour réparer le préjudice causé par le comportement fautif invoqué par l'épouse, résultant de son abandon moral et financier après quinze ans de mariage par son mari, parti s'installer avec une autre femme, la cour d'appel *a nécessairement statué sur le fondement de l'article 1382 C.C.*²³⁸⁹

1324. – Ces arrêts doivent être rapprochés d'une décision précitée, rendue sous l'empire de la loi du 12 juillet 1975, et dans laquelle il a été décidé que les juges du fond peuvent, au regard des éléments de faits qui leur sont soumis, décider que la demande en indemnisation *trouve valablement son fondement dans l'article 1382 C.C.*, alors que la partie qui demande la réparation *n'a pas pris le soin d'en préciser le fondement*²³⁹⁰.

1325. – Une évolution devait ainsi se faire en ce qui concerne la détermination de la *fonction de la faute*.

C'est par un arrêt du 14 novembre 2002, se présentant comme une décision de principe, que la Cour de cassation a énoncé que, « *les faits engageant la responsabilité civile de leur auteur peuvent aussi constituer une cause de divorce* »²³⁹¹. Cet arrêt qui consacre, à juste titre, la règle de la « double utilisation de la faute », a été approuvé par une doctrine autorisée²³⁹².

1326. – Dans toutes les hypothèses analysées, l'application de l'article 1382 C.C. a été admise de manière *exclusive*, autrement dit sans que l'on recoure à l'application conjointe du texte spécial qu'est l'article 266 C.C., mais il arrive aussi

²³⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 9 janv. 2007 : Bull. civ. 1, n° 6, p. 5 ; RLDC 1^{er} oct. 2007, n° 42, p. 38, note G. Serra ; RTD civ. 2007. 321, obs. J. Hauser.

²³⁸⁸ Cass. 1^{ère} civ., 25 janv. 2005, n° de pourvoi : 02-12.993.

²³⁸⁹ Cass. 1^{ère} civ., 23 janv. 2007 : RLDC 1^{er} oct. 2007, n° 42, p. 38, note G. Serra.

²³⁹⁰ Cass. 2^{ème} civ., 11 fév. 1981 précit. : Bull. civ. 2, n° 30.

²³⁹¹ Cass. 2^{ème} civ., 14 nov. 2002 : Bull. civ. 2, n° 256, p. 201 ; RTD civ. 2003. 66, obs. J. Hauser. En l'espèce, une dame avait demandé à plusieurs reprises que son époux soit placé sous un régime de protection. Celui-ci, victime de ce harcèlement procédural, avait obtenu, dans un premier jugement, une condamnation de son épouse à des dommages-intérêts. Invoquant alors une seconde fois cette insistance procédurière, il avait ensuite obtenu le divorce aux torts exclusifs de l'épouse. Celle-ci estimait que, ainsi sanctionnée deux fois pour la même faute, elle était victime à son tour d'un acharnement procédural. Le raisonnement n'a convaincu ni la cour d'appel ni la Cour de cassation, qui rejette le pourvoi. Que les actes commis par l'épouse constituassent une faute, *n'est point douteux*. Et l'octroi de dommages-intérêts à l'époux en réparation du préjudice qui en est résulté pour lui, *doit – bien-entendu – être pleinement approuvé*.

²³⁹² J. HAUSER, obs. précit sous l'arrêt rapporté in RTD civ. 2003. 66 et les réf. citées.

que la Cour de cassation admette l'application *concomitante* des articles 266 et 1382 C.C., pour réparer les conséquences dommageables du divorce à l'égard d'un époux²³⁹³.

1327. – A cet égard, mérite d'être signalé un arrêt de la Cour de cassation du 28 février 2006²³⁹⁴, dans lequel les juges du fond ont relevé que l'épouse allait se retrouver seule après trente et un ans de vie commune, et qu'elle avait subi des chocs psychologiques du fait du comportement violent de son mari à son égard. Ils ont ainsi caractérisé d'une part, le préjudice de l'épouse *résultant de la dissolution du mariage*, et d'autre part, celui *résultant du comportement violent de son mari à son égard*. Les condamnations de l'époux à des dommages-intérêts sur les fondements respectifs des articles 266 et 1382 C.C., se trouvaient ainsi *légalement justifiées* au regard de la Cour de cassation, qui a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt.

1328. – Dans ce cas de figure, la responsabilité civile de droit commun joue un rôle de *complémentarité* des règles du droit, puisqu'il n'y a pas véritablement de vide juridique à combler mais que l'application des règles spéciales ne *suffit pas* à indemniser la victime de son dommage.

1329. – L'article 266 C.C. constituant la *règle spéciale* ; ce texte a un *domaine d'application précis* ; il vise à réparer le préjudice résultant de la – seule – dissolution du mariage. C'est ainsi que, lorsque les juges du fond statuent sur le fondement dudit article 266, ils doivent *préciser en quoi consiste le préjudice dont ils ordonnent la réparation*, et ceci sous peine d'encourir la cassation²³⁹⁵. Corrélativement, lorsque la demanderesse adopte l'article 266 comme *seul fondement de sa demande en dommages-intérêts*, l'arrêt d'appel encoure la censure s'il prononce une condamnation en réparation du préjudice moral subi par celle-ci, *sans préciser le fondement légal de la condamnation ni – ce qui est encore plus grave – caractériser un préjudice résultant de la dissolution du mariage*²³⁹⁶.

²³⁹³ Cette solution résulte seulement de manière *implicite* de cet arrêt : Cass. 1^{ère} civ., 9 déc. 2003 : Gaz. Pal. 28 mai 2004, n° 149, p. 23, note J. Massip.

²³⁹⁴ Cass. 1^{ère} civ., 28 fév. 2006 : D. 2007. 616, obs. G. Serra.

²³⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 29 sept. 2004 : JurisData n° 2004-025363 ; Dr. famille n° 11, nov. 2004, comm. 201, p. 23, note V. Larribau-Terneyre.

²³⁹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 14 déc. 2004 (sol. implicite) : Bull. civ. 1, n° 321, p. 267. Il est important de souligner qu'en l'espèce, l'arrêt d'appel a adopté comme motif de la condamnation le préjudice moral subi par son épouse « du fait de violences conjugales anciennes et répétées ». Le préjudice ainsi défini se peut que se rattacher à des fautes *distinctes de celles résultant de la seule dissolution du lien conjugal*, donc à l'application *implicite* de l'article 1382 C.C., alors que l'épouse avait fondé sa demande sur le *préjudice résultant de la dissolution du mariage*.

Cette hypothèse nous fait inévitablement penser à l'*ultra petita*. La censure de l'arrêt était – pensons-nous – *inévitabile*.

Alors que l'article 1382 C.C. possède un domaine d'application *général*, en ce sens qu'il vise à réparer *tout préjudice qui n'entrerait pas dans les prévisions de l'article 266 précité*.

1330. – Et à l'instar de ce qu'elle a affirmé sous l'empire de l'ancienne loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps, par l'arrêt précité du 17 octobre 1962²³⁹⁷, la Cour de cassation a réitéré plus récemment cette *solution de principe*, par un arrêt très remarqué du 17 février 2004, dans lequel elle énonce que : « *Attendu que le prononcé du divorce n'a pas pour objet la réparation d'un préjudice, que les dommages-intérêts prévus par l'article 266 du Code civil réparent le préjudice indépendant de la disparité des conditions de vie des époux et ceux prévus par l'article 1382 du même Code, réparent le préjudice résultant de toute autre circonstance* »²³⁹⁸.

C'est cette dernière partie de l'attendu qui est la plus importante, notons la *généralité de la formule*, elle laisse le champ ouvert à la réparation des préjudices de *toute nature* et dont les sources *sont des plus diverses*.

1331. – La jurisprudence a créé la règle du « préjudice distinct » pour que puisse être appliqué le droit commun de la responsabilité civile, pour assurer la réparation du préjudice qui ne résulterait pas de la seule dissolution du mariage²³⁹⁹, parce que précisément *les articles 266 et 1382 C.C. ne réparent pas le même préjudice*²⁴⁰⁰. Autrement dit, ces deux textes ont des *domaines d'application*

²³⁹⁷ Sur cet arrêt, v. *supra* n° 1304 et note 2363.

²³⁹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 17 fév. 2004 : JurisData n° 2004-022490 ; Dr. famille n° 11, nov. 2004, comm. 201, p. 23, note V. Larribau-Terneyre.

²³⁹⁹ Constituent par exemple des actes répréhensibles entraînant un *préjudice distinct* de celui né de la seule dissolution du lien conjugal, l'abandon de l'épouse dans des conditions particulièrement pénibles, entraînant chez elle un syndrome dépressif réactionnel et le fait pour l'époux d'avoir conservé le produit du rachat d'un contrat d'assurance-vie, v. : Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 2004 : JurisData n° 2004-023825 ; Dr. famille n° 11, nov. 2004, comm. 201, p. 23, note V. Larribau-Terneyre.

Ou les relations adultères du mari entreprises avant l'introduction de la procédure de divorce, v. : CA Nouméa, 12 fév. 2004 : JurisData n° 2004-247617 ; Dr. famille n° 11, nov. 2004, comm. 201, p. 23, note V. Larribau-Terneyre.

Ou alors le brusque départ du mari, après de nombreuses années de vie commune, qui a plongé l'épouse dans une profonde et réelle détresse morale et physique, à tel point qu'elle a dû être hospitalisée à deux reprises, v. : CA Orléans, 17 fév. 2004 : JurisData n° 2004-239207 ; Dr. famille n° 11, nov. 2004, comm. 201, p. 23, note V. Larribau-Terneyre.

Dans toutes les décisions précitées, les juges du fond ont pu caractériser à l'encontre de l'époux des fautes ayant généré un *préjudice distinct* que celui résultant de la seule dissolution du lien conjugal et ont alloué à l'épouse des dommages-intérêts *sur le fondement de l'article 1382 C.C.*

Dans l'arrêt précité du 25 mai 2004, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond pour avoir caractérisé les fautes ayant causé un préjudice distinct de celui résultant de la seule dissolution du lien conjugal.

Inversement, l'épouse ne pourra pas prétendre à des dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 C.C., si elle ne parvient pas à prouver qu'elle a éprouvé un préjudice distinct que celui résultant de la seule dissolution du lien conjugal : Cass. 1^{ère} civ., 9 déc. 2003, n° de pourvoi : 01-16.796.

²⁴⁰⁰ Cette solution qui semblerait aller de soi, étant donné qu'il s'agit respectivement d'un *texte spécial* et d'un *texte de droit commun*, a été quand même affirmée plus d'une fois par la jurisprudence. L'occasion a

différents, et les juges *doivent préciser le fondement juridique* de la condamnation aux dommages-intérêts qu'ils prononcent sous peine d'encourir la censure pour *manque de base légale*²⁴⁰¹.

1332. – Plus récemment encore, la Cour de cassation a réaffirmé, parfois de *manière implicite*, la règle du « préjudice distinct », permettant à l'un des époux dans une instance en divorce d'obtenir des dommages-intérêts, sur le fondement de l'article 1382 C.C., en réparation d'un préjudice qui serait *distinct de celui résultant de la seule dissolution du lien conjugal*.

1333. – Les arrêts qui ont donné à la Cour de cassation l'occasion de réaffirmer ladite règle du « préjudice distinct », sont tous des arrêts de cassation, *cassation pour violation dudit article 1382*.

C'est ainsi qu'a été censuré un arrêt qui a rejeté la demande en dommages-intérêts formée par une épouse contre son époux sur le fondement de cet article, *au seul motif qu'une telle demande devait être déclarée mal fondée en application de l'article 266 C.C.*, sans énoncer *aucun motif propre* à justifier sa décision au regard dudit article²⁴⁰², *texte de droit commun et de portée générale*.

C'est également qu'a été censuré, l'arrêt qui a énoncé que l'épouse ne démontre aucune faute de la part de son époux autre que celle ayant justifié le divorce, *sans rechercher si cette faute avait causé un préjudice distinct de celui résultant de la dissolution du mariage*²⁴⁰³.

1334. – Cette réaffirmation s'est également faite de manière *explicite* et par l'énoncé d'un attendu de *portée générale*. Il en est ainsi lorsque la Cour de cassation affirme pour censurer la cour d'appel qui, pour débouter l'épouse de sa demande de dommages-intérêts, avait énoncé que *seul l'article 266 C.C. est applicable en cas de divorce à l'exclusion de l'article 1382 du même Code*, que : « *l'époux qui invoque un*

été donnée à la Cour de cassation de le faire, car elle devrait censurer les arrêts qui prononcent des condamnations à des dommages-intérêts *sans déterminer les causes précises* de ces condamnations, v. : Cass. 1^{ère} civ., 17 oct. 2007, n° de pourvoi : 06-21.962. – Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 2008 : Gaz. Pal. 9 juin 2009, n° 160, p. 28, note A. Cléret ; LPA 5 fév. 2009, n° 26, p. 16, note M. Burgard. Pour censurer l'arrêt sous le visa des articles 266 et 1382 C.C., la Cour de cassation énonce que : « *Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si le préjudice allégué était étranger à la dissolution du mariage ou s'il en résultait et sans préciser le fondement de la condamnation, alors que les articles 266 et 1382 du code civil ne réparent pas le même préjudice, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

²⁴⁰¹ Cass. 2^{ème} civ., 27 fév. 2003, n° de pourvoi : 01-14.083.

²⁴⁰² Cass. 1^{ère} civ., 7 déc. 2011 : RTD civ. 2012. 105, obs. J. Hauser ; Lexbase heb. éd. privée n° 469, 19 janv. 2012, n° Lexbase N9755BS4, obs. M. Brusorio-Aillaud.

²⁴⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 5 janv. 2012 : RTD civ. 2012. 105, note J. Hauser.

préjudice distinct de celui résultant de la rupture du lien conjugal peut en demander la réparation à son conjoint dans les conditions du droit commun »²⁴⁰⁴.

En plus de sa réaffirmation de la règle du « préjudice distinct », cette solution est également importante à un autre titre, c'est celui d'avoir réaffirmé *l'applicabilité de principe du droit de commun de la responsabilité civile*, mettant ainsi en valeur sa *vocation subsidiaire à l'égard des droits spéciaux*. Il s'agit en l'occurrence, simplement d'une réaffirmation, car l'arrêt n'innove *point sur cette question*. Il réitère, en effet, une solution consacrée sous l'empire de la loi du 12 juillet 1975, par un arrêt très remarqué de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 22 juin 1978²⁴⁰⁵.

Cette série d'arrêts permet d'affirmer que la règle du « préjudice distinct » est devenue, de *jurisprudence constante*.

