

21640 1° FISCALITÉ IMMOBILIÈRE. — Sociétés étrangères. Taxe annuelle de 3 % (CGI art. 990 D). Société suisse. Bénéfice de l'art. 26 de la convention franco-suisse 9 sept. 1966 (oui). L. fin. pour 1990. art. 105. Dispositions interprétatives. Incidence (non). 2° LOIS ET RÈGLEMENTS. — Application dans le temps. Loi fiscale interprétative. L. fin. pour 1990, art. 105. Taxe de 3 % sur les sociétés étrangères détenant des immeubles en France (CGI art. 990 D). Litige tranché par un jugement ayant acquis l'autorité de la chose jugée. Loi fiscale. Application rétroactive (non). 3° CONVENTIONS INTERNATIONALES. — Convention franco-suisse 9 sept. 1966. Art. 26. Société suisse. Bénéfice (oui). Taxe de 3 % sur les sociétés étrangères détenant des immeubles en France (CGI art. 990 D). Supériorité des règles conventionnelles sur la loi interne.

Cass. Ass. plén. 21 décembre 1990 ; Directeur général des impôts c. S.A. Roval.

En application de l'article 26 de la convention fiscale franco-suisse du 9 septembre 1966, dont les dispositions prévalent sur la loi française en vertu de l'article 55 de la Constitution, une société suisse ne peut être soumise à la taxe de 3 % instituée par l'article 990 D du Code général des impôts, sur la valeur vénale des immeubles situés en France et possédés par des personnes morales dont le siège est hors de France, taxe litigieuse à laquelle échappent les sociétés françaises se trouvant dans la même situation.

Le rattachement à un État, auquel se réfère cet article 26 pour interdire la discrimination n'est autre que la nationalité, laquelle, pour une société, résulte, en principe, de la localisation de son siège réel, défini comme le siège de la direction effective et présumée par le siège statutaire.

Il s'ensuit que l'article 105 de la loi n. 89-935 du 29 décembre 1989, de caractère interprétatif exprès, disposant que le siège des personnes morales s'entend de leur siège de direction effective, quelle que soit leur nationalité, française ou étrangère, est sans influence sur la solution du litige, cet article, au demeurant, ne pouvant rétroactivement préjudicier au contribuable dont les droits ont été reconnus, comme en l'espèce, par une décision de justice passée en force de chose jugée au sens de l'article 500 du Nouveau Code de procédure civile.

ANNOTER : J.-Cl. Fiscalité immobilière, fasc. 585.

CONCLUSIONS DE M. D. H. DONTENWILLE
PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL
À LA COUR DE CASSATION

Je suis conduit à vous conter l'histoire d'une « peau de chagrin »...

Le dossier qui vous est soumis prenait apparemment des dimensions considérables quant à ses incidences...

N'était-il pas question, pour en dégager la solution, de prendre parti sur deux problèmes majeurs :

— Le champ procédural d'interférence d'une loi expressément déclarée interprétative (domaine où des divergences d'approche, au sein même de notre Cour, sont apparues).

Application immédiate à quel niveau de l'instance en cours ? Celui des juges souverains du fond quand leur saisine, au deuxième degré va être épuisée, ou, au-delà, jusqu'à l'instance exceptionnelle ouverte dans les conditions limitatives que l'on sait, devant votre Cour suprême ?

Beau débat, entouré encore d'un certain flou qu'autorisent nos arrêts qui ne sont pas en totale harmonie.

Et sur ce point je me réfère notamment aux décisions de la 3^e Chambre civile :

— 12 juin 1968 (*Bull. civ. III, n. 265*),

— 22 juin 1983 (*Bull. civ. III, n. 145*).

nettement ancrés sur la notion traditionnelle de « chose antérieurement jugée ».

Et je cite cet attendu de 1968 :

« ... l'alinéa 7 du nouvel article 845 du Code rural, applicable aux baux et instances en cours ne saurait porter atteinte à l'autorité de la chose antérieurement jugée, à défaut de disposi-

tions expresses de la loi précisant qu'elle s'appliquerait *nonobstant toute décision devenue irrévocable* ».

La Chambre sociale, adopte quant à elle, une position plus « nuancée ».

Restrictive dans la majorité de ses arrêts :

— 19 juin 1963 (*Bull. civ. IV, n. 515*),

— 14 mars 1967 (*Bull. civ. IV, n. 254*),

elle ouvre une brèche dans un contexte certes particulier par son arrêt du 13 mai 1985 (*Bull. civ. V, n. 291*) en énonçant :

« ce nouveau texte, qui se borne à reconnaître, sans rien innover, un état de droit préexistant qu'une définition imparfaite avait rendu susceptible de controverse, revêt un caractère interprétatif des dispositions anciennes et *se trouve applicable à la procédure pendante devant la Cour de cassation* ».

La matière se prêtait sans doute à cette extension, mais un principe qui souffre des extensions ponctuelles n'est plus un principe.

La barrière est en deçà ou au-delà éventuellement du filtre que constitue le recours en cassation et la procédure qui lui est propre (l'article 1009-1 nous le rappelle qui invite à l'exécution préalable de la décision avant examen du pourvoi).

Que voilà question capitale et lourde de mises au point insistantes que ce dossier vous eût permis de trancher en formation plénière, une fois pour toutes.

— Plus lourd encore d'interrogations... la portée, impérative ou non, à l'égard du juge « judiciaire » chargé en principe d'interpréter la loi, des considérants d'une décision du Conseil Constitutionnel, fixant les réserves à partir desquelles il estime une loi « conforme ». Véritable recherche d'un équilibre pointu entre deux pouvoirs de la République !