1335. – L'examen du droit positif enseigne que l'admission de l'application concurrente du droit commun de la responsabilité civile en matière de divorce s'est faite à travers la création prétorienne de la règle du « préjudice distinct ». C'est autour de cette règle que la Cour de cassation a construit sa jurisprudence. Celle-ci a pris le temps de mûrir avec le temps, puisque la création de ladite règle date de l'époque de l'ancienne loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps.

Ceci constitue une illustration, très intéressante, du *rôle créateur* de la jurisprudence.

1336. – Il s'avère également que l'application du droit commun de la responsabilité civile est *plus adaptée* à la matière du divorce qu'elle ne l'est à d'autres matières où on y a recours souvent, il s'agit particulièrement du droit du travail où, cette application se fait cependant *au prix d'un aménagement*²⁴⁰⁶.

1337. – Une remarque finale s'impose, elle se rapporte aux *difficultés* que rencontrent les juges du fond à pouvoir déterminer si les dommages-intérêts alloués vont l'être sur le fondement de l'article 1382 C.C. relatif au droit commun de la

²⁴⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 11 janv. 2005 : Bull. civ. 1, n° 13, p. 9 ; RTD civ. 2005. 375, obs. J. Hauser. Bien qu'il soit de cassation, cet arrêt se présente comme une *décision de principe*. Les juges d'appel avaient en l'espèce motivé leur refus d'appliquer ledit article 1382, par la règle « *specialia generalibus derogant* ». S'il est vrai que l'application de cette règle régit valablement les rapports entre droit spécial et droit général, elle ne pouvait trouver à s'appliquer au cas soumis à la cour d'appel car précisément, c'est pour réparer un préjudice *distinct que celui sanctionne l'article 266 C.C.*, texte spécial au droit du divorce, que l'article 1382 sera appliqué. Il n'y aurait donc pas violation du fameux adage, comme l'ont à tort pensé les juges d'appel.

V. aussi dans le même sens mais de manière moins claire : Cass. 1^{ère} civ., 19 nov. 2008 : LPA 5 fév. 2009, n° 26, p. 16, note M. Burgard.

²⁴⁰⁵ Sur cet arrêt, v. *supra* n° 1310.

²⁴⁰⁶ Sur cette question, v. *supra* n° 1249.

responsabilité civile, ou sur celui de l'article 266 du même Code relatif au droit spécial du divorce. C'est la raison pour laquelle l'on voit qu'il y a un nombre important d'arrêts qui sont censurés pour n'avoir pas recherché si le préjudice dont l'un des conjoints demandait réparation, avait sa source dans *un fait dissocié de celui découlant de la seule rupture du lien conjugal*.

Conclusion du titre deuxième

1338. – On peut légitimement se demander à l'issue de ce titre deuxième, sur la *manière* avec laquelle le droit commun remplit le rôle de *droit subsidiaire* par rapport aux droits spéciaux. Remplit-il ce rôle dans le sens qu'il *comble* les lacunes de ceux-ci ? Assure-t-il la suppléance du principal de la même manière que *le font les voies subsidiaires du Droit* ? Ou, alors se démarque-t-il quelque peu du rôle de ceux-ci, en assumant une fonction *autre* que celle de combler les lacunes des droits spéciaux ? S'appliquerait-il pour venir en *renfort* des règles de droits spéciaux ?

Aux deux premières questions, on ne peut répondre que par la *négative*, car le droit commun joue à l'égard des droits spéciaux un rôle de *complémentarité*, plus qu'il ne remplit simplement un rôle analogue à celui que remplissent les voies subsidiaires du Droit. Et c'est la raison pour laquelle, il a fait l'objet d'un titre à part. En revanche, la réponse aux autres questions devait être, *plus nuancée*.

La subsidiarité du droit commun vis-à-vis des droits spéciaux s'apparente à un rôle de *complémentarité*. Il remplit une *fonction complémentaire* à l'égard de ceux-ci.

1339. – Si l'on partait de l'idée simple que le droit commun – droit subsidiaire – n'est appelé à s'appliquer que lorsqu'une règle de droit du droit spécial venait à *faire défaut*, dans ce cas de figure, le rôle du droit commun ne se distinguerait aucunement par rapport à celui des voies subsidiaires du droit, il ne se caractérisait *par aucune originalité*.

Or, il n'en est rien, et le rôle du droit commun par rapport aux droits spéciaux se distingue *assez* de celui que remplissent les voies subsidiaires du Droit.

Précisons que dans les droits spéciaux, le schéma se présente différemment. Ce n'est pas un texte de loi qui fait défaut ou une action dont l'usage devient interdit ou inefficace pour une raison ou une autre, qui justifieraient que le droit commun puisse être appliqué. Mais c'est plus simplement le fait, qu'il existe des lacunes *originelles* – si l'on peut dire – dans ces droits, et qui font qu'ils ont besoin de *l'appui* du droit commun pour, dans certains cas, fonctionner correctement.

Ces droits spéciaux sont en dépendance vis-à-vis du droit commun qui, grâce à sa *généralité*, et par là-même à *sa subsidiarité*, pourrait valablement venir *les compléter*.

Conclusion de la deuxième partie

1340. – Nous pouvons constater au terme de cette analyse de la fonction de suppléance de la subsidiarité, que lorsque celle-ci *remplit* cette fonction, c'est principalement dans le but de *secourir* le justiciable, de ne pas le laisser démunir de toute voie de droit ou de toute voie de recours dans son dessein de faire valoir son droit.

Dans cette fonction, la subsidiarité est *au service du plaideur*, s'il l'on peut dire. Elle le supporte afin qu'il puisse aboutir dans sa *volonté d'obtenir gain de cause*.

Ceci se vérifie sans nul doute à travers la reconnaissance en droit positif des voies subsidiaires du Droit.

Mais ceci se vérifie également, même si ce n'est pas de manière *aussi évidente*, mais du moins certaine, à travers la vocation subsidiaire du *droit commun*. Celui-ci est toujours là quand le justiciable a besoin d'y recourir. Autrement dit, le droit commun pourrait être appliqué par les justiciables quand le droit spécial se révèle *inadapté* ou *lacunaire*. Sous cet angle, le droit commun s'extériorise comme étant un *secours particulièrement commode au justiciable*. Mais s'il l'est ainsi, il ne peut cependant pas concurrencer le droit spécial, et la règle *Specialia generalibus derogant* empêchera que tout concours possible se produise.

1341. – La fonction de suppléance de la subsidiarité pourrait être encore mieux comprise si on la comparait à la fonction de cette notion de préserver la primauté du principal.

A la différence de celle-ci, qui, quand elle se rapporte au droit substantiel, vise de manière essentielle à établir une hiérarchie entre *les différents obligés à une dette*, et quand elle se rapporte au droit procédural, vise à établir une hiérarchie entre *les demandes en justice*, celle-là, remplissant la fonction de suppléance se trouve *particulièrement orientée vers le justiciable*. Elle possède une coloration *contentieuse accentuée*, en ce sens qu'elle permet d'assurer l'appui nécessaire au justiciable dans sa démarche auprès des tribunaux, démarche entreprise dans le but de faire valoir son droit.

1342. – Que ce soit sur le fondement de l'équité, comme l'illustre si bien l'action en enrichissement sans cause, ou pour ne pas laisser à l'abri de la sanction une illégalité particulièrement grave et flagrante, comme l'illustre très clairement l'admission en droit positif des recours-nullité, la subsidiarité dans sa fonction de suppléance entretient des *liens étroits* avec les grands principes du droit privé. Et c'est ce qui constitue sa *grande richesse* et justifie les développements – parfois longs – qui lui ont été consacrés.

Conclusion générale

1343. – Il est difficile au terme de cette étude de pouvoir décider, parmi les différents thèmes étudiés, lequel constituerait la meilleure illustration de la subsidiarité. Mais tel n'est pas l'objet de notre étude. Son objet est, plus exactement, de pouvoir explorer et mettre en relief la manière avec laquelle la subsidiarité fonctionne en droit privé, dans chacun des thèmes envisagés et choisis comme illustratifs de la notion, et pouvoir déterminer, si celle-ci contribue ou pas, et si oui, de quelle manière, à la bonne marche des institutions que ces thèmes représentent.

1344. – L'étude de l'évolution de certaines matières, telles que le droit des sociétés, démontre qu'avec le temps la subsidiarité a progressé, gagné en ampleur et vu son domaine s'élargir. Ceci est surtout vrai en ce qui concerne les sociétés civiles et les sociétés en nom collectif. Avec la reconnaissance de la personnalité morale pour celle-là, et le renforcement de la personnalité morale pour celles-ci, la subsidiarité s'est vue reconnaître un important et vaste champ d'application. Elle se trouve par ailleurs, en parfaite *harmonie* avec les conceptions qui régissent les sociétés de personnes et les groupements qui y sont assimilés, savoir la *prédominance de l'élément personnel* et la *protection des associés au détriment de l'élément matériel et financier*.

Mise à part l'influence de la réforme du droit des entreprises en difficulté, qui a eu pour effet de *sensiblement restreindre le domaine d'application des recours-nullité*, l'une des principales illustrations de la subsidiarité, il peut être affirmé qu'en comparant l'ancien droit des sociétés et l'actuel droit des affaires, la subsidiarité s'est vue reconnaître, et conserve toujours, un domaine d'application *assez important*.

1345. – Avec la nouvelle jurisprudence sur le salaire différé et les relations des ex-concubins où l'action en enrichissement sans cause est admise avec assez de *tolérance*, il est possible d'avancer que la subsidiarité est en *pleine évolution*. Elle se manifeste dans cette optique, comme étant promise à un avenir prospère.

Même si elle est *relativement* récente et n'a pas la consistance *d'autres notions séculaires* telles que l'équité, sa richesse et sa malléabilité sont telles qu'elle pourra valablement acquérir de la profondeur et être, à l'instar de l'équité, endossée et adoptée de manière plus ample – car elle l'est déjà, mais assez timidement – par le

législateur et ceci dans des objectifs variés, tels, notamment, la marche du procès, la hiérarchisation des matières et actions susceptibles de se concurrencer.

1346. – Le législateur libanais quant à lui, a, et dans plus d'une disposition légale, endossé le principe de subsidiarité. Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne le droit de la *procédure civile*. Mais il est quelque peu regrettable de voir que le législateur français n'a pas suivi la même voie ; il n'a adopté la subsidiarité que dans des dispositions *ponctuelles* et dans d'autres qui sont d'interprétation *stricte*, *n'étant guère susceptibles de généralisation*. La généralisation devant être entendue dans la présente optique, non pas comme la possibilité de pouvoir étendre les dispositions en cause à des hypothèses qu'elles ne prévoient pas, mais, plus exactement, de pouvoir, *à partir de l'interprétation d'un texte particulier*, découvrir quels sont *les concepts suivis par le législateur et l'esprit* qui anime un Code ou une législation.

1347. – Il demeure vrai que la subsidiarité se concrétise de la manière la plus éclatante à travers *l'application du droit commun aux matières spéciales*, c'est ainsi que se manifeste la *vocation subsidiaire du droit commun*, illustrée de manière exemplaire par le *droit commun de la responsabilité civile*. Ces matières – spéciales – sont régies par des principes, règles et lois qui leur sont propres, mais pour lesquelles il s'avère très souvent que le droit commun *trouve une place à s'appliquer* et ceci pour *combler* les éventuelles lacunes se révélant dans lesdits systèmes de droit. A travers sa subsidiarité, le droit commun *étend son emprise à toutes les matières du droit*. Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne le *droit privé*. Cette illustration de la subsidiarité est l'une des plus importantes et l'une de celles qui trouve *le plus fréquemment à s'appliquer*. Cependant, elle est souvent mal perçue et peu reconnue car, dans l'esprit de beaucoup, elle apparaît *tellement évidente*, qu'elle s'est purement et simplement *banalisée* et que l'on *manque d'apprécier son utilité et de lui attacher l'importance qu'elle mérite*.

1348. – Loin de constituer une notion encombrante et dévastatrice, la subsidiarité contribue, *au contraire*, à *contrôler et organiser l'application de notions jugées comme dévastatrices*, tel qu'il en est, par exemple, de l'équité. Ce rôle de la subsidiarité se révèle avec grande netteté, lorsqu'elle gouverne l'action en enrichissement sans cause, action d'équité.

1349. – Se fondant sur l'idée de hiérarchie, la subsidiarité vise à instaurer un *ordre* dans un système de droit, d'une part, en empêchant le concours entre des

normes incompatibles ou contradictoires, et d'autre part, en instaurant un rang entre diverses entités jugées d'*importances inégales*.

Se fondant également sur la notion d'*aide*, d'*appui* et d'*assistance*, tel que l'étymologie du mot l'indique, c'est à partir de ceci, que la subsidiarité puise sa fonction de *suppléance*, fonction d'ailleurs si importante en droit positif, qu'elle lui permet de remplir celle de *combler les lacunes du droit*.

Ainsi et à travers de ses deux fonctions décrites plus haut, la subsidiarité se révèle comme une notion indispensable au *bon fonctionnement d'un système de droit*.

1350. – Il est aussi possible d'avancer que cette notion *n'est pas univoque*. Elle se présente sous *divers aspects*. Dans son acception la plus générale, la subsidiarité contribue à garantir un fonctionnement efficace des institutions du Droit.

La subsidiarité trouve ainsi et de manière *incontournable*, sa place *comme notion fonctionnelle centrale dans le droit privé*.

Bibliographie

1 – Droit libanais:

A. – Ouvrages généraux et codes annotés :

– Ch. FABIA et P. SAFA, *Précis de Code de commerce annoté*, T. 2, 2^{ème} éd., 2004, Ed. du Béryl.

B. – Thèses et monographies :

– R. CHENDEB, *Le régime juridique du contrat de consommation : étude comparative (droit français, libanais et égyptien)*, Préf. H. Lécuyer, Lextenso éd. 2010.

C. – La jurisprudence* :

- Trib. civ. Beyrouth, 31 oct. 1946 : RJL 1948. 345.
- Cass. civ. lib., 16 oct. 1956 : Rec. Baz 1956. 203.
- CA Beyrouth, 20 juin 1958 : RJL 1958. 666.
- Cass. civ. lib., 30 mai 1962 : RJL 1962. 173.
- Trib. civ. Mont-Liban, 15 janv. 1965 : RJL 1965. 441.
- CA Beyrouth, 23 juin 1965 : RJL 1965. 223.
- Cass. civ. lib., 4 juin 1968 : Rec. Baz 1968, p. 371.
- Cass. civ. lib., 26 mai 1970 : Al-Adl 1970, p. 683, n° 383.
- Trib. com. Beyrouth, 20 oct. 1982 : Al-Adl 1985, p. 236.
- CA Mont-Liban, 20 janv. 1986 : Al-Adl 1986, p. 455.
- CA Beyrouth, 17 juin 1991 : RJL 1990-1991. 1107.
- Cass. civ. lib., 26 fév. 1992 : Rec. Baz 1992, p. 428.
- Cass. civ. lib., 21 mai 1998 : Cassandre 1998, n° 5, K. 501.
- Cass. civ. lib., 31 janv. 2001 : Rec. Baz 2001, p. 301.
- Cass. civ. lib., 28 avr. 2005 : Cassandre, avr. 2005, p. 691.
- Cass. civ. lib., 24 fév. 2009 : Cassandre, fév. 2009, p. 219.
- Cass. civ. lib., 10 mars 2009 : Cassandre, mars 2009, p. 403.
- Cass. civ. lib., 26 avr. 2011 : Cassandre, avr. 2011, p. 748.

2 – Droit français:**A. – Ouvrages généraux, traités, manuels :**

- C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, T. 2, 4^{ème} éd., 1891, Paris, Cotillon.
- D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF 2003.
- Ph. ARDANT et B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, L.G.D.J. 2013.
- AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, T. 6, Marchal et Billard, 4^{ème} éd., 1873.
- AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zacharie*, T. 9. Marchal et Billard, 5^{ème} éd. 1917.
- AUBRY et RAU par P. Esmein, *Droit civil français*, T. 9. Litec, 6^{ème} éd., 1953.
- R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et R. RODIÈRE, *Cours de droit civil français. Tome 10 bis, les contrats et les obligations. Vol. 3*, Rousseau 1952.
- A. BOISTEL, *Cours de droit commercial*, E. Thorin, 1890.
- J. BONNARD, *Le droit des entreprises en difficulté*, Hachette, 4^{ème} éd. 2009.
- Ph. BONNECARRERE et M. LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de droit commercial*, Sirey 1932.
- Ph. BONNECARRERE et M. LABORDE-LACOSTE, *Exposé méthodique de droit commercial*, Sirey 1946.
- J. BONNECASE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Supplément au traité de Baudry-Lacantinerie*, T. 3, Paris, 1926.
- J. BONNECASE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Supplément au traité de Baudry-Lacantinerie*, T. 6, Sirey, 1935.
- R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Litec 2004.
- M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 7^{ème} éd., Litec, 2004.
- L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis Litec, 5^{ème} éd., 2006.
- A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 7^{ème} éd., T. 2, 1935.
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., PUF, 2011.
- P. CROCQ (dir.), *Les vingt ans de la réforme des procédures civiles d'exécution : ses acquis et ses défis : actes du IXe colloque de droit et procédures, Paris, 25 mars 2011*, Editions juridiques et techniques 2012.

* Cette liste ne comprend pas toutes les décisions citées dans la thèse, seules les plus significatives y figurent.

- P. DAILLIER, NGUYEN QUOC DINH et M. FORTEAU, *Droit international public*, L.G.D.J. Lextenso 2008.
- R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, T. 5, éd. Rousseau, 1925.
- R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, T. 6, éd. Rousseau, 1932.
- F. DERRIDA, P. GODÉ et J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, CRAJEFFE, Nice, 2^{ème} éd., Dalloz, 1986.
- M. DESPAX et G.-H. CAMERLYNCK, *Traité de droit du travail. T. 7, Conventions collectives*, Dalloz 1966.
- F. DUQUESNE, *Droit du travail*, Gualino, Lextenso éd. 2010.
- P. DURAND, *Traité de droit du travail*, T. 1, Dalloz, 1947.
- J. ESCARRA, *Manuel de droit commercial*, T. 1, Sirey 1947.
- J. ESCARRA, *Cours de droit commercial*, Sirey 1952.
- E. FAYE, *La Cour de cassation (1903)*, rééd. La mémoire du droit, 1999.
- P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 15, Zeller (Otto) 1968.
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique*, vol. 2, 11^{ème} éd., 2005, Armand Colin.
- F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français*, Hachette 1934.
- Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, L.G.D.J. Lextenso 2012.
- F. GAUDU, *Droit du travail*, Dalloz 2013.
- J. GHESTIN et G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, L.G.D.J.-Delta, 2^{ème} éd., 1995.
- D. GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, Defrénois, Lextenso éditions, 2009.
- E. GLASSON et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique de procédure*, Sirey, 3^{ème} éd., T. 1, 1925.
- L. GUILLOUARD, *Traités du cautionnement et des transactions*, Pedone, 1895.
- S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile*, Dalloz, 31^{ème} éd., 2012.
- S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 2007.
- S. GUINCHARD et T. MOUSSA (Dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz 2007.
- Y. GUYON, *Droit des affaires*, T. 1, Economica, 12^{ème} éd., 2003.
- Y. GUYON, *Droit des affaires*, T. 2, Economica, 9^{ème} éd., 2003.

- M. JEANTIN et P. Le CANNU, *Droit commercial, entreprises en difficulté*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2007.
- M.-N. JOBARD-BACHELLIER et X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Dalloz, 2006.
- P. P. N. HENRION DE PANSEY, *Œuvres judiciaires du président Henrion de Pansey*, Paris, Ainé, 1844.
- L. JOSSERAND, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^{ème} éd., T. 2, 1933.
- L. JULLIOT de La MORANDIÈRE, R. RODIÈRE et R. HOUIN, *Droit commercial*, T. 1, 2^{ème} éd., Dalloz, 1960.
- L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis de droit commercial*, T. 1, Dalloz 1925.
- A. LIENHARD, *Sauvegarde des entreprises en difficulté : le nouveau droit des procédures collectives*. Dalloz 2006.
- A. LIENHARD, *Procédures collectives*, Delmas, 2009.
- F.-X. LUCAS et H. LÉCUYER (dir.), *La réforme des procédures collectives. La loi de sauvegarde article par article*, L.G.D.J. 2006.
- G. LYON-CAEN, J. PÉLISSIER et A. SUPIOT, *Droit du travail*, Dalloz, 19^{ème} éd., 1998.
- H. et L. MAZEAUD, H. CAPITANT (Préf.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. 1. Montchrestien 1965.
- H., L. et J. MAZEAUD, et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. T. 2, Vol. 1, obligations : théorie générale*, Montchrestien 1998.
- J. M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, T. 4, Librairie de la Cour de cassation, 1841.
- F. PÉROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, L.G.D.J., 8^{ème} éd. 2009.
- P. PIC, *Traité général théorique et pratique de droit commercial, Des sociétés commerciales*, T. 1, Rousseau, 1925.
- P. PIC, *Traité général théorique et pratique de droit commercial, Des sociétés commerciales*, T. 3, Rousseau, 1926.
- P. PIC, *Traité général théorique et pratique de droit commercial, Des sociétés commerciales, Supplément à la 2ème édition*, Rousseau, 1930.
- PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français, Les obligations*, T. 7, par Esmein, 2^{ème} partie. LGDJ-Pichon 1954.

- PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. 11, *Contrats civils*, 2^{ème} partie, par A. ROUAST et R. SAVATIER, LGDJ-Pichon, 1954.
- G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, L.G.D.J. 1963.
- G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, L.G.D.J., 16^{ème} éd., 2003.
- J. RIVERO et J. SAVATIER, *Droit du travail*, PUF-Thémis, 13^{ème} éd., 1993.
- J. ROBERT et B. MOREAU, *L'arbitrage*, Dalloz, 13^{ème} éd., 1983.
- H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 3^{ème} éd., 1999, Litec.
- A. ROUAST et P. DURAND, *Précis de législation industrielle du droit du travail*, Dalloz, 4^{ème} éd. 1953.
- A. ROUAST et P. DURAND, *Précis de droit du travail*, Dalloz 1961.
- D. RUZIÉ et G. TEBOUL, *Droit international public*, Dalloz 2013.
- C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 6^{ème} éd. 2009.
- R. SAVATIER, *Cours de droit civil*, T. 2, L.G.D.J., 1944.
- R. TENDLER, *Les voies d'exécution*, Ellipses 1998.
- F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 2013.
- B. TEYSSIÉ, *Droit du travail, relations collectives*, LexisNexis, 8^{ème} éd., 2012.
- D. VIDAL, *Droit des sociétés*, L.G.D.J., 5^e éd., 2006.
- J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz 2010.

B. – Ouvrages spéciaux, thèses, monographies et cours :

- Ch. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, L.G.D.J., bibl. dr. priv. tome 329, 2000, préf. R. Cabrillac.
- N. ALMOSNINO, *Le caractère subsidiaire de l'action "de in rem verso"*, thèse Paris, 1931.
- G. AMEILHAUD, *L'effet dévolutif de l'appel en matière civile*, thèse Toulouse, 1942.
- J. ANCEL, *La société civile immobilière*, Ed. du puits fleuri, 2004.
- G. BARANGER, *La société civile*, GLN Joly, 1995.
- N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé : éléments d'une théorie*, L.G.D.J., bibl. dr. priv. tome 410, 2004, préf. B. Petit.
- L. BARROLIER, *Les sociétés civiles immobilières*, Performa, 1988.
- J.-P. BÉGUET, *L'enrichissement sans cause*, thèse Alger, Tepac, Paris, 1945.

- F. BÉRENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, PUAM, 2007.
- J. BEUCHER, *La notion actuelle du concubinage. Ses effets à l'égard des tiers*, thèse Paris, Sirey, 1932.
- P. BÉZARD, *Sociétés civiles*, Litec, 1978.
- G. BONET, *L'enrichissement sans cause en droit français et en droit libanais*, Litec, 1989.
- J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Dalloz 2009-2010.
- Ph. BRIAND, *Eléments d'une théorie de la cotitularité des obligations*, thèse Nantes, 1999 (thèse microfiche).
- M. BRILLAT, *La société civile. Instrument de la gestion du patrimoine*, Gualino, 2006.
- R.-F. Le BRIS, *La relation de travail entre époux*, L.G.D.J., bibl. dr. priv. tome 118, 1965, préf. Y. Loussouarn.
- D. BUDISHTÉANO, *De l'enrichissement sans cause*, thèse Paris, Sagot, Paris, 1920.
- Fl. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties, L'étendue de la faculté du choix du plaideur*, L.G.D.J., bibl. dr. priv. tome 201, 1988.
- P. CHAINE, *L'enrichissement sans cause (dans le droit civil français)*, thèse Lyon, Waltener, Lyon, 1909.
- A. CHANDRASEN, *L'enrichissement sans cause devant la Cour de cassation : quinze ans de jurisprudence (1958-1974)*, thèse Paris II, (dactyl.), 1978.
- Y. CHARTIER, *Les groupements civils*, Dalloz, 1997.
- P. COËFFARD, *Garantie des vices cachés et responsabilité contractuelle de droit commun*, thèse Poitiers, 2005, (thèse microfiche).
- N. DELEGOVE, *Le droit commun et le droit spécial*, thèse Paris II, 2011.
- B. DEMAIN, *La liquidation des biens des concubins*, L.G.D.J., 1968.
- Y. DEREU, *La responsabilité des associés dans les sociétés civiles*, thèse Nancy II, 1977, (thèse microfiche).
- A. DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, thèse Toulouse, Boisseau Toulouse, 1934.
- Ch. DEVÈZE, *De la règle : voies de nullité n'ont lieu contre les jugements*, thèse Toulouse, 1938.
- N. DONIO-JOURNO, *Le redressement et la liquidation judiciaire des personnes morales civiles*, thèse Paris II, 2002.

- M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, 1997, préf. A. Sériaux.
- Ch. FILIOS, *L'enrichissement sans cause en droit privé français : analyse interne et vues comparatives*, thèse Lille II, 1999 (thèse microfiche). (L.G.D.J., bibl. dr. priv. tome 336, 2002, préf. C. Thibierge).
- D. FIORINA, *Obligations aux dettes et droit commun des obligations dans les sociétés commerciales*, thèse, Toulouse, 1984.
- A. FISSELIER, *La défense en justice dans le procès civil*, thèse Rennes, 1979, SRT Grenoble.
- D. GEROTA, *La théorie de l'enrichissement sans cause dans le Code civil allemand : étude de droit comparé*, thèse Paris, L.J.A.M., Paris, 1925.
- L. GODON, *Les obligations des associés*, Economica, 1999.
- Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse Paris II, 2006.
- F. GORÉ, *L'enrichissement aux dépens d'autrui : source autonome et générale d'obligations en droit privé français*, thèse Paris, Dalloz, 1949.
- G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, L.G.D.J., 1969, préf. D. Tallon.
- C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilités*, L.G.D.J., bibl. dr. priv. tome 218, 1992, préf. J. Ghestin.
- Y. GUYON et G. COQUEREAU, *Le groupement d'intérêt économique : ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 : régime juridique et fiscal*, Dalloz, 1973.
- B. HAUTEVILLE (d'), *L'action à fins de subsides*, thèse Paris II, 1976.
- A. JEAMMAUD, *Les oppositions de normes en droit privé*, thèse Lyon, 1975.
- N. JEANMART, *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, 1986, Larcier, (2^{ème} éd.).
- Ch. LEFORT, *Théorie générale de la voie d'appel*, thèse Angers, 2000, (thèse microfiche).
- L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, L.G.D.J., bibl. dr. priv. tome 212, 1990, préf. M. Gobert.
- P. LIPINSKI, *La liquidation de biens dans le régime de séparation de biens*, L.G.D.J., bibl. dr. priv. tome 367, 2002, préf. G. Champenois.
- M. MARTEAU-PETIT, *La notion d'acte de gestion et le droit des sociétés*, thèse Paris II, 1992.

- E. N. MARTINE, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, L.G.D.J., bibl. dr. priv. tome 6, 1957.
- D. MAS, *La portée de l'effet dévolutif de l'appel aux fins d'annulation d'un jugement sur le fond (contribution à l'étude de l'appel-nullité)*, thèse Nice, 1987 (thèse microfiche).
- S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse Orléans 2011.
- J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse 1919, Paris, Jouve.
- E. MICHELET, *La règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire*, L.G.D.J., 1973.
- N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, L.G.D.J., bibl. dr. priv. tome 287, 1997, préf. M. Gobert.
- G. MONNERVILLE, *Labbé et la théorie enrichissement sans cause*, thèse Toulouse, Falandry, 1921.
- M. MONTEILLET-GEFFROY, *Les conditions de l'enrichissement sans cause dans les relations de famille*, La Mouette, 2001.
- P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999, préf. J.-L. Souriaux.
- N. NACHEF (El), *L'enrichissement sans cause en droit français et en droit libanais*, thèse Rennes I, 2001.
- D. J. PAREDES LEITE de CAMPOS, *Les présupposés externes de l'action « de in rem verso »*, thèse Paris II, 1978.
- C. PERÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, L.G.D.J. 2004, tome 421, préf. G. Viney.
- V. POLTZER, *L'enrichissement sans cause*, thèse Paris, Dalloz, 1912.
- M. POSSA, *Etude de la jurisprudence et développement de la théorie de l'enrichissement sans cause*, thèse Paris, Giard et Brière, Paris, 1916.
- Ch. RADÉ, *Droit du travail et responsabilité civile*, Préf. J. Hauser, L.G.D.J., 1997, t. 282.
- G. RAYNAUD, *De l'action "de in rem verso" en droit civil français*, thèse Paris, LNDJ, Paris, 1899.
- P. RAYNAUD, *L'obligation in solidum*, Cours de DEA, Paris II, 1970-1971.
- P. RAYNAUD, *La réforme du droit de la filiation*, Cours de DEA, Paris II, 1971-1972.
- G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 1949.