Or il m'apparaît que cet immense débat dans le cadre strict du dossier qui vous est soumis, n'a pas lieu nécessairement d'être engagé.

Se situe en effet en « amont » une question préalable, relativement simple, de droit international privé, tellement courante et directe, qu'elle pouvait, dans un raisonnement engagé entre spécialistes, être à ce point « simpliste » qu'elle n'a pas été évoquée.

C'est pourtant sur ce seul terrain que vont se situer mes conclusions dès lors bien réduites dans le cheminement de pensée qu'elles adoptent.

Il n'y a pourtant nulle fuite ni échappatoire face à des prises de position qui eussent pu être fondamentales. J'avais, à leur sujet quelques avis à développer et en ressens, sur le plan de l'intérêt juridique doctrinal pur, une certaine frustration.

Mais un éclairage frontal, qui me semble s'imposer, exclut toutes les ombres portées et leurs subtiles nuances qu'une palette future donnera peut-être l'occasion de dessiner.

Pour aujourd'hui, en tout cas, la réunion de votre Cour en sa plus haute composition n'est point artificielle. Les deux problèmes sous-jacents évoqués justifiaient, ô combien, à eux seuls, la saisine de votre formation.

Le retour, fort banal, aux sources, que je vais vous proposer, mérite quant à lui votre examen, ces sources bien sûr perçues en profondeur par nos collègues axés sur un problème déterminé, relevant d'une approche plus généraliste. La vôtre...

Une remise à l'heure, en ce dossier, sera profitable à tous ceux qui lui sont parallèles.

Mais plus n'est besoin de la fine aiguille des secondes volatiles.

Le cadran très simplement, peut se satisfaire de la marque traditionnelle d'un temps bien assuré.

*

**

Les données de départ sont on ne peut plus simples.

Une société ayant son siège en Suisse est propriétaire d'un immeuble en France. Des textes internes, dont il ne m'appartient pas d'apprécier la finalité, tendent à entraver certaines évasions fiscales voyantes...

Nous ne sommes pas, nous juristes, chargés d'en ausculter le bien-fondé. Sont-ils adaptés, sont-ils « opérationnels » dirait-on aujourd'hui, pour combattre ce qu'ils estiment être un contexte trouble ?

Plus brutalement, sont-ils efficaces, donc compatibles avec le « fond » juridique dont ils espèrent modifier les données ? Ont-

ils choisi la bonne voie, celle-ci n'est-elle qu'illusoire, alors que l'effort devait se situer ailleurs, au niveau des conventions bilatérales méritant d'être « renégociées » ?

Nous ne sommes pas le Quai d'Orsay mais le Quai de l'Horloge !

Il ne faut pas se tromper de cible...

Notre débat, en vérité, va se limiter à une analyse et comparaison de textes, à notre sens très éclairante.

En voici un bref tableau, permettant de relever des rapprochements ou des distorsions susceptibles de sérier le problème.

1° **Convention fiscale franco-suisse du 9 septembre 1966.** — « Les nationaux d'un État contractant ne sont soumis dans l'autre État contractant à aucune imposition ou obligation y relative qui est autre ou plus lourde que celle à laquelle seront assujettis les nationaux de cet autre État se trouvant dans la même situation... »

Le terme « nationaux » désigne pour chaque État contractant :

— Toutes les personnes physiques qui possèdent la nationalité de cet État ;

— Toutes les personnes morales sociétés de personnes et associations constituées conformément à la législation dudit État... »

2° **Texte de l'article 990 D du Code général des impôts** (antérieur à 1990).

Art. 990-D : Les personnes morales dont le siège est situé hors de France et qui, directement ou par personne interposée, possèdent un ou plusieurs immeubles situés en France ou sont titulaires de droits réels portant sur ces biens sont redevables d'une taxe annuelle égale à 3 % de la valeur vénale de ces immeubles ou droits (dispositions applicables à compter du 1^{er} janvier 1983). La personne interposée est solidairement responsable du paiement de la taxe (L. n. 82-1126, 29 déc. 1982, art. 4. I. 1 : JCP 83, III, 53588).

3° **Texte de l'article 990 D** tel que modifié par la loi de finances 89-935 du 29 décembre 1989 (JCP 90, III, 63414 et rectific. 63804) (art. 105) déclarée conforme à la Constitution par décision n. 89-268 DC du 29 décembre 1989 du Conseil Constitutionnel (JCP 90, III, 63415).

Art. 105 I-1 : La dernière phrase de l'article 990 D du Code général des impôts est supprimée.

Art. 105 I-2 : L'article 990 D du Code général des impôts est complétée par deux alinéas ainsi rédigés :

« Les personnes morales dont le siège est situé hors de France s'entendent des personnes morales qui ont hors de France leur siège de direction effective, *quelle que soit leur nationalité française ou étrangère.*

« Est réputée posséder des biens ou droits immobiliers en France par personne interposée, toute personne morale qui détient une participation, qu'elles qu'en soient la forme et la quotité, dans une personne morale qui est propriétaire de ces biens ou droits ou détentrice d'une participation dans une troisième personne morale, elle-même propriétaire des biens ou droits ou interposée dans la chaîne des participations. Cette disposition s'applique quel que soit le nombre des personnes morales interposées ».