- J. SAIGET, *Le contrat immoral*, Dalloz, 1939.
- P. SANZ de ALBA, *Sur quelques aspects de l'équité*, thèse Aix-Marseille, 1980.
- S. SÉROT, *Vers un principe de subsidiarité sociale en droit européen et en droit interne*, mémoire de DEA de droit social, Université Panthéon-Assas - Paris II, 2002.
- Ph. SIMLER, *Le cautionnement et les garanties autonomes*, Litec, 2000.
- Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} éd. 2012.
- C. STOÏCESCO, *De l'enrichissement sans cause*, thèse Paris, Marescq, Paris, 1904.
- B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, préf. M. Picard, Paris Rostein, 1947.
- J. TARTANSON, *L'action "de in rem verso" en droit civil français*, thèse Grenoble, Chaspoul, Digne, 1909.
- Th. THÉODOROFF, *De l'enrichissement sans cause*, thèse Toulouse, « Rapide », Toulouse, 1907.
- E. VERGNIAUD, *L'enrichissement sans cause (étude de jurisprudence)*, thèse Paris, Rousseau, 1916.
- P. WALET, *La société civile de construction-vente*, GLN Joly, 1995.
- M. WALINE, *La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs*, Paris, 1926, Jouve et Cie.

c – Articles de doctrine, chroniques et rapports :

- D. ALLIX, *Réflexions sur la mise en demeure*, JCP 1977. 1. 2844.
- W. BARANÈS, M.-A. FRISON-ROCHE et J.-H. ROBERT, *Pour le droit processuel*, D. 1993, chron. 9.
- O. BARRET, *L'appel-nullité (dans le droit commun de la procédure civile)*, RTD civ. 1990. 200.
- M. BEHAR-TOUCHAIS, *La fraude aux droits des créanciers dans les plans de cession*, D. aff. 1997. 365.
- J.M. BERMOND de VAULX (de), *Le contrat de travail à salaire différé*, JCP 1965. 1. 1893.
- A. BERNARD, *La grève, quelle responsabilité ?*, Dr. social 1986. 635.
- P. BÉZARD, *La réglementation des sociétés civiles autorisées à faire publiquement appel à l'épargne*, JCP 1971. 1. 2418.
- R. BLANC, *Le contrat de travail à salaire différé favorise-t-il le mariage ?*, Gaz. Pal. 1940. 1. 40.

- B. BOCCARA, *La procédure dans le désordre : I.- Le désert du contradictoire*, JCP 1981. I. 3004.
- F. BOCQUILLON, *Que reste-t-il du principe de faveur ?*, Dr. social 2001. 255.
- M. BOISSÉSON (de), *L'arbitrage et la fraude (à propos de l'arrêt Fougerolle rendu par la Cour de cassation le 25 mai 1992)*, Rev. arb. 1993. 3.
- G. BOLARD, *L'appel-nullité*, D. 1988, chron. 177.
- G. BOLARD, *Heurs et malheurs des voies de recours dans les faillites*, Rev. proc. coll. 1991. 1.
- G. BOLARD, *Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky*, JCP 1993. 1. 3693.
- G. BOLARD, *Les recours-nullité en procédure civile*, Justices, n° 4, juillet-déc. 1996, p. 119.
- G. BONET, *La condition d'absence d'intérêt personnel et de faute chez l'appauvri pour le succès de l'action "de in rem verso"*, in Mélanges Pierre Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 59.
- M. BORYSEWICZ, *Travail et enrichissement sans cause dans les relations de famille*, in Mélanges Jean-Pierre Béguet, Faculté de Droit, Université de Toulon et du Var, 1985, p. 39.
- A. BOUKRIS, *La réforme des procédures civiles d'exécution*, LPA n° 49, du 22 avr. 1992, p. 4.
- F. BOULANGER, *L'action alimentaire des enfants illégitimes après l'arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 1969*, JCP 1970. 1. 2301.
- J.-C. BOULAY, *Réflexion sur la notion d'exigibilité*, RTD com. 1990. 339.
- M. BUY, *L'enrichissement sans cause dans les relations de travail*, in Mélanges Jean-Pierre Béguet, Faculté de Droit, Université de Toulon et du Var, 1985, p. 69.
- L. CADIET, *Sur l'appel-nullité dans les procédures collectives*, Rev. proc. coll. 1988. 17.
- L. CADIET, *L'évolution de l'appel-nullité dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises*, Rev. proc. coll. 1989. 371.
- L. CADIET, *Le double degré de juridiction*, Justices, n° 4, juill.-déc. 1996, p. 1.
- E. CAEMMERER (Von), *Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause*, RIDC 1966. 573.
- J. CARBONNIER, *Le silence et la gloire*, D. 1951, chron. 119.

- P. CARCREFF, *La notion de pertes sociales et l'obligation pour les associés d'y contribuer*, Gaz. Pal. 1973, 2, doct. 569.
- F. CHABAS, *L'article 1382 du Code civil. Peau de vair ou peau de chagrin*, in Etudes offertes à Jacques Dupichot, « Liber amicorum », Bruylant, 2004, p. 79.
- Y. CHALARON, *L'application de la disposition la plus favorable*, in Etudes Gérard Lyon-Caen, Dalloz 1989, p. 243.
- Y. CHARTIER, *La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978*, JCP 1978. 1. 2917.
- Y. CHARTIER, *L'évolution de l'engagement des associés*, Rev. sociétés 1980. 1.
- J. CHEVALLIER, *Observations sur la répétition des enrichissements non causés*, in Etudes Georges Ripert, T. 2, L.G.D.J., 1950, p. 237.
- A. CHEVILLARD, *La notion de disposition plus favorable*, Dr. social 1993. 363.
- F. CONNEAU, *Inadéquation de l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause à l'indemnisation de l'épouse séparée de biens*, in Mélanges Jean-Pierre Béguet, Faculté de Droit, Université de Toulon et du Var, 1985, p. 111.
- Ph. CONTE, *Faute de l'appauvri et cause de l'appauvrissement : réflexions hétérodoxes sur un aspect controversé de la théorie de l'enrichissement sans cause*, RTD civ. 1987. 223.
- P. CORLAY, *La protection des tiers dans le droit des sociétés*, RTD com. 1981. 233.
- D. CORRIGNAN-CARSIN, *Loyauté et droit du travail*, in Mélanges en l'honneur de Henry Blaise, Economica, 1995, p. 125.
- M. CRÉMIEUX, *Les obligations des associés envers les tiers dans les sociétés civiles*, JCP 1973. 1. 2252.
- H. CROZE, *Le décret du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution*, JCP 1992, 1, 3635.
- J.-J. DAIGRE, *À propos de l'exception de subsidiarité de la saisie-vente*, Rev. huissiers 1992. 1041.
- J.-J. DAIGRE, *Subsidiarité de la saisie-vente : la carence du débiteur récompensée ?*, Rev. huissiers 1996. 257.
- H. DELPLANQUE, *Enrichissement sans cause et rapports de famille*, Gaz. Pal. 1997. 1. doct. 309.
- Y. DEREU, *L'application aux associés des sociétés civiles des procédures collectives de liquidation*, Rev. sociétés 1979. 247.
- F. DERRIDA, *De la solidarité commerciale*, RTD com. 1953. 329.

- F. DERRIDA, *De la nature juridique des sociétés par intérêts depuis la loi du 24 juillet 1966* in Etudes André Audinet, P.U.F. 1968, p. 43.
- Ph. DEROUIN, *Le paiement de la dette d'autrui. Répétition de l'indu et enrichissement sans cause*, D. 1980, chron. 199.
- Y. DESDEVISES, *Dispositions communes à toutes les juridictions et procédure prud'homale : deux illustrations*, Dr. social 1986. 140.
- Y. DESDEVISES, *L'incidence du silence du débiteur sur la subsidiarité de certaines saisies-ventes*, D. 1993, chron. 160.
- J. DJOUDI, *La faute de l'appauvri : un pas de plus vers une subjectivisation de l'enrichissement sans cause*, D. 2000, chron. 609.
- Ph. DRAKIDIS, *La « subsidiarité », caractère spécifique et international de l'action en enrichissement sans cause*, RTD civ. 1961. 577.
- E. DREYER, *Disparition de la responsabilité civile en matière de presse*, D. 2006, doct. 1337.
- J.-P. FAGET et D. R. MARTIN, *Subsidiarité de la saisie-vente et carence du débiteur saisi*, JCP 1993, 1, 3711.
- G. FLÉCHEUX, *Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats* in Etudes offertes à Jacques Ghestin, *Le contrat au début du 21^{ème} siècle*, L.G.D.J. 2001, p. 341.
- J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les effets de l'action "de in rem verso"*, Rép. Def. 1983, art. 33019, p. 286.
- D. FOUSSARD, *Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage*, Rev. arb. 2002. 579.
- J. FOYER, *La réforme du titre neuvième du livre III du Code civil*, Rev. sociétés 1978. 1.
- C. FREYRIA, *Nullité du contrat de travail et relation de travail*, Dr. social 1960. 619.
- N. FRICÉRO, *L'excès de pouvoir en procédure civile*, RGDP 1998. 17.
- N. FRICÉRO, *La loyauté dans le procès civil*, Gaz. Pal. 24 mai 2012, n° 145, p. 27.
- A. GALIA-BEAUCHESNE, *Les clauses de garantie du passif dans les cessions d'actions et de parts sociales*, Rev. sociétés 1980. 27.
- R. GASSIN, *Lois spéciales et droit commun*, D. 1961, chron. 91.
- Ph. GERBAY, *Les effets de l'appel voie d'annulation*, D. 1993, chron. 143.
- J. GHESTIN, *L'erreur du solvens condition de la répétition de l'indu*, D. 1972, chron. 277.

- A. GHOZI, *Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives de règlement du passif*, RTD com. 1978. 1.
- D. GIBIRILA, *L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles*, Rép. Def. 1998, art. 36808, p. 625.
- F. GIVORD, *La notion de licéité de la grève dans la jurisprudence constante contemporaine*, Dr. social 1961. 29.
- J. GOINEAU, *La responsabilité civile des grévistes et des syndicats*, Dr. social 1988. 702.
- S. GUINCHARD, *Le second degré de juridiction en matière civile aujourd'hui et demain*, Gaz. Pal. 1996. 2. doct. 1004.
- J. GUYÉNOT, *Les groupements d'intérêt économique et le droit des sociétés commerciales*, Rev. sociétés 1969. 162.
- J. GUYÉNOT, *Les groupements d'intérêt économique et les créances des tiers*, D. 1972, chron. 13.
- J. GUYÉNOT, *Métamorphoses du régime juridique des sociétés civiles par les articles 1845 à 1870-1 nouveaux du Code civil*, Gaz. Pal. 1978, 1, doct. 337.
- J. GUYÉNOT, *Une typologie de l'objet et de la finalité des groupements d'intérêt économique dans l'application pratique*, Gaz. Pal. 1981, 2, doct. 466.
- J. HAMEL, *La personnalité morale et ses limites*, D. 1949, chron. 141.
- J. HAUSER, *Le divorce nouveau et la responsabilité*, Dr. et Pat., avr. 2005, n° 136, p. 78.
- F. HENOT, *L'action de in rem verso dans le cadre des relations familiales*, R.R.J. 1997. 905.
- J. HONORAT, *Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel*, RTD civ. 1969. 653.
- A. HONORAT et D. MAS, *Les perspectives de l'appel en nullité*, Pet. Aff. 1987, n° 78 du 1^{er} juillet 1987, p. 28.
- C. HOUPIN, *De la limitation de responsabilité des membres d'une société civile*, Journ. sociétés 1925. 5.
- V. HUET, *L'appel-nullité*, Rev. Jur. Ouest 1988, p. 349.
- A. JEAMMAUD, *Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente*, Dr. social 1999. 115.
- M. JEANTIN, *La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978*, D. 1978, chron. 173.

- Ph. JESTAZ, *Vers un statut d'ensemble de la promotion immobilière*, D. 1972, chron. 177.
- Ph. JESTAZ, *La loi n° 78-9 du 4 janvier modifiant le titre IX du Livre III du Code civil*, RTD civ. 1978. 440.
- P. JOURDAIN, *La date de naissance de la créance d'indemnisation*, Pet. Aff. 9 nov. 2004, n° 224, p. 49.
- J. JULIEN, *Observations sur l'évolution jurisprudentielle du sort des associés dans la société civile*, RTD com. 2001. 841.
- P. KAIGL, *La responsabilité des associés d'une société civile constituée en vue de la vente d'immeubles*, JCP (N) 1984, doct. 121.
- G. KALINOWSKI, *La logique des lacunes dans le droit*, Archives de la philosophie du droit, n° 14, Sirey, 1969, p. 353.
- F. KERNALEGUEN, *L'excès de pouvoir du juge*, Justices, n° 3, janv.-juin 1996, p. 151.
- G. LAGARDE, *Propos de commercialiste sur la personnalité morale : réalité ou réalisme ?* in Etudes Alfred Jauffret, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 429.
- Y. LAMBERT-FAIVRE, *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*, D. 1994. 81.
- Ch. LAVABRE, *Le groupement d'intérêt économique. Réflexions sur une nouvelle entité juridique*, D. 1969, chron. 35.
- M. LECENE-MARÉNAUD, *Le rôle de la faute dans les quasi-contrats*, RTD civ. 1994. 515.
- H. LÉCUYER, *Le droit commun des obligations au secours des concubins et partenaires unis par un PACS*, RLDC, mai 2004, pan. 71.
- J. LEMÉE, *La règle « pas de nullité sans grief » depuis le nouveau Code de procédure civile*, RTD civ. 1982. 23.
- J. LEROY, *Perspectives sur le devenir du régime de la séparation de biens*, RTD civ. 1983. 31.
- P. LESCOT, *Les tribunaux face à la carence du législateur*, JCP 1966. 1. 2007.
- Y. LOBIN, *Les dommages-intérêts en matière de divorce et de séparation de corps*, JCP 1953. 1. 1109.
- Y. LOBIN, *La notion de grief dans les nullités des actes de procédure*, in Mélanges dédiés à Jean Vincent, Dalloz 1981, p. 233.

- E. LOQUIN, *L'obligation pour l'amiable compositeur de motiver la sentence*, Rev. arb. 1976. 223.
- H. LOUBERS, *L'action "de in rem verso" et les théories de la responsabilité civile*, Rev. crit. lég. jurisp. 1912. 462.
- Y. LOUSSOUARN, *Les voies de recours dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage*, Rev. arb. 1980. 671.
- F.-X. LUCAS, *Interrogations sur la qualité de commerçant de l'associé en nom*, in Mélanges Adrienne Honorat, 2000, éd. Frison-Roche, p. 281.
- F.-X. LUCAS, *Les associés et la procédure collective*, Pet. Aff. 2002, n° 7, p. 7.
- F. LUCHAIRE, *Un janus constitutionnel : l'égalité*, RDP 1986. 1227.
- G. LYON-CAEN, *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail*, RTD civ. 1974. 229.
- G. LYON-CAEN, *Réglementer le droit de grève ?*, Dr. social 1988. 709.
- G. LYON-CAEN, *L'état des sources en droit du travail (agitations et menaces)*, Dr. social 2001. 1031.
- F. MAGNIN, *La responsabilité personnelle des associés de la S.C.I. de construction-vente en difficulté*, Pet. Aff. n° 44 du 10 avr. 1996, p. 18.
- F. MAGNIN, *Les "vaines poursuites à l'encontre de la S.C.I."*, Pet. Aff. 1999, n° 222, p. 4.
- N. MALLET-POUJOL, *Abus de droit et liberté de la presse, Entre droit spécifique et droit commun, l'autonomie brouillée de la loi de 1881...*, Légipresse n° 143, juill.-août 1997. 2. p. 81.
- D. MARTIN, *Les pouvoirs des gérants de sociétés de personnes*, RTD com. 1973. 185.
- R. MARTIN, *De la contradiction à la vérité judiciaire*, Gaz. Pal. 1981. 1. doct. 209.
- S. MARTIN-VALENTE, *La place de l'article 1382 du Code civil en matière de presse*, Légipresse n° 202, juin 2003. 2. p. 71.
- D. MAS, *L'effet dévolutif de l'appel et les procédures collectives de règlement du passif*, D. 1984, chron. 169.
- L. MAUPAS, *L'appel-nullité dans les procédures collectives*, Rev. proc. coll. 2002. 229.
- H. MAZEAUD, *L'"absorption" des règles juridiques par le principe de responsabilité civile*, D.H. 1935. 5.
- J. MAZEAUD, *L'adage "fraus omnia corrumpit" et son application dans le domaine de la publicité foncière*, Rép. Def. 1962, art. 28265, p. 481.

- J. MESTRE, *Les difficultés de la recodification pour la théorie générale du contrat* in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, 2004, Dalloz, LexisNexis, p. 233.
- N. MOLFESSIS, *La réécriture de la loi par le Conseil constitutionnel*, JCP N 2000, p. 271.
- N. MONACHON-DUCHÊNE, *Les limites de la saisie-vente*, JCP 1997. 1. 4044.
- S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, *Existe-t-il une théorie générale du contrat de travail ?*, RRJ 2003-3. 1985.
- P. MORVAN, *L'articulation des normes sociales à travers les branches*, Dr. social 2009. 679.
- P. MORVAN, *L'articulation des conventions et accords collectifs. Essai d'«ostéopathie» juridique* in *L'articulation des normes en droit du travail*, B. TEYSSIÉ (Dir.), Economica 2011, p. 7.
- H. MOTULSKY, *Les rapports entre l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation dans la jurisprudence récente de la Cour suprême*, JCP 1953. 1. 1095.
- H. MOTULSKY, *Nouvelles réflexions sur l'effet dévolutif de l'appel et de l'évocation*, JCP 1958. 1. 1423.
- H. MOTULSKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, 1961, Dalloz et Sirey, T. 2, p. 175.
- J. NGUEBOU TOUKAM, *Réflexions sur les applications contemporaines du principe de la subsidiarité dans l'enrichissement sans cause*, R.R.J. 1997. 925.
- G. NOTTÉ, *Les clauses dites "de garantie de passif" dans les cessions de droits sociaux*, JCP 1985. 1. 3193.
- Th. PEAUCELLE, *De la notion de groupement d'intérêt économique et d'intérêt public à celle de groupements de moyens*, Pet. Aff. n° 85, du 16 juillet 1984, p. 5.
- J. PÉLISSIER, *Droit civil et contrat de travail*, Dr. social 1988. 387.
- A. PERDRIAU, *Le contrôle de la Cour de cassation en matière de faillite*, JCP 1987. 1. 3288.
- A. PERDRIAU, *Pour une limitation des appels-nullité*, Gaz. Pal. 1996. 1. doct. 204.
- A. PERDRIAU, *Existe-t-il des "pourvois-nullité" ?*, D. 2002, chron. 1993.
- H. PERINET-MARQUET, *Le sort de l'action de in rem verso en cas de faute de l'appauvri*, JCP 1982. 1. 3075.
- R. PERROT, *Les voies de recours en matière d'arbitrage*, Rev. arb. 1980. 268.
- R. PERROT et Ph. THÉRY, *La subsidiarité de la saisie-vente*, D.1996, chron. 169.

- J.-F. PILLEBOUT, *Les illusions de la séparation des biens*, Rép. Def. 1981, art. 32646, p. 641.
- A. PROTHAIS, *Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux*, JCP 1990, 1, 3440.
- J. PRÉVAULT, *Vers un élargissement du concept de salaire différé*, in Etudes Alex Weill, Dalloz-Litec, 1983, p. 433.
- P. PUIG, *Existe-t-il une théorie générale des contrats spéciaux ?*, LPA 28 nov. 2012, n° 238, p. 56.
- E. PUTMAN, *Remarques sur la demande subsidiaire*, JCP 1991. 1. 3493.
- Ch. RADÉ, *Haro sur le contrat. A propos de la prohibition des clauses de variation dans le contrat de travail*, Dr. social 2001. 514.
- A. RAMIN, *Exercice du droit grève et responsabilité civile*, Dr. social 1980. 537.
- J.-E. RAY, *La responsabilité civile du syndicat et de ses délégués à l'occasion d'un conflit du travail*, Dr. social 1987. 426.
- J. RAYNARD, *À propos de la subsidiarité en droit privé*, in Mélanges Christian Mouly, T. 1, Litec 1998, p. 131.
- P. RAYNAUD, *L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction. Les vicissitudes de l'article 16*, in Mélanges Pierre Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 715.
- J. REVEL, *L'article 214 du Code civil et le régime de la séparation de biens*, D. 1983, chron. 23.
- G. RIPERT et M. TEISSEIRE, *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français*, RTD civ. 1904. 727.
- A. ROBERT, *L'appel-nullité*, Dr. et Pat. fév. 1998, n° 57, p. 58.
- M. ROCCA, *L'obligation au paiement des dettes sociales des associés des sociétés civiles de droit commun et de construction-vente*, Pet. Aff. 1998, n° 59, p. 6.
- A.-M. ROMANI, *La faute de l'appauvri dans l'enrichissement sans cause et dans la répétition de l'indu*, D. 1983, chron. 127.
- N. RONTCHEVSKY, *Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises* : Banque et Droit 2006. 17.
- A. ROUAST, *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, RTD civ. 1922. 35.
- A. ROUAST, *Le droit du travail familial*, Dr. social 1962. 154.

- P. ROUBIER, *La position française en matière d'enrichissement sans cause*, rapport aux travaux de l'Association Henri Capitant, tome 4, 1949, p. 38.
- R. SAINT-ALARY, *Le nouveau statut des sociétés civiles de construction en vue de la vente*, RTD com. 1971. 738.
- M. SANTA-CROCE, *De la limitation des voies de recours à la délimitation de l'excès de pouvoir*, in *Perspectives de droit économiques. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 467.
- A. SAURET, *La réforme du temps de travail*, LPA 7 juill. 2008, n° 135, p. 4.
- J. SAVATIER, *Décisions prud'homales en premier ou dernier ressort*, Dr. social 1997. 170.
- R. SAVATIER, *Des inconvénients du régime conventionnel de séparation de biens*, D.H. 1929, chron. 21.
- R. SAVATIER, *Propriété des acquêts réalisés par des époux séparés de biens (sans société d'acquêts)*, D. 1979, chron. 193.
- G. SERRA, *De quelques paradoxes du divorce et de la responsabilité civile*, RLDC 1^{er} oct. 2007, n° 42, p. 38.
- E. SCHOLASTIQUE, *Titre exécutoire et procédures collectives*, Dr. et Proc. 2005. 7.
- P.-A. SIGALAS et J. de POULPIQUET, *Demande en paiement de prestation compensatoire et action de in rem verso*, JCP 1985. 1. 3197.
- A. SINAY, *Le travail non rémunéré au sein du couple*, in *Mélanges Danièle Huet-Weiller*, Presses universitaires de Strasbourg et L.G.D.J. 1994, p. 437.
- A. SINAY-CYTERMANN, *Enrichissement sans cause et communauté de vie. Incidences de la loi du 10 juillet 1982*, D. 1983, chron. 159.
- B. SOINNE, *Le recours nullité dans le cadre des procédures collectives*, Gaz. Pal. 1987. 2. doct. 695.
- B. SOINNE, *Le bateau ivre*, Pet. Aff. du 14 mai 1997, n° 58, p. 12.
- O. STAES, *Aspects procéduraux de la réforme des difficultés des entreprises*, Dr. et Pat. 2006, n° 146, p. 60.
- E. TERRIER, *La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique* : D. 2004, chron. 1179.
- B. TEYSSIÉ, *La grève, du licite à l'illicite*, Cah. dr. entr. 1987, n° 5, p. 3.
- A. TOUFFAIT et A. TUNC, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celle de la Cour de cassation*, RTD civ. 1974. 487.

- Ph. TOURNEAU (le), *Des mérites et vertus de la responsabilité civile*, Gaz. Pal. 1985. 1. 283.
- Ph. TOURNEAU (le), *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile*, RTD civ. 1988. 505.
- Ph. TOURNEAU (le), *La spécificité et la subsidiarité de l'exception d'indignité*, D. 1994, chron. 298.
- M. VASSEUR, *Délai préfix, délai de prescription, délai de procédure*, RTD civ. 1950. 439.
- M. VASSEUR, *L'affaire de la banque Majorel*, D. 1994, chron. 317.
- D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, *La représentation mutuelle des coobligés*, in Etudes Alex Weill, Dalloz-Litec, 1983, p. 547.
- G. VEDEL, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, JCP 1950. 1. 851.
- J. VIATTE, *La dénaturation est-elle une cause de nullité des sentences arbitrales ?*, Gaz. Pal. 1974. 2. doct. 979.
- J. VINCENT, *La procédure civile et l'ordre public*, in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, 1961, Dalloz et Sirey, T. 2, p. 320.
- J. VINCENT, *Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile*, D. 1973, chron. 179.
- E. WAGNER, *La rémunération de la collaboration professionnelle du conjoint*, D. 1985.1.
- G. WIEDERKEHR, *Le principe du contradictoire*, D. 1974, chron. 95.
- G. WIEDERKEHR, *Droits de la défense et procédure civile*, D. 1978, chron. 36.

D. – Les arrêts et les notes de jurisprudence* :

- Cass. req., 11 juill. 1889 : D.P. 1889. 1. 393, note Petiton.
- Cass. req., 14 mai 1890 : D.P. 1891. 1. 241, note Boistel.
- Cass. req., 23 fév. 1891 : S. 1892. 1. 73, note E. Meynial.
- Cass. req., 15 juin 1892 : D.P. 1892. 1. 596.
- CA Douai, 13 nov. 1909 : D.P. 1913. 2. 57, note C. Levillain.
- Cass. civ., 18 (trois espèces) et 19 juill. 1910 : D.P. 1910. 1. 355, note anon. ; S. 1923. 1. 153, note anon.
- Cass. civ., 12 mai 1914 : S. 1918-1919. 1. 41, note E. Naquet.

* Cette liste ne comprend pas toutes les décisions citées dans la thèse, seules les plus significatives y figurent.

- Cass. civ., 2 mars 1915 : D.P. 1920. 1. 102.
- Cass. civ., 12 fév. 1923 : D.P. 1924. 1. 129, note A. Rouast.
- Cass. req., 26 fév. 1923 : D.P. 1923. 1. 17 (deux arrêts), rapp. Célice.
- Cass. civ., 10 juin 1931 : D.P. 1932. 1. 65, note L. Josserand.
- CA Lyon, 27 juin 1934 : S. 1934. 2. 219, note anon.
- CA Rouen, 16 juill. 1936 : S. 1937. 2. 169, note P. Esmein ; D.P. 1938. 2. 89, note M. Nast ; RTD civ. 1937. 95, obs. G. Lagarde.
- CA Paris, 21 avr. 1937 : Gaz. Pal. 1937. 2. 426, note anon.
- CA Paris, 15 juin 1939 : D.H. 1939. 409.
- Cass. req., 11 sept. 1940 : D.H. 1940. 150 ; S. 1941. 1. 121, note P. Esmein.
- CA Besançon, 17 mai 1944 : D.C. 1944. 166, note R. Savatier.
- CA Orléans, 5 janv. 1949 : S. 1949. 2. 64, note anon ; Gaz. Pal. 1949. 1. 147, note anon.
- Trib. civ. Montluçon, 9 nov. 1951 et Trib. civ. Meaux, 2 avr. 1952 : D. 1952, jur. 564, note R. Perrot.
- Trib. civ. Florac, 17 juin 1952 : D. 1953, jur. 261.
- CA Gand, 29 janv. 1955 : R.C.J.B. 1957. 116, note A. de Bersaques.
- Cass. soc., 8 avr. 1957 : D. 1958, jur. 221, note Ph. Malaurie ; JCP 1958. 2. 10400, obs. B. P.
- CA Paris, 8 juill. 1957 : JCP 1958. 2. 10448, concl. Lindon, note H. Motulsky.
- CA Toulouse, 5 oct. 1959 : D. 1960, jur. 387, note F. Goré.
- CA Paris, 8 mars 1960 : JCP 1962. 2. 12477.
- CA Pau, 13 avr. 1961 : D. 1961, jur. 763, note F. Lamand.
- Cass. 2^{ème} civ., 17 oct. 1962 : Bull. civ. 2, n° 650 ; Gaz. Pal. 1963. 1. 57.
- CA Colmar, 25 oct. 1963 : D. 1964, jur. 46, note P. Esmein.
- Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1965 : Bull. civ. 1, n° 597 ; D. 1966, jur. 80, note J. Mazeaud ; JCP 1965. 2. 14462.
- Cass. 3^{ème} civ., 6 fév. 1969 : D.S. 1969. 434, note B. Bouloc.
- Cass. 3^{ème} civ., 29 avr. 1971 : Bull. civ. 3, n° 277, p. 197 ; RTD civ. 1971. 842, obs. Y. Loussouarn ; Gaz. Pal. 1971. 2. 554.
- CA Toulouse, 22 janv. 1973 : D. 1973, jur. 509, note crit. J.-L. Aubert.
- Cass. 3^{ème} civ., 15 mai 1973 : Bull. civ. 3, n° 342, p. 247 ; D. 1973, IR. 145.
- Cass. soc., 12 déc. 1973 : Bull. civ. 5, n° 657, p. 605 ; D. 1974, IR. 17 (1^{er} arrêt et 4^{ème} arrêt).

- Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 1974 : Bull. civ. 1, n° 272, p. 233 ; D. 1975, somm. 34 ; JCP 1976. 2. 18331, obs. crit. H. Thuillier ; RTD civ. 1975. 705, obs. Y. Loussouarn.
- CA Lyon, 7 nov. 1974 : Gaz. Pal. 1975. 1. jur. 288, note M. Peisse ; RTD com. 1975. 323, obs. R. Saint-Alary ; ; D. 1975, somm. 80.
- CA Paris, 21 janv. 1975 : Gaz. Pal. 1975. 1. 326, note J. Viatte ; Rev. arb. 1976. 40, note P. Level.
- Cass. 1^{ère} civ., 22 janv. 1975 : JDI 1975. 548, note Ph. Fouchard.
- Cour rév. Monaco, 23 oct. 1975 : D. 1976, jur. 333, note J.-P. Sortais.
- CA Pau, 9 janv. 1976 : D. 1976, jur. 472, note F. Derrida.
- TGI Amiens, 9 juill. 1976 : JCP 1976. 2. 18513bis, obs. R. Lindon ; D. 1977, jur. 85, note A. Bénabent.
- CA Aix-en-Provence, 5 oct. 1976 : D. 1977, jur. 475, note P. Julien.
- TGI Dieppe, 31 mars 1977 : JCP 1977. 2. 18702, note J.A. ; D. 1978, IR. 161, obs. Guy Chesné ; RTD civ. 1978. 172, obs. R. Savatier.
- Cass. 2^{ème}, 6 oct. 1977 : Bull. civ. 2, n° 195, p. 130 ; D. 1978, IR. 58, obs. P. Julien ; RTD civ. 1978. 427, n° 14, obs. R. Perrot.
- Cass. com., 23 janv. 1978 : Bull. civ. 4, n° 28, p. 22 ; D. 1978, IR. 273, obs. M. Cabrillac ; JCP 1980. 2. 19635, obs. H. Thuillier ; Rép. Def. 1979, art. 31928, p. 377, n° 8, obs. J.-L. Aubert.
- Cass. soc., 15 fév. 1978 : Bull. civ. 5, n° 107, p. 78 ; D. 1978, IR. 387 ; *ibid.* 1979, IR. 312, obs. F. Alaphillipe et J.-P. Karaquillo ; *ibid.* 1980, jur. 30, note G. Lyon-Caen ; Rev. crit. DIP 1979. 79, note M. Simon-Depitre.
- CA Aix-en-Provence, 22 juin 1978 : D. 1979, jur. 192, note J. Prévault.
- Cass. 2^{ème} civ., 13 déc. 1978 : Rev. arb. 1979. 359, note P. Level.
- Cass. 1^{ère} civ., 9 janv. et 30 mai 1979 : D. 1979, IR. 256, obs. D. Martin ; *ibid.* 1981, jur. 241, note A. Breton ; Rép. Def. 1980, art. 32174, p. 44, obs. A. Ponsard, et art. 32348, p. 915, n° 48, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1981. 426, obs. J. Patarin.
- CA Paris, 16 fév. 1979 : D. 1979, jur. 590, note J. Massip.
- CA Montpellier, 19 avr. 1979 : JCP 1981. 2. 19484, note F. Steinmetz.
- Cass. 2^{ème} civ., 23 janv. 1980 : Bull. civ. 1, n° 15 ; D. 1980, jur. 281, note J. Revel.
- Cass. 1^{ère} civ., 17 fév. 1981 : D. 1981, jur. 293, note Ph. Derouin.
- Cass. com., 30 mars 1981 : Bull. civ. 4, n° 163, p. 129 ; D. 1981, IR. 488, obs. A. Honorat.

- Cass. com., 5 janv. 1982 : D. 1982, jur. 253, note F. Derrida ; *ibid.* IR. 165, obs. P. Julien ; RTD civ. 1982. 663, n° 12, obs. R. Perrot ; JCP 1982. 2. 19881, note M. Jeantin.
- Cass. 2^{ème} civ., 21 mars 1983 : D. 1983, IR. 393, obs. P. Julien.
- Cass. com., 4 oct. 1983 : Bull. civ. 4, n° 249, p. 216 ; D. 1984, jur. 499, note J. Guyénot.
- Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} fév. 1984 : Bull. civ. 1, n° 45 ; D. 1984, jur. 388, note J. Massip ; RTD civ. 1984. 712, obs. J. Mestre ; D. 1984, IR. 315, obs. D. Huet-Weiller.
- Cass. com., 6 mars 1984 : D. 1984, jur. 566, note A. Honorat et D. Mas ; *ibid.* IR. 237, obs. P. Julien ; RTD civ. 1984. 568, obs. R. Perrot.
- Cass. 2^{ème} civ., 27 juin 1984 : Bull. civ. 2, n° 122, p. 85 ; JCP 1984. 4. 288 ; RTD civ. 1984. 775, n° 9 et p. 779, n° 12, obs. R. Perrot.
- Cass. 2^{ème} civ., 27 fév. 1985 : Bull. civ. 2, n° 46 ; D. 1985, IR. 262, obs. P. Julien ; RTD civ. 1985. 451, obs. R. Perrot.
- Cass. 3^{ème} civ., 11 juin 1985 : D. 1986, jur. 456, note Ph. Dubois.
- Cass. 2^{ème} civ., 3 juill. 1985 : JCP 1986. 2. 20625, obs. R. Lindon et A. Bénabent ; RTD civ. 1986. 643, obs. R. Perrot ; Gaz. Pal. 1987. 1. 103, note J. M.
- Cass. 1^{ère} civ., 2 oct. 1985 : Bull. civ. 1, n° 244, p. 219 ; D. 1986, jur. 325, note A. Breton.
- Cass. com., 25 fév. 1986 : D. 1986, jur. 312, note A. Honorat et D. Mas.
- CA Versailles, 14 janv. 1987 : D. 1987, jur. 249, note F. Derrida.
- Cass. 3^{ème} civ., 8 avr. 1987 : Bull. civ. 3, n° 83, p. 50 ; Bull. Joly 1987. 867, § 359, note G. Lesguillier ; JCP 1987. 4. 215.
- CA Paris, 8 juill. 1987 : D. 1988, jur. 11, concl. J. Sauvel.
- CA Douai, 16 juill. 1987 : Gaz. Pal. 1987. 2. 693 ; JCP (E) 1988. 2. 15114, n° 11, obs. M. Cabrillac et M. Vivant.
- Cass. 1^{ère} civ., 8 déc. 1987 : Bull. civ. 1, n° 335, p. 241 ; RTD civ. 1988. 745, obs. J. Mestre ; JCP 1988. 4. 66.
- Cass. com., 9 fév. 1988 : D. 1988, jur. 409, note A. Honorat et D. Mas.
- CA Douai, 31 mars 1988 : Gaz. Pal. 1988. 2. 584, note B. Soinne ; D. 1990, somm. 4, obs. F. Derrida.
- CA Paris, 22 mars 1989 : Gaz. Pal. 1990. 1. 163, note J.-P. Marchi ; D. 1989, IR. 133 ; RTD com. 1989. 760, obs. B. Grelon.
- Cass. 2^{ème} civ., 22 nov. 1989 : Rev. arb. 1990. 142, note S. Guinchard.
- Ass. plén., 2 fév. 1990 : Bull. civ. Ass. plén., n° 2, p. 2 ; D. 1992, jur. 49, note F. Chabas ; JCP 1990. 2. 21558, concl. Joinet, obs. Y. Saint-Jours.

- CA Paris, 27 fév. 1990 : Gaz. Pal. 1991. 1. 314, note J.-P. Marchi.
- TGI Paris, 10 avr. 1990 et CA Paris, 14 nov. 1991 : Rev. arb. 1994. 545, obs. Ph. Fouchard.
- Cass. com., 15 janv. 1991 : Bull. civ. 4, n° 26 ; JCP (E) 1991. 2. n° 165, note O. Barret ; D. 1992, somm. 91, obs. F. Derrida ; Gaz. Pal. 1992. 1. 85, note J.-P. Marchi.
- CA Paris, 18 avr. 1991 : JurisData n° 021830 ; RTD civ. 1991. 718, obs. J. Hauser.
- Cass. 3^{ème} civ., 14 nov. 1991 : Bull. civ. 3, n° 273, p. 161 ; AJDI 1992, p. 712 ; D. 1993. 356, obs. F. Magnin ; Bull. Joly soc., 1^{er} janv. 1992, n° 1, p. 93, § 21, note Y. Dereu ; RTD civ. 1992. 583, note P.-Y. Gautier ; RTD com. 1992. 402, obs. E. Alfandari.
- Cass. com., 3 mars 1992 : Bull. civ. 4, n° 103, p. 182 ; D. 1992, jur. 345, note G. Bolard ; Rép. Def. 1992, art. 35382, § 8, p. 1380, obs. J.-P. Sénéchal.
- Cass. com., 12 mai 1992 : Bull. civ. 4, n° 182 ; D. 1992, jur. 345, note G. Bolard ; Rép. Def. 1992, art. 35382, § 7, p. 1376, obs. J.-P. Sénéchal.
- Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992 : Rev. crit. DIP 1992. 699, note B. Oppetit ; RTD com. 1992. 593, obs. J.-Cl. Dubarry et E. Loquin ; RTD civ. 1993. 201, obs. R. Perrot.
- Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 1993 et CA Paris, 16 avr. 1993 et 26 mai 1992 : Rev. arb. 1993. 431, note A. Hory.
- Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 1993 : Bull. civ. 1, n° 139, p. 93 ; Rép. Def. 1993, art. 35663, p. 1365, § 121, obs. J. Massip ; RTD civ. 1993. 568, obs. J. Hauser.
- CA Paris, 19 nov. 1993 : Rev. arb. 1996. 419, note Ph. Fouchard.
- Cass. com., 25 janv. 1994 : Bull. civ. 4, n° 32, p. 25 ; D. 1994, jur. 325, rapp. Pasturel ; *ibid.* 379, note F. Derrida.
- CA Dijon, 17 fév. 1994 : Bull. Joly 1994. 1103, § 306, note M. Jeantin ; Rev. sociétés 1994. 787, obs. Y. Guyon.
- Cass. 2^{ème} civ., 23 fév. 1994 : Rev. arb. 1994. 718, note A. Hory.
- Cass. com., 26 avr. 1994 précit. : Bull. civ. 4, n° 154, p. 122 ; D. 1994, jur. 542, note F. Derrida ; RTD com. 1995. 167, obs. M. Cabrillac ; JCP 1994. 4. 1596 ; JCP (E) 1995. 1. 463, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet.
- Cass. 1^{ère} civ., 29 juin 1994 : : Bull. civ. 1, n° 224, p. 163 ; Rev. arb. 1996. 400, note A. Hory.
- Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 1994 : Bull. civ. 1, n° 250, p. 181 ; D. 1995, jur. 623, note M. Tchendjou ; JCP 1995. 2. 22425, note A. Sériaux ; Rép. Def. 1994, art. 35950, p. 1511,

- note X. Savatier ; *ibid.* 1995, art. 36100, p. 753, § 69, obs. Ph. Delebecque ; RTD civ. 1995. 373, obs. J. Mestre ; *ibid.* 407, obs. J. Patarin.
- Cass. com., 11 oct. 1994 : Bull. civ. 4, n° 282, p. 226 ; D. 1995, jur. 297, rapp. J.-P. Rémerly.
- Cons. d’Et., 23 nov. 1994 : RFDA 1995. 203 ; RTD com. 1996. 89, n° 13, obs. E. Alfandari et M. Jeantin.
- Cass. soc., 18 janv. 1995 : Bull. civ.5, n° 27, p. 18 ; Dr. social 1995. 183, concl. Ph. Waquet.
- Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 1995 : Bull. civ. 1, n° 130, p. 92 ; D. 1995, IR. 87 ; *ibid.* 1996, jur. 137, note Barabé-Bouchard ; JCP 1995. 2. 22516, note F. Roussel ; Rép. Def. 1996, art. 36287, p. 468, note J.-L. Fillette ; RTD civ. 1996. 160, obs. J. Mestre ; *ibid.* 215, obs. J. Patarin.
- Cass. 2^{ème} civ., 29 mars 1995 : Rev. arb. 1995. 605 ; D. 1996, jur. 153, note G. Bolard.
- CA Paris, 5 avr. 1995 : D. 1996, somm. 139, obs. P. Julien.
- Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995 : D. 1996, jur. 79, note G. Bolard ; Rev. arb. 1995. 605, note A. Hory.
- Cass. 3^{ème} civ., 31 mai 1995 : Bull. civ. 3, n° 134, p. 90 ; Bull. Joly 1995. 977, § 352, note Y. Dereu ; RD imm. 1995. 759, obs. J.-Cl. Groslière et C. Saint-Alary-Houin ; RTD com. 1995. 797, obs. M. Jeantin ; *ibid.* 1998. 682, obs. A. Martin-Serf.
- Cass. 1^{ère} civ., 15 oct. 1996 : Bull. civ., 1, n° 357, p. 250 ; Rép. Def. 1997, art. 36620, p. 923, note O. Milhac ; RTD civ. 1997. 636, obs. J. Hauser.
- Cass. com., 24 oct. 1995 : D. 1996, jur. 172, note J.-J. Barbiéri.
- Cass. 2^{ème} civ., 24 janv. 1996 : D. 1997, jur. 268, note J. Ravanans ; JCP 1996. 1. 3985, obs. G. Viney.
- Cass. com., 20 fév. 1996 : Rép. Def. 1996, art. 36448, § 155, p. 1428, obs. Ch. Atias ; Rev. sociétés 1996. 836, note A. Honorat ; D. 1996, somm. 337, obs. A. Honorat ; Bull. civ. 4, n° 59, p. 46.
- Cass. com., 28 mai 1996 : Bull. civ. 4, n° 150, p. 130 ; D. 1997, jur. 538, note G. Bolard ; Pet. Aff. du 9 mai 1997, n° 56, p. 13, note Ch. Lebel ; RTD civ. 1996. 985, obs. R. Perrot.
- Cass. 3^{ème} civ., 3 juill. 1996 : Bull. civ. 3, n° 174 ; Rép. Def. 1996, art. 36423, p. 1294, § 2, obs. J. Honorat ; Bull. Joly 1996. 1043, § 379, note Y. Dereu ; Rev. sociétés 1997. 123, obs. Y. Chartier ; Pet. Aff. 1997, n° 13, p. 21, obs. C. Gall ; JCP (E) 1996, 1, 589, n° 15, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