**

Voici l'exégèse, très schématique mais littérale (ce terme retrouvant son plein sens dans les relations internationales pointilleuses) à laquelle cette lecture comparative me conduit :

1° La convention franco-suisse date de 1966. Elle est antérieure aux textes ensuite reproduits. Elle n'a jamais été renégociée.

Son esprit : — *Égalité de traitement* —

En son article 26 qui nous intéresse directement, et constitue une disposition « autonome » structurée, je note que le terme « nationalité » y est employé à trois reprises. Au point qu'il sert de base à une définition :

Pour les personnes morales, j'insiste sur son libellé :

« Le terme "nationaux" désigne... »

... toutes les personnes morales, sociétés de personnes et associations constituées conformément à la législation dudit État ».

Je mets en relief ceci :

La Semaine Juridique, Éd. G, n° 10

Article 2 de la Convention :

« La présente convention s'applique aux impôts sur le revenu et sur la fortune perçus pour le compte de chacun des États contractants, de ses subdivisions politiques et de ses collectivités locales, quel que soit le système de perception.

« Sont considérés comme impôts sur le revenu et sur la fortune les impôts ordinaires et extraordinaires perçus sur le revenu total, sur la fortune totale ou sur les éléments de revenu ou de la fortune, y compris les impôts sur les gains provenant de l'aliénation de biens immobiliers, ainsi que les impôts sur les plus-values.

C'est, je crois, on ne peut plus clair :

a) la convention s'applique à tous les impôts ordinaires et extraordinaires...

b) Le critère qu'elle adopte, pour établir la situation d'équilibre entre les ressortissants ou assujettis de chaque État est, incontestablement celui de *nationalité* critère appliqué, « *expressis verbis* », aux personnes morales.

Voilà la base intangible de ce document qui, jusqu'à éventuelle amélioration, s'impose à la France.

2° L'article 990 du Code général des impôts, tel qu'il a été adopté par la loi de finances du 29 décembre 1982 (L. n. 82-1126 : JCP 83, III, 53588) :

Texte de droit interne et qui, pour des raisons de protectionnisme conjoncturel, établit, quant à lui, non pas une réciprocité mais une *discrimination*.

Plus un mot ne rappelle la « nationalité », axe de la convention précédemment reproduite.

Au critère de nationalité se substitue de façon *unilatérale* celui de « siège » des personnes morales situées hors de France.

3° L'article 990 D nouveau du Code général des impôts issu de la loi de finances du 29 décembre 1989.

Texte déclaré conforme à la Constitution, par décision du Conseil constitutionnel, qui accorde son « imprimatur » sous réserve d'une lecture mesurée de son caractère « interprétatif ». Le cadre rétroactif est limité à la décision passée « en force de chose jugée ».

Comme nous l'avons dit, d'entrée, nous n'engageons pas de débat sur ce point. Un jour ou l'autre il resurgira.

Nous relevons seulement ici, ce qui est capital dans le contexte de la procédure qui nous est soumise.

Cette nouvelle version de l'article 990 D tente sans doute habilement de contourner certaines pratiques.

Mais, dans sa rédaction même, malgré ses efforts d'adaptation à la lutte contre certains procédés qui peuvent apparaître frauduleux, elle est, s'agissant toujours des rapports franco-suisse... *suicidaire*.

Pour contourner de savantes manœuvres, elle emploie en effet l'expression suivante :

« Les personnes morales dont le siège est situé hors de France s'entendent des personnes morales qui ont hors de France leur siège de direction « effective ». *Quelle que soit leur nationalité* ». N'oublions pas cette « finale » qui se veut paratonnerre alors qu'elle risque au contraire, de mettre en relief une incompatibilité majeure entre texte de nature internationale et droit interne... »

**

Car je fais ici halte... et quelle que soit la conjoncture, je réagis en juriste. Ce dernier texte exclut expressément le critère de *nationalité*... des personnes morales.

Or il demeure, et personne ne le contestera, qu'il n'y a pas parallélisme total entre *nationalité* d'une société et *siège social* de celle-ci, même défini en fonction de son caractère « effectif ».

Nous nous référerons à ce sujet aux multiples chroniques publiées sur la question, en pleine gestation... ce qui illustre l'absence d'adéquation !... Notamment :

— Nationalité et domicile, Paul Lagarde, in *Rev. crit. DIP* 1971, p. 451 à 468.

— JCP 72, II, 17101 note Oppetit sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1971.

— JDI 1973, p. 219 chr. Bruno Oppetit.

— Nationalité des sociétés, in *Droit International privé* (Mayer), éditions Monchrétien (1987).

— « Les personnes morales » in *Droit international privé* (Holleaux, Foyer de la Pradelle), éd. Masson (1987).

**

Conclusion peut-être brutale, pour des commentateurs spécialisés, mais qui nous semble tomber sous le sens... De deux choses l'une :

— Ou la « nationalité » de la personne morale est équivalente strictement à son siège social « effectif », il convient alors de faire jouer immédiatement la réciprocité et peu importe dans ce cas l'étendue de la rétroactivité ! de la loi de 1990, la géographie de cette rétroactivité ! La frontière se situe-t-elle au niveau de la décision passée « en force de chose jugée » (arrêt de la cour d'appel, juridiction du fond du deuxième degré) selon notre norme bien définie par l'article 500 du Nouveau Code de procédure civile qui pourrait au besoin être rappelé en incidente ? Ou bien, outrepassant ce seuil,

la prise en compte du recours *extraordinaire* que constitue le pourvoi (et dont on rappelle pourtant assez le caractère), ce qui, insidieusement ferait de la Cour Suprême un troisième degré de juridiction apte à prendre en considération le chassé-croisé législatif.

— Au contraire, si les deux concepts, « nationalité » et « siège social » (quel que soit son qualificatif adventice) ne sont pas strictement *superposables*, force est donc de rester fidèle à notre Constitution qui affirme que les documents internationaux priment sur le droit interne.

Quelle chute, alors, mais ayons le courage de l'assumer.

Toute la discussion savante qui s'instaurait est *sans objet...* car, même la loi de 1982 (CGI art. 990 D. ancien) ou celle plus élaborée de 1989 (art. 990 D nouveau) se retrouvent dans la même corbeille. Point n'est besoin ici de subtiles distinctions entre elles. Elles sont l'une et l'autre « hors jeu ».

Le critère qu'elles ont choisi (*siège*) déroge à celui retenu par la Convention franco-suisse antérieure (*nationalité*).

Il ne peut, issu d'un texte *interne*, contourner une convention entre États souverains.

Quel texte interne, applicable à l'espèce, diront ceux qui souhaitent, à l'occasion de cette affaire, voir régler les vertigineux problèmes franco-français évoqués tout à l'heure ?

Ici, peu nous chaut...

L'évolution des lois de 1982 et 1989 conduit à la confrontation entre notre droit interne dans sa constance et sa globalité protectrices, avec le droit international qui de toute façon prédomine. Ce rôle éminent de contrôle de l'adéquation des normes internationales à notre droit positif national, privilège de notre mission juridictionnelle incontestée, ne saurait évidemment impliquer un choix entre l'« applicabilité » à l'espèce de deux textes internes successifs entre lesquels la primauté savante n'a pas sa place.

Les évoquer ne signifie pas, évidemment, prendre parti entre eux.

Nous le soulignons à nouveau fortement... ils sont, de toute façon, théoriquement, hors du présent débat ! et la référence qui, nécessairement y a été faite, touche à leur esprit, incompatible avec la Convention franco-suisse ; ayons la modestie d'admettre que cette convention bilatérale ne nous autorise pas à nous pencher sur les interrogations fondamentales qui nous sont *propres* et viendront, sûrement, à leur heure !

Je conclus donc à l'application de l'article 55 de notre Constitution qui, sans partage, donne la primauté au texte de nature internationale.

Nos engagements, hors de nos frontières, s'honorent, même s'ils n'apparaissent plus totalement adaptés.

Je conclus au *rejet* du pourvoi.

ARRÊT

LA COUR ; — Attendu, selon le jugement attaqué (Tribunal de grande instance de Druguignan, 25 mars 1988), que la société anonyme Roval, constituée en 1981 et dont le siège est à Lausanne (Suisse), a contesté son assujettissement à la taxe de 3 %, instituée par l'article 990 D du Code général des impôts issu de la loi du 24 décembre 1982, sur la valeur vénale des immeubles situés en France et possédés par des personnes morales dont le siège est hors de France ; que la société Roval a invoqué les dispositions de l'article 26 de la convention fiscale franco-suisse du 9 septembre 1966 selon lesquelles « les nationaux d'un État contractant ne sont

soumis, dans l'autre État contractant, à aucune imposition ou obligation y relative, qui est autre ou plus lourde que celle à laquelle sont ou pourront être assujettis les nationaux de cet autre État se trouvant dans la même situation » ; — *Sur la loi applicable* : Attendu que le directeur général des impôts soutient que l'article 990 D du Code général des impôts doit être interprété conformément à l'article 105 de la loi du 29 décembre 1989 applicable en la cause en raison de son caractère interprétatif exprès, et qui dispose que « le siège des personnes morales s'entend de leur siège de direction effective, quelle que soit leur nationalité, française ou étrangère » ; — Mais attendu que le rattachement à un État, auquel se réfère l'article 26 de la convention de 1966 pour interdire la discrimination n'est autre que la nationalité, laquelle, pour une société, résulte, en principe, de la localisation de son siège réel, défini comme le siège de la direction effective et présumé par le siège statutaire ; qu'il s'ensuit que l'article 105 de la loi du 29 décembre 1989 qui, au demeurant, ne pouvait rétroactivement préjudicier au contribuable dont les droits ont été reconnus, comme en l'espèce, par une décision de justice passée en force de chose jugée au sens de l'article 500 du Nouveau Code de procédure civile, est sans influence sur la solution du litige ; — *Sur le moyen unique* : — Attendu qu'il est fait grief au jugement d'avoir accueilli l'opposition de la société à l'avis de mise en recouvrement de la taxe alors, selon le pourvoi, que les critères prévus par l'article 990 D du Code général des impôts reposent sur la notion de résidence indépendante de celle de nationalité et que les sociétés qui ont leur siège en Suisse et sont assujetties à la taxe litigieuse ne sont pas dans la même situation que les sociétés à prépondérance immobilière ayant leur siège en France et qui échappent à cette taxe ; qu'ainsi, le tribunal a violé, par fausse application, l'article 26 de la convention et, par refus d'application, les articles 990 D et 990 E du code précité ; — Mais attendu, d'abord, que le critère retenu par l'article 990 D du Code général des impôts, pour délimiter son champ d'application, fondé sur la situation hors de France du siège des sociétés ne se distingue pas de la nationalité telle que définie par l'article 26 de la convention franco-suisse du 9 septembre 1966 ; — Attendu, ensuite, que des sociétés françaises et suisses possédant des immeubles en France se trouvent dans la même situation au sens de l'article 26 de la convention franco-suisse, la localisation de leurs sièges en France pour les unes et en Suisse pour les autres, donc leurs nationalités différentes, étant sans influence ; — Attendu, dès lors, que c'est à bon droit que le jugement attaqué a décidé qu'en application des dispositions de l'article 26 de la convention, qui prévalent sur la loi française en vertu de l'article 55 de la Constitution, la société Roval ne pouvait être soumise à la taxe litigieuse à laquelle échappent les sociétés françaises se trouvant dans la même situation ; — Que le moyen n'est, donc, pas fondé ; — *Sur la demande fondée sur l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile* : Attendu que la société Roval sollicite l'allocation d'une somme de 15.000 francs sur le fondement de cet article ; — Mais attendu qu'il n'y a pas lieu d'accueillir cette demande ;

Par ces motifs : — Rejette le pourvoi ;

Rejette la demande fondée sur l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile.

MM. Drai, Pr. prés., Lemontey, rapp., Dontenwille, av. gén. ; M^{es} Goutet et Ryziger, av.

Observations. — V. ci-dessus les conclusions de M. l'avocat général M. Dontenwille.

NDLR — Le rapport de M. le conseiller J. Lemontey a été publié dans l'édition E (*JCP 91, II, 120*).

21641 SÉPARATION DE BIENS. — Partage. Attribution préférentielle. Champ d'application. Indivision de nature familiale (oui). Indivision partage pendant le mariage. Demande recevable (oui). C. civ. art. 832 et 1542. Obstacle (non).

Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 1990 ; *épx* Laguillier c. Banque régionale d'escompte et de dépôts Bred.

Il résulte des articles 832, 1476 et 1542 du Code civil que l'attribution préférentielle peut être demandée, sous les

conditions prévues par la loi, dans le partage des indivisions de nature familiale ; il s'ensuit que le conjoint séparé de biens peut demander l'attribution préférentielle du local servant à son habitation et dont il est propriétaire par indivis, même si cette indivision est partagée pendant le mariage. *Violent les textes précités la cour d'appel qui pour rejeter la demande d'attribution préférentielle du logement familial par l'épouse, énonce que les dispositions de l'article 1542 du Code civil ne s'appliquent pas au partage intervenant au cours du mariage, à la demande de l'un des époux ou de ses créanciers, que l'article 832 du même code n'institue l'attribution préférentielle d'un bien indivis que dans les seules indivisions successorales ou communautaires et, qu'en l'espèce, l'union n'est dissoute ni par décès, ni par séparation ou divorce.*

ANNOTER : J.-Cl. Civil, art. 1475 et 1476 ou Notarial Répertoire, V° Communauté légale, fasc. 60, par A. Le Bayon.

J.-Cl. Civil, art. 1536 à 1543, fasc. 1 et 2 ou Notarial Répertoire, V° Séparation de biens, fasc. 1 et 2 par M. Storck.

LA COUR ; — *Sur le moyen unique* : — Vu les articles 832, 1476 et 1542 du Code civil ; — Attendu qu'il résulte de l'ensemble de ces textes que l'attribution préférentielle peut être demandée, sous les conditions prévues par la loi, dans le partage des indivisions de nature familiale ; qu'il s'ensuit que le conjoint séparé de biens peut demander l'attribution préférentielle du local servant à son habitation et dont il est propriétaire par indivis, même si cette indivision est partagée pendant le mariage ; — Attendu que selon l'arrêt attaqué, les époux Laguillier-Fauvel, mariés en 1969 sous le régime de la séparation de biens, ont acquis en 1977, chacun pour moitié, des terrains sur lesquels ils ont fait construire la maison d'habitation de la famille ; que la Banque régionale d'escompte et de dépôts, créancier personnel du mari, les a assignés pour faire ordonner le partage des terrains ; que l'arrêt attaqué a fait droit à cette demande et a rejeté la demande d'attribution préférentielle du logement que M^{me} Fauvel avait formée ; — Attendu que pour statuer ainsi, l'arrêt énonce que les dispositions de l'article 1542 du Code civil ne s'appliquent pas au partage intervenant au cours du mariage, à la demande de l'un des époux ou de ses créanciers ; que l'article 832 du même code n'institue l'attribution préférentielle d'un bien indivis que dans les seules indivisions successorales ou communautaires et, qu'en l'espèce, l'union n'est dissoute ni par décès, ni par séparation ou divorce ; — Attendu qu'en se déterminant ainsi la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs : — Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 7 novembre 1988, entre les parties, par la Cour d'appel de Chambéry ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Grenoble.

MM. Camille Bernard ff. prés., Savatier rapp., Sadon premier av. gén. ; SCP Lyon-Caen, Fabiani et Liard, Boulliez, av.

Observations. — L'extension progressive des règles conçues pour les époux communs en biens à ceux qui, après avoir choisi la séparation de biens, ont reconstitué une quasi-communauté en se dotant d'un patrimoine indivis se poursuit. La nouvelle étape, franchie par l'arrêt du 9 octobre 1990, mérite d'être remarquée.

Si le partage de la communauté a toujours été calqué sur celui des successions (C. civ., art. 1476), le législateur, tout en prenant acte de l'existence inévitable d'une catégorie résiduelle de biens indivis entre époux séparés de biens (C. civ., art. 1538, al. 3), a longtemps voulu ignorer le sort de ces biens, qui ne pouvaient être que partagés ou licités (V. encore, pour un refus de transposition des règles de l'attribution préférentielle, Cass. civ. I, 29 juin 1976 : *Bull. civ. I*, n. 236 ; *JCP* 78, II, 18943, 18987 bis, *observ. de la Marrière*).

L'avancée décisive est résultée de l'adjonction par la loi n. 75-617 du 11 juillet 1975 (*JCP* 75, III, 43073) portant réforme du divorce d'un article 1542 nouveau aux dispositions du Code civil relatives à la séparation de biens : « Après la dissolution du mariage par le décès de l'un des conjoints, le partage des biens

indivis entre les époux séparés de biens, pour tout ce qui concerne ses formes, le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle, la licitation des biens, les effets du partage, la garantie et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre « Des successions » pour les partages entre cohéritiers (al. 1^{er}). Les mêmes règles s'appliquent après divorce ou séparation de corps. Toutefois, l'attribution préférentielle n'est jamais de droit. Il peut toujours être décidé que la totalité de la soulte éventuellement due sera payable comptant (al. 2) ».

A première vue, et sous réserve des variations légères de régime suivant la cause de dissolution du régime, l'alignement sur la dissolution de la communauté était donc réalisé.

On peut penser, cependant, qu'au moment où cette innovation importante a été adoptée, le législateur n'avait pas présent à l'esprit une différence importante entre la communauté et l'indivision pouvant exister entre époux séparés de biens. La communauté, par définition même, dure tant que dure le régime correspondant. Au contraire, l'indivision entre époux séparés de biens peut prendre fin à tout moment, par application de l'article 815, alinéa 1^{er} : « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut être toujours provoqué... ». Il fallait donc admettre que les époux séparés de biens — ou leurs créanciers, comme dans l'espèce rapportée (art. 815-17) — puissent mettre fin à l'indivision pendant la durée même du régime (Cf. M. Storck, *J.-Cl. Civil*, art. 1536 à 1543, fasc. 1, ou *Notarial Répertoire*, V° Séparation de biens, fasc. 1, n. 46 s. — Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 1985 : *Bull. civ. I*, n. 267 ; *JCP* 86, IV, 13 ; *D.* 1986, 241, *note Breton*. — 5 nov. 1985 : *Bull. civ. I*, n. 285 ; *JCP* 86, éd. N, II, 247, *observ. Simler*).

La question non résolue était de savoir si, dans le cas de partage de l'indivision entre époux séparés de biens pendant la durée même du mariage, il convenait d'appliquer pareillement, sur le fondement du renvoi opéré par l'article 1542, les dispositions relatives au partage des successions et de la communauté.

La lecture du texte de l'article 1542 inspirait plutôt une réponse négative : il mentionne uniquement, en effet, l'hypothèse de la dissolution du mariage (Cf. Terré et Simler, *Les régimes matrimoniaux*, *Dalloz* 1989, n. 798). Aussi, les juges du fond ont-ils cru devoir refuser le bénéfice de l'attribution préférentielle dans les circonstances de l'espèce, au motif que le renvoi aux règles particulières applicables au partage des successions ne peut être étendu à d'autres hypothèses que celles prévues par la loi. L'arrêt attaqué (Chambéry 7 nov. 1988 : *Juris-Data* n. 050166) a ainsi décidé « que l'attribution préférentielle, mode exceptionnel d'allocation, ne peut être ordonnée qu'au profit de ceux auxquels la loi accorde cet avantage ». Il en a refusé le bénéfice à l'épouse, dans le cadre du partage provoqué par un créancier, puisque « l'article 1542 du Code civil relatif au partage des indivisions résultant de la séparation des biens entre époux ne prévoit l'application des dispositions propres à l'attribution préférentielle qu'aux seuls cas où le partage procède de la dissolution du mariage par décès, divorce ou séparation de corps ». La Cour de Chambéry en a déduit que ces dispositions « ne s'appliquent pas aux partages intervenant au cours du mariage, à la demande de l'un des époux ou de ses créanciers ».

Sur le plan du droit, ce raisonnement est sans faille. On ne peut même pas lui reprocher de procéder d'un « littéralisme » mesquin. L'analogie entre la liquidation de la séparation de biens et le partage de la communauté n'est réelle qu'en cas de dissolution du mariage.

La solution contraire retenue par la Cour de cassation, dans son arrêt du 9 octobre 1990, mérite néanmoins, du point de vue d'une saine politique jurisprudentielle, d'être approuvée. Elle rend vaine toute tentative d'éviction des dispositions de l'article 1542 par une action en partage précédant une procédure de divorce ou concomitante à cette procédure. Elle évite à des époux, désireux d'invoquer à terme le bénéfice de l'attribution préférentielle, de voir leurs prévisions déjouées par un partage prématurément provoqué par un créancier. Dès lors que le législateur a étendu au partage de l'indivision entre époux séparés de biens les faveurs précédemment réservées au partage des successions et de la communauté, la cohérence veut qu'il en soit ainsi dans toutes les circonstances dans lesquelles il est mis fin à cette indivision. C'est à l'évidence de souci de cohérence qui a animé la Cour de cassation : « il résulte de l'ensemble des articles 832, 1476 et 1542 du Code civil que l'attribution préférentielle peut être demandée, sous les conditions prévues par la loi, dans le partage des indivisions de nature familiale ».

Philippe SIMLER,

Doyen de la Faculté de droit,
de sciences politiques
et de gestion de Strasbourg.

21642 CRÉDIT-BAIL (LEASING). — Crédit-bail mobilier. Contrat de vente. Résolution. Effets. Résiliation du contrat de crédit-bail. Limites [Éd. E, 91, II, 111].

Cass. Ch. mixte 23 novembre 1990, trois arrêts. 1° Bitoun c. S.A. Diebold Computer et autres. 2° Pietri c. S.A. France-bail et autre. 3° Lubin c. société Locabail et autre.

La résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation (1^{er}, 2^e et 3^e arrêts).

ANNOTER : J.-Cl. Banque et Crédit, fasc. 641, par Christian Gavalda et Danièle Crémieux-Israël.

1° BITOUN C. SA DIEBOLD COMPUTER ET AUTRES

LA COUR ; — *Sur le moyen unique, qui n'est pas nouveau* ; — Vu l'article 1184 du Code civil ; — Attendu que pour financer l'acquisition d'un ensemble de matériel et de programmes informatiques, M. Bitoun a conclu le 18 janvier 1982 un contrat de crédit-bail avec la société Diebold Computer Leasing ; que le matériel livré s'étant révélé inutilisable, M. Bitoun a assigné le fournisseur, la société Jaxton Informatique en résolution de la vente, et la société Diebold Computer Leasing en résolution du contrat de crédit-bail ; — Attendu que pour déclarer M. Bitoun irrecevable en cette dernière demande, l'arrêt retient que le contrat comporte une clause de non-recours du locataire contre l'établissement financier que ce soit pour obtenir la résiliation du bail ou des dommages-intérêts, en l'absence de toute faute prouvée du bailleur et que ce dernier a transféré au locataire le droit à la garantie légale ou conventionnelle du vendeur, normalement attachée à la propriété de la chose ; — Qu'en statuant ainsi, alors que la résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de l'application de clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation, la Cour d'appel a violé le texte susvisé.

Par ces motifs : — Casse et annule, sauf en ce qui concerne les dispositions confirmées du jugement de première instance, l'arrêt rendu le 18 septembre 1986, entre les parties, par la Cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Lyon.

MM. Jouhaud, ff. pr. prés., Defontaine et Senselme, prés., Cathala, rapp., Dontenwille, pr. av. gén. ; SCP Waquet Farge et Hazan, M^e Guinard et M^e Copper-Royer, av.

2° PIETRI C. SA FRANCE-BAIL ET AUTRE

LA COUR ; — *Sur le moyen unique* : — Vu l'article 1184 du Code civil ; — Attendu que la résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation ; — Attendu que pour financer l'acquisition d'un appareil médical émetteur d'ondes courtes, le Docteur Pietri a conclu avec la société France-Bail, le 23 avril 1982, un contrat de crédit-bail ; que l'appareil vendu par M. Vanoni s'étant révélé impropre à l'usage auquel il était destiné, le Docteur Pietri a assigné le vendeur en résolution de la vente et la société France-Bail pour faire prononcer la nullité du contrat de crédit-bail ; — Attendu que pour débouter le Docteur Pietri de sa seconde demande et décider que le contrat de crédit-bail conserverait son plein et entier effet, l'arrêt retient que les parties sont liées par ce contrat qui prévoit qu'il prend fin le jour où le jugement prononçant la résolution de la vente devient définitif, ce qui ne permet pas de fixer à une autre date la fin du contrat de crédit-bail ; — Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que la résolution judiciaire de la vente avait été prononcée et que le crédit-bailleur avait limité son appel à la seule question de la nullité du contrat de crédit-bail, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations.

Par ces motifs : — Casse et annule, sauf en ce qui concerne les dispositions confirmées du jugement de première instance, l'arrêt rendu le 26 mai 1987, entre les parties, par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Lyon.

MM. Jouhaud, ff. pr. prés. ; Defontaine et Senselme, prés. ; Cathala, rapp. ; Dontenwille, pr. av. gén. ; M^e Gauzès et SCP Célice et Blancpain, av.

3° LUBIN C. SOCIÉTÉ LOCABAIL ET AUTRES

Sur le moyen unique : — Vu l'article 1184 du Code civil ; — Attendu que le Centre médical Saint-Michel, désireux de se procurer un important matériel informatique auprès du Groupement d'intérêt économique Medilec, s'est adressé à la société Locabail avec laquelle il a conclu un contrat de crédit-bail, assorti du cautionnement du Docteur Lubin ; que le matériel livré s'étant révélé impropre à son usage, le Centre médical et le Docteur Lubin ont cessé d'honorer les échéances trimestrielles de la location du matériel ; qu'assignés en paiement des loyers échus, ainsi que des indemnités et pénalités prévues par le contrat, le Centre médical et le Docteur Lubin se sont retournés contre le GIE Medilec pour obtenir la résolution de la vente du matériel pour vices cachés et ont demandé que le contrat de crédit-bail soit lui-même résolu, accessoirement au contrat de vente ; — Attendu que pour décider que la résolution du contrat de vente « est sans effet sur la validité du contrat de crédit-bail », l'arrêt retient que le Docteur Lubin a renoncé à tout recours contre le bailleur, en contrepartie du transfert au locataire du droit à la garantie du vendeur, et ne peut invoquer la nullité du contrat de crédit-bail ; — Qu'en statuant ainsi, alors que la résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de l'application des clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation, la Cour d'appel a violé le texte susvisé.

Par ces motifs : — Casse et annule, sauf en ce qui concerne les dispositions déclarant le Docteur Lubin recevable en ses demandes et prononçant la résolution de la vente du matériel, l'arrêt rendu le 13 mai 1988, entre les parties, par la Cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Lyon.

MM. Jouhaud, ff. pr. prés., Defontaine et Senselme, prés. ; Cathala, rapp. ; Dontenwille, pr. av. gén. ; M^e Roger et S.C.P. Delaporte et Briard, av.

Observations. — Longtemps espérés, ces arrêts de la Chambre mixte de la Cour de cassation n'étaient plus attendus. Il fallait se faire une raison : l'opposition de la Chambre civile et de la Chambre commerciale quant aux conséquences de la résolution du contrat de vente liant le crédit-bailleur au fournisseur sur le contrat de crédit-bail était irréductible. Les visions civilistes et commerciales de la question étaient inconciliables. Pour la chambre civile, la résolution du contrat de vente entraînait la disparition du contrat de crédit-bail. Pour la Chambre commerciale, les clauses de non-recours prévues au contrat excluaient l'anéantissement du contrat qui conservait alors sa cause (1).

Il était d'autant plus permis de s'en tenir à ce constat qu'une tentative récente de conciliation de la même Chambre mixte avait généralement été analysée comme une habile dérobade (2). La Chambre mixte s'était en effet contentée d'affirmer que la clause destinée à régler les conséquences de la résolution de la vente devait recevoir application. Elle ne s'était donc pas prononcée sur le sort du contrat lui-même.

(1) Pour un exposé du droit positif : Ch. Gavalda et D. Crémieux-Israël, fasc. Crédit-bail mobilier, *J.-Cl. Banque et Bourse*, fasc. 641 ; D. Legeais, *J.-Cl. Droit des entreprises, Commercial*, fasc. n. 442 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Contrats spéciaux*, éd. Cujas 1990, n. 818 s. ; Ch. Larroumet, *Les obligations, Cujas 1990*, n. 479 ; J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, Dalloz 1990, n. 596.

(2) Ch. mixte 3 mars 1989 : *JCP 89, II, 21365, note E.-M. Bey* ; D. 1990, 301, note F. Dupuis-Touboul.

La raison l'a toutefois emporté et la question à maintes reprises débattue a été à nouveau soumise à la Chambre mixte.

Il est vrai que les pourvois invitaient cette fois directement la Cour de cassation à se prononcer. Les trois espèces étaient également parfaitement exemplaires. Le matériel choisi par des non professionnels s'étant révélé impropre à l'usage auquel il était destiné des actions en résolution de la vente du matériel avaient été diligentés avec succès. Fort de cette première victoire les utilisateurs mécontents entendaient bien démontrer qu'ils étaient déliés de tous engagements à l'égard de leurs cocontractants, les établissements de crédit-bail.

Par un attendu de principe repris dans trois arrêts du même jour, la Chambre mixte, cette fois, ne joue pas de l'esquive. Il est énoncé que « La résolution de la vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail ». Mais tout arbitrage étant généralement le fruit de compromis, la Cour poursuit : « sous réserve de clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation ».

La voie choisie pour mettre fin aux divergences de la Chambre civile et de la Chambre commerciale apparaît clairement. L'attendu de principe est le fruit d'un double emprunt.

C'est l'analyse de la Chambre civile qui est retenue pour décider du sort du contrat de crédit-bail.

Mais pour la détermination des conséquences de la résolution du contrat la Chambre mixte a repris son analyse précédente. Se faisant, elle fait en partie sienne l'analyse de la Chambre commerciale qui privilégiait l'approche plus économique de l'opération (3).

Conséquence de ce compromis, un principe fort se trouve ainsi assorti de réserves qui en atténuent largement la portée. Il est dès lors permis de craindre qu'un nouveau contentieux se substitue à l'ancien.

Cela est d'autant plus prévisible que ces décisions vont impérativement conduire à une nouvelle rédaction des conventions de crédit-bail et donc à l'apparition de clauses inédites qu'il conviendra d'apprécier au regard des nouveaux critères énoncés. Mais la marge de liberté offerte aux rédacteurs sera-t-elle considérable ? C'est l'une des questions que suggère la lecture de ces décisions. Claire dans son principe, la solution énoncée pourrait en effet bien s'avérer délicate à mettre en œuvre. Les décisions vont ainsi clôturer les controverses relatives aux conséquences de la résolution du contrat de vente sur le contrat de crédit-bail (I). Mais les modalités de la résiliation du contrat de crédit-bail restent encore à préciser. Beaucoup d'interrogations subsistent en effet concernant la survie partielle du contrat consacrée par la Chambre mixte (II).

I. — CONSÉQUENCES DE LA RÉSOLUTION DU CONTRAT DE VENTE LIANT LE CRÉDIT-BAIL AU FOURNISSEUR

L'attendu de principe repris dans les trois arrêts énonce un principe qui semble avoir la force de l'évidence : La résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail. Sans doute parce que la solution paraît aller de soi la Cour de cassation n'énonce aucune justification complémentaire. C'est dans l'énoncé du visa qu'il faut trouver le fondement de la solution retenue. En choisissant l'article 1184 de préférence à d'autres articles concevables, la Chambre mixte prend un parti d'une grande fermeté : elle exclue toute possibilité d'annulation du contrat de crédit-bail (A). En préférant la résiliation à la résolution du contrat, la Chambre mixte tranche une seconde controverse (B).

(3) Cette volonté de trouver un compromis entre les deux chambres peut surprendre. En ne voulant donner tort à aucune des deux formations la Chambre mixte ne joue plus son rôle. Concilier l'inconciliable ne saurait constituer l'ambition d'une Chambre mixte. Celle