- CA Rouen, 3 oct. 1996, Cass. 1^{ère} civ., 8 juin 1999, TGI Paris, 7 déc. 1994 : Rev. arb. 2000. 116, note E. Loquin.
- CA Paris, 13 déc. 1996 : Gaz. Pal. 1997. 1. 112, concl. B. Gizardin.
- Cass. 2^{ème} civ., 18 déc. 1996 et CA Versailles, 14 nov. 1996 : Rev. arb. 1997. 361, note A. Hory.
- Cass. 2^{ème} civ., 2 avr. 1997 : JCP 1998. 2. 10010, note Ch. Bigot ; *ibid.* 1. 185, p. 2159, obs. G. Viney.
- Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 1997 : D. aff. 1997. 829 ; JCP 1998. 2. 10102, G. Viney ; ; RTD civ. 1997. 657, obs. J. Mestre ; *ibid.* 1999. 105, obs. J. Mestre.
- CA Paris, 17 sept. 1997 : D. 1998, jur. 432, note N. Mallet-Poujol.
- Cass. 3^{ème} civ., 8 oct. 1997 : D. 1998, jur. 139, note D. Gibirila ; *ibid.* somm. 398, obs. J.-C. Hallouin ; JCP 1998. 1. 131, n° 9, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Rép. Def. 1998, art. 36811, p. 676, § 5, obs. J. Honorat ; Rev. sociétés 1998. 112, note crit. J.-F. Barbiéri ; Bull. Joly 1997. 1076, § 386, note C. Prieto.
- Cass. 2^{ème} civ., 9 déc. 1997 : Bull. civ. 2, n° 303, p. 179 ; D. 1998, jur. 229, note G. Bolard.
- Cass. 2^{ème} civ., 21 janv. 1998 : Rev. arb. 1998. 113, note A. Hory.
- Cass. 1^{ère} civ., 10 fév. 1998 (2^{ème} arrêt) : Dr. famille 1998, comm. n° 53, note H. L. ; JurisData n° 000736.
- Cass. com., 24 fév. 1998 : Bull. civ. 4, n° 86, p. 68 ; D. 1999. 100, obs. Y. Picod ; Rev. sociétés 1998. 546, note M.-L. Coquelet ; RTD com. 1998. 612, obs. Cl. Champaud et D. Danet ; Bull. Joly soc. 1^{er} juill. 1998, n° 7, p. 813 § 266, note B. Petit.
- Cass. 2^{ème} civ., 8 avr. 1998 : Rev. arb. 1998. 373, note A. Hory.
- Cass. com., 19 mai 1998 : D. aff. 1998. 1252, note S. P. ; D. 1999. jur. 406, note M. Ribeyrol-Subrenat ; RTD civ. 1999. 105, obs. J. Mestre ; JCP 1999. 1. 114, n° 7, obs. G. Virassamy.
- CA Paris, 19 mai 1998, JurisData n° : 1998-021662.
- Cass. com., 9 juin 1998 : Bull. civ. 4, n° 188, p. 156 ; D. 1999. 70, note A. Honorat ; RTD com. 1998. 951, obs. crit. J.-L. Vallens.
- Cass. 3^{ème} civ., 6 janv. 1999 : Rev. sociétés 1999. 376, obs. J.-F. Barbiéri ; Pet. Aff. 1999, n° 50, p. 5, obs. P.M. ; Bull. Joly 1999. 455, § 94, note P. Le Cannu ; RTD com. 1999. 452, obs. M.-H. Monsérié-Bon.
- CA Paris, 8 oct. 1999 : JurisData n° 1999-111534 ; Bull. Joly soc. 2000, p. 93, § 18, note P. Le Cannu ; D. 2000, jur. 583, note D. Fiorina ; JCP E 1999, n° 47, p. 1851.

- Cass. com., 26 oct. 1999 : RTD civ. 2000. 167, obs. R. Perrot ; RD bancaire et fin. 2000, act. n° 21, obs. F.-X. Lucas ; Dr. sociétés 2009, comm. n° 4, note R. Mortier
- Cass. 3^{ème} civ., 23 fév. 2000 : Bull. civ. 3, n° 43, p. 29 ; Rép. Def. 2000, art. 37243, p. 1188, § 6, obs. J. Honorat ; Bull. Joly 2000. 615, note P. Le Cannu ; RJ com. 2001, n° 3, p. 70, obs. J. Perrouin ; RTD com. 2000. 681, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; RD bancaire et fin. 2000, n° 123, p. 178, obs. F.-X. Lucas.
- Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 2000 (deux espèces) : Rev. arb. 2000. 447, note A. Lacabarats.
- CA Paris, 12 mai 2000 : D. 2000, jur. 796, note D. Boccara.
- Cass. 2^{ème} civ., 25 mai 2000 : Bull. civ. 2, n° 87 ; D. 2000. 819, note G. Bolard ; RTD civ. 2000. 633, obs. R. Perrot.
- Ass. plén., 12 juill. 2000 (4 arrêts) : Pet. Aff. n° 161 du 14 août 2000, note E. Derieux ; JCP 2000. 1. 280, p. 2281 et s., obs. G. Viney ; RTD civ. 2000, obs. P. Jourdain.
- Cass. com., 10 oct. 2000 : D. 2000, AJ. 409, note V. Avena-Robardet ; RTD civ. 2001. 591, obs. J. Mestre et B. Fages.
- Cass. 3^{ème} civ., 8 nov. 2000 : JCP 2001, 2, 10450, concl. J.-F. Weber, note Y. Chartier ; D. 2000, AJ. 444, obs. crit. A. Lienhard.
- Cass. com., 23 janv. 2001 : Bull. civ. IV, n° 24, p. 22 ; Bull. Joly soc., 1^{er} mai 2001, n° 5, p. 481, § 118, note A. Couret ; D. 2001. AJ. 781, obs. A. Lienhard ; *ibid.* somm. 3427, obs. A. Honorat ; JCP (E) 2001. 850, note J.-P. Rémy ; RD bancaire et fin. 2000, n° 69, obs. F.-X. Lucas ; Rev. sociétés 2001. 847, obs. J.-Ph. Dom ; RTD com. 2001. 472, obs. M.-H. Monsérié-Bon.
- CA Versailles, 11 janv. 2001 : Bull. Joly 2001. 444, § 111, note F.-X. Lucas.
- Cass. 2^{ème} civ., 8 mars 2001 (2 arrêts) : Pet. Aff. n° 99 du 18 mai 2001, note E. Derieux ; JCP 2002. 1. 122, obs. G. Viney ; Gaz. Pal. du 17 au 19 juin 2001, p. 821, rapp. P. Guerder, concl. Ph. Chemithe.
- CA Paris, 29 mars 2001 : Rev. arb. 2002. 436, note Ph. Fouchard.
- Cass. 1^{ère} civ., 4 avr. 2001 : Bull. civ. 1, n° 105. p 67 ; D. 2001, jur. 1824, note M. Billiau ; JCP 2001. 4. 2016 ; JCP 2002. 1. 134, obs. A.-S. Barthez.
- Cass. com., 26 juin 2001 (3 arrêts) : JCP 2002. 2. 10096, note A. Perdriau ; RD banc. et fin. 2002, Act. n° 20, obs. F.-X. Lucas.
- Cass. 2^{ème} civ., 14 mars 2002 (5 arrêts) : Pet. Aff. n° 105, du 27 mai 2002, note E. Derieux.

- Cass. 1^{ère} civ., 14 janv. 2003 : Bull. civ. 1, n° 11, p. 7; Rép. Def. 2003, art. 37676, p. 259, § 15, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 2003. 297, obs. J. Mestre et B. Fages.
- Cass. 1^{ère} civ., 25 fév. 2003 : Bull. civ. 1, n° 55, p. 42 ; D. 2004, jur. 1766, note M.-P. Peis ; JCP 2003. 2. 10124, note P. Lipinski ; RTD civ. 2003. 297, obs. J. Mestre et B. Fages.
- CA Paris, 9 sept. 2003 : Bull. Joly soc., 1^{er} fév. 2004, n° 2, p. 395, § 71, note F.-X. Lucas.
- Cass. 2^{ème} civ., 9 oct. 2003 : D. 2004, jur. 590, note E. Dreyer.
- Cass. 2^{ème} civ., 22 janv. 2004 : JCP 2004. 2. 10104, note E. Dreyer.
- Cass. 1^{ère} civ., 17 fév. 2004 : JurisData n° 2004-022490 ; Dr. famille n° 11, nov. 2004, comm. 201, p. 23, note V. Larribau-Terneyre.
- Cass. 3^{ème} civ., 31 mars 2004 : Bull. civ. 3, n° 67, p. 62 ; Bull. Joly soc., 1^{er} juill. 2004, n° 7, p. 998, note J.-P. Garçon ; Rev. sociétés 2004. 684, note J.-F. Barbiéri ; RD imm. 2004. 291, note B. Boubli.
- Cass. 1^{ère} civ., 11 janv. 2005 : Bull. civ. 1, n° 13, p. 9 ; RTD civ. 2005. 375, obs. J. Hauser.
- Cass. Ch. mixte, 28 janv. 2005 : Bull. civ. Ch. mixte, n° 1, p. 1 ; D. 2005, IR. 386, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 2006, pan. 548, note P. Julien et N. Fricéro.
- Cass. soc., 28 janv. 2005 : Bull. civ. 5, n° 36, p. 31 ; D. 2005. 2454 ; Dr. social 2005. 583, note B. Gauriau.
- Cass. 3^{ème} civ., 6 juill. 2005 : Bull. civ. 3, n° 153, p. 142 ; Bull. Joly soc. 2006, n° 1, p. 110, note J.-P. Garçon ; Lexbase heb., n° 184 éd. Aff., du 6 oct. 2005, note M. Parmentier ; Rev. sociétés 2006. 99, note crit. J.-F. Barbiéri ; RTD com. 2005. 781, note M.-H. Monsérié-Bon.
- Cass. 1^{ère} civ., 17 janv. 2006 : Bull. civ. 1, n° 15, p. 15 ; D. 2006. 2660, note approb. F. Bicheron ; *ibid.* 2007. 267, obs. J.-Cl. Hallouin ; RTD com. 2006. 419, obs. C. Champaud et D. Danet ; *ibid.* 432, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; Rev. sociétés 2006. 540, obs. D. Legeais.
- Cass. com., 24 janv. 2006 : Bull. civ. 4, n° 17, p. 18 ; Bull. Joly soc. 2006, n° 5, p. 588, note J.-J. Daigre ; D. 2006, AJ. 445, obs. A. Lienhard ; Lexbase heb. n° 208, 30 mars 2006, éd. Aff., n° Lexbase N6251AKQ, note D. Gibirila ; Pet. Aff. 28 avr. 2006, n° 85, p. 14, note D. Gibirila ; Rev. sociétés 2006. 410, note J.-F. Barbiéri ; *ibid.* 637, note Th. Bonneau ; RTD com. 2006. 435, note M.-H. Monsérié- Bon ; *ibid.* 916, note A. Martin-Serf.

- Cass. 1^{ère} civ., 28 fév. 2006 : D. 2007. 616, obs. G. Serra.
- Cass. 1^{ère} civ., 4 avr. 2006 : Bull. civ. 1, n° 194, p. 170 ; JCP G n° 18, 3 mai 2006, 4, 2022 ; Lexbase Le Quotidien du 20 avr. 2006, n° Lexbase N7035AKR ; RLDC 2006, n° 28, p. 11, obs. S. Doireau.
- Cass. com., 3 mai 2006 : Bull. civ. 4, n° 112, p. 112 ; RDC 2006. 1182, obs. F.-X. LUCAS ; Bull. Joly soc. 2006, n° 10, p. 1177, note P. Serlooten.
- Cass. com., 19 déc. 2006 : Bull. civ. 4, n° 262, p. 285 ; Rev. sociétés 2007. 410, note J.-F. Barbièri ; RTD com. 2007. 595, note A. Martin-Serf ; D. 2008. 570, obs. P.-M. Le Corre.
- Cass. Ch. mixte, 18 mai 2007 : Bull. civ., Ch. mixte, n° 4 ; Bull. Joly soc. 2007, n° 11, p. 1174, note F. Pérochon ; Dr. sociétés 2007, comm. 157, note J.-P. Legros ; Rép. Def. 2007, art. 38675, p. 1571, § 9, note D. Gibirila ; Rev. sociétés 2007. 620, note J.-J. Barbièri ; RTD com. 2007. 550, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; *ibid.* 2007. 597, obs. A. Martin-Serf ; D. 2007. 1414, note A. Lienhard ; Gaz. Pal. 2007. 2521, note P.-M. Le Corre ; Lexbase heb. éd. Gén., n° 289, du 24 janv. 2008, n° Lexbase N8373BDH, note J.-B. Lenhof ; Pet. Aff. 14 août 2007, n° 162, p. 18, note F. Vinckel.
- Cass. com., 25 sept. 2007 : Bull. civ. 4, n° 207 ; Bull. Joly soc. 2008, 1^{er} janv. 2008, n° 1, p. 31, note F.-X. Lucas ; Lexbase heb. éd. Gén., n° 289, 24 janv. 2008, n° Lexbase N8373BDH, note J.-B. Lenhof ; Rev. sociétés 2007. 137, obs. J.-F. Barbièri.
- Cass. com., 19 fév. 2008 : Dr. sociétés n° 5, mai 2008, comm. 98, note J.-P. Legros.
- Cass. 1^{ère} civ., 5 mars 2008 : Dr. famille 2008, comm. 95, obs. V. Larribau-Terneyre.
- Cass. com., 21 oct. 2008 : Dr. sociétés n° 1, janv. 2009, comm. n° 9, note D. Gallois-Cochet.
- Cass. 1^{ère} civ., 2 avr. 2009 : Bull. civ. 1, n° 74 ; D. 2009. 2058, obs. P. Chauvin, N. Auroy et C. Creton ; JCP G 2009, n° 39, p. 13, note Y. Dagorne-Labbé ; *ibid.* 2009. 4. 1772 ; Rép. Def. 2009, p. 1285, § 38964, n° 5, note E. Savaux ; RDC 2009. 1177, obs. S. Gaudemet ; RTD civ. 2009. 321, obs. B. Fages.
- CA Pau, 19 mai 2008, n° de RG : 06/03284.
- Ass. plén., 29 mai 2009 : Bull. ass. plén., n° 6 ; Gaz. Pal. 04 août 2009, n° 216, p. 12, note N. Fricero ; JCP G n° 29, 13 juill. 2009, 129, note O. Salati ; Procédures, juill. 2009, comm. 223, note R. Perrot ; *ibid.* janv. 2010, alerte 1, n° 5, obs. C. Bléry ; Lexbase heb. éd. Gén. n° 356, juin 2009, n° Lexbase N6691BKZ, obs. E. Vergès.
- Cass. com., 16 juin 2009 : Bull. civ. 4, n° 82 ; D. 2009. 2521, note J. Théron ; Lexbase heb. éd. Gén., n° 359 (juillet 2009), obs. E. Le Corre-Broly.

- Cass. 1^{ère} civ., 5 nov. 2009 : Bull. civ. 1, n° 222 ; Gaz. Pal. 31 déc. 2009, n° 365, p. 15 ; *ibid.*, 7 janv. 2010, n° 7, p. 19, note D. Houtcieff ; *ibid.*, 22 mai 2010, n° 142, p. 17, note H. Lécuyer ; JCP G, n° 47, 16 nov. 2009, 450, note C. Charbonneau et F.-J. Pansier ; *ibid.*, n° 51, 14 déc. 2009, 561, note N. Dupont ; *ibid.*, Lexbase heb. n° 373, éd. privée du 26 nov. 2009, n° Lexbase : A7917EM8, note D. Bakouche ; RLDC 2009, n° 66, p. 11, obs. C. Le Gallou ; *ibid.*, n° 69. p. 71, note C. Charbonneau ; RTD civ. 2010. 106, obs. B. Fages.
- Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2010 : Bull. civ. 1, n° 142 ; Dr. famille n° 9, sept. 2010, comm. 127, obs. V. Larribau-Terneyre ; JCP G n° 42, 18 oct. 2010, 1027, note V. Bonnet et H. Bosse-Platière ; Lexbase le Quotidien, 8 juill. 2010, N° Lexbase : N6219BPZ ; *ibid.* heb. éd. privée n° 402, 8 juill. 2010, N° Lexbase : N6219BPZ ; *ibid.* n° 406, 2 sept. 2010, N° Lexbase : N7023BPS, obs. D. Bakouche.
- Cass. 3^{ème} civ., 11 mai 2011 : Bull. civ. 3, n° 75 ; JCP G 17 oct. 2011, doct. 1141, n° 16, obs. Y.-M. Serinet ; JCP E n° 24, 16 juin 2011, 1464 ; RLDC 2011. 62, note C. Bléry.
- Cass. com., 20 mars 2012 : Bull. civ. 4, n° 61 ; Bull. Joly soc., 1 mai 2012, n° 5, p. 388, note J.-F. Barbiéri ; Dr. sociétés n° 6, juin 2012, comm. 102, note M. Roussille ; EDCO 1^{er} mai 2012 n° 5, p. 7, obs. M. Caffin-Moi ; Gaz. Pal. 12 avril 2012, n° 103, p. 25 ; Rev. sociétés 2012. 577, note O. Dexant - de Bailliencourt.
- Cass. com., 3 mai 2012 : Bull. civ. 4, n° 91 ; JurisData n° : 2012-009083 ; D. 2012. 1264, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2012. 575, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; Dr. sociétés n° 7, juill. 2012, comm. 119, note H. Hovasse ; JCP E 2012. 1437, note A. Couret et B. Dondero ; Bull. Joly soc. 2012. 571, note J.-F. Barbiéri.
- Cass. com., 30 oct. 2012 : Dr. sociétés n° 2, fév. 2013, comm. 33, note J.-P. Legros ; Gaz. Pal., n° 18-19, 18 janv. 2013, p. 39, note Th. Montéran.
- CA Bastia, 31 oct. 2012, n° 10/00939 et CA Pau, 11 oct. 2012 : Dr. famille n° 2, fév. 2013, comm. 23, obs. V. Larribau-Terneyre.
- Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 2012 : Gaz. Pal. 15 mars 2013, p. 21, n° 122u6, obs. E. Mulon ; RLDC 2013. 65, note C. Bléry.
- Cass. 1^{ère} civ., 11 sept. 2013, n° de pourvoi : 11-26.751 : AJ fam. 2013. 633, note S. David ; JCP G n° 44, 28 oct. 2013, 1130, note S. Thouret ; LPA 15 oct. 2013, n° 206, p. 20, note J. Massip ; RTD civ. 2013. 824, obs. J. Hauser.

E. – Ressources électroniques :

Revue électronique :

<https://bu-dalloz-fr.biblium.u-paris2.fr/>

<https://lamyline-lamy-fr.biblium.u-paris2.fr>

<https://www-lexbase-fr.biblium.u-paris2.fr/>

<https://www-lexisnexis-com.biblium.u-paris2.fr/>

<https://www-lextenso-fr.biblium.u-paris2.fr>

<https://newip-doctrinalplus-fr.biblium.u-paris2.fr/>

Sites Internet :

www.legifrance.com

Index alphabétique*

A

Abus de droit, 466 - 469 - 470 - 1209 - 1222 - 1223 - 1228 - 1238 - 1243 - 1244 - 1259 - 1260.

Acte introductif d'instance, 539 à 547 - 1084 à 1087.

Accident

Accident de la circulation, 787 - 1286 - 1290.

Accident du travail, 1213 - 1284 à 1288 - 1291 à 1296.

Action

Action en contestation de paternité, 648.

Action en enrichissement sans cause, 28 et s. - 590 et s.

Action en remboursement, 400.

Action pétitoire, 495 - 496 - 508 - 877.

Action possessoire, 495 - 496 - 508 - 877.

Action *pro socio*, 76.

Action subsidiaire, 590 et s.

Aliments, v. débiteur d'aliments

Appauvrissement, 35 - 37 - 45 - 88 - 111 - 504 - 649 - 651 - 662 - 672 - 681 - 684 - 687 - 700 - 703 - 704 - 706 - 711 - 713 - 726 - 727 - 747 - 749 - 751 - 764 - 765 - 766 - 769 - 772 - 773 - 785 à 788 - 800 - 803 - 806 - 809 - 810 - 812 - 818.

Appel

Appel-nullité, 830 et s.

Effet dévolutif de l'appel, 885 - 893 - 1079 - 1094.

Effet dévolutif de l'appel-nullité, 967 - 1080 à 1090 - 1095 - 1096, 1119.

Interdiction de l'appel, 995 et s.

* Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes, non aux pages.

Arbitrage, 1014 - 1015 - 1016 - 1018 - 1025 - 1061 à 1075 - 1092 - 1107 - 1108 - 1112 - 1141 - 1143 - 1144 - 1148 - 1149.

Associé, 170 à 184 - 262 à 274 - 286 à 299 - 310 à 321 - 355 à 377.

Assignment, v. acte introductif d'instance

B

Banque, 74 - 354 - 770 - 776 - 777 - 784 - 789 - 790 - 792 - 793 - 848 - 872.

Banque Majorel (affaire de la), 1041 et s. - 1132 et s.

Bénéfice de discussion, 131 à 133 - 135 à 162 - 168 - 312 à 315 - 394 à 396.

C

Cause

Cause de l'appauvrissement, 765 - 773 - 800 - 806.

Cause de l'enrichissement, 750 - 799 - 806 - 822.

Cautionnement

Cautionnement simple, 129 et s.

Cautionnement solidaire, 146 - 161.

Chèque, 52 - 70 - 352 - 462 - 465 - 770 - 776 - 777 - 789 - 790.

Compensation, v. prestation compensatoire

Concubin, v. concubinage.

Conclusions

Conclusions au fond, 541 - 543.

Conclusions subsidiaires, 539 à 547.

Contrat

Contrats spéciaux, 643 - 1196 - 1200.

Contrat de transport, 643.

Contrat de travail, 658 à 662 - 664 - 665 - 688 à 695.

Convention collective, 1179 - 1227.

Convention de branche, 1176 à 1180

Créance

Créance de salaire différé, 36 - 98 - 99 - 102 - 503 - 504 - 655 - 713 - 714 - 736 - 738 - 743 - 746.

D

Débiteur

Débiteur d'aliments, 649.

Défense, v. droits de la défense

Dépenses, 50 - 52 - 68 - 76 - 639 - 719 - 720 - 729.

Demande

Demande incidente, 118 - 120.

Demande subsidiaire, 482 à 538 - 548 à 562 - 563 à 574.

Diffamation, 865.

Divorce, 1018 - 1202 - 1298 et s.

Dol, 783 à 786 - 790 - 811.

Droits de la défense, 828 - 834 - 836 - 839 - 899 - 955 à 969.

E

Enchères publiques, 651.

Encyclique, 6.

Endossement, 52 - 70.

Equivalence, 11 - 12.

Enrichissement sans cause, 590 et s.

Entreprise, 897 - 997 - 1013 - 1179 - 1182.

Equité, 12 - 21 - 23 - 45 et s. - 99 - 102 - 103 - 105 - 109 - 1188 - 1286 - 1288 - 1291 - 1342 - 1344 - 1348.

Excès de pouvoir, 841 et s.

Exécution, v. procédures d'exécution

F

Faute

Faute de l'appauvri, 72 et s. - 758 et s.

Faillite, 542 - 636 - 637 - 872 - 967 - 1012 - 1013 - 1036 - 1050 - 1057 à 1060.

Fait juridique, 1283 et s.

Famille, v. relations de famille

Fraude

Fraude à la loi, 48 et s. - 53 et s. - 70 - 108 et s.

Fraus omnia corrumpit, 22 - 1144.

G

Gestion d'affaires, 32 - 615.

Grève, 643 - 1216 et s.

H

Hiérarchie, 18 - 131 - 194 - 269 - 289 - 406 - 417 - 453 - 465 - 473 - 518 - 525 - 1117 - 1175 - 1180 - 1341.

Hiérarchie des normes, 1172 à 1183.

Huissier de justice, 337 - 338 - 458 à 461 - 467 - 468.

I

Indu, v. répétition de l'indu

Indemnité, 81 - 112 - 123 - 644 - 645 - 661 à 664 - 669 - 685.

Insolvabilité, 70 - 86 - 140 - 154 - 155 à 158 - 161 - 206 - 216 - 236 - 259 - 312 - 416 - 596 - 646 - 648.

J

Jeux, 1195.

L

Liberté du commerce et de l'industrie, v. principes de la liberté du commerce et de l'industrie

Litige, v. objet du litige

Loisirs, 1195.

Loyauté, 1209 - 1213 - 1273 à 1275 - 1277 - 1281.

M

Majorel, v. banque Majorel

Maladies professionnelles, 1187.

Marché à forfait, 64 et s.

Mariage, 642 - 668 - 675 et s.

Mise en demeure, 326 et s.

N

Normes, v. hiérarchie des normes

Nullité, 481 - 517 - 539 et s.

O

Objet du litige, 521 et s.

Obligation

Obligation alimentaire, 678 - 750.

Obligation d'entretien, 648.

Obligation de résultat, 1185 et s.

Obstacle

Obstacle de droit, 33 - 34 - 90 - 92 à 96 - 98 à 101 - 743.

Obstacle de fait, 33 - 81 à 97 - 596.

Ordre public, 15 - 25 - 70 - 529 - 658 - 836 - 845 - 857 - 895 - 964 - 965 - 1011 - 1042 à 1050 - 1068 - 1116 - 1166.

Office du juge, 480 - 491 - 520 - 878 - 879 - 1091 à 1096.

P

PACS, 729 à 733.

Personnalité morale, 117 - 215 - 251 - 253- 261 - 278 - 283 - 285 - 288 - 292 à 303 - 313 - 315 - 383 - 394 - 397 - 399 - 403 - 409 - 415 - 423 - 434 - 450 - 451 - 1344.

Pertes.

Pertes sociales, 178 à 180.

Possession, v. action possessoire

Pourvoi en cassation, 844 - 856 - 925 - 928 - 934 - 937 - 939 - 940 - 941 - 1000 - 1001 - 1014 - 1021 - 1033 - 1077 - 1083.

Pourvoi-nullité, 1099 - 1103 - 1106 à 1119.

Poursuites, 200 et s.

Prestation compensatoire, 698 à 711.

Presse, 1203 à 1206.

Principes

Principes directeurs du procès, 907 - 958 - 1315.

Principes fondamentaux de procédure, 954 à 985.

Principes généraux du droit, 1113 - 1141 - 1145 - 1164 - 1267.

Principes régissant l'appel, 529.

Principe du contradictoire, 907 - 909 - 915 à 917 - 968 - 970 - 972 - 975 - 1043.

Principes de la liberté du commerce et de l'industrie, 1271 - 1280.

Principes de la liberté du travail, 1279 - 1280.

Paternité, v. action en contestation de paternité.

Procédures collectives, 143 - 193 - 195 - 202 - 216 - 217 - 221 - 227 - 229 - 231 - 234 - 269 - 231 - 234 - 269 - 305 - 384 - 408 - 409 - 421 - 428 - 446 - 997 à 1011 - 1036 à 1060.

Procédures d'exécution, 399 - 400 - 453 à 473 - 475.

Q

Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt at excipiendum, 22 - 48.

R

Relations de famille, 668 à 753.

Relation de travail, 657 - 675 - 804 - 712 à 714 - 1278.

Relations de travail, 657 à 667.

Répétition de l'indu, 813 à 815.

Responsabilité

Responsabilité civile, 304 - 305 - 502 - 514 - 632 - 633 - 635 - 663 - 664 - 722 - 797 à 799 - 1164 - 1192 - 1197 à 1339 - 1347.

Résultat, v. obligation de résultat

S

Saisie-vente, 453 et s.

Société

Société civile (de droit commun), 186 et s.

Société civile de construction-vente, 380 à 389.

Société civile professionnelle, 390.

Société créée de fait, 76 - 487 - 488 - 512

Sous-traitance, 647 - 778.

Specialia generalibus derogant, 501 - 1160 - 1300 - 1340.

T

Tabagisme, 1189.

Titre exécutoire, 139 - 231 - 236 - 238 - 275 - 276 - 278 - 280 - 281 - 352 - 389 - 399 - 401 - 454 - 469 - 471.

Transport, v. contrat de transport

V

Virement bancaire, 792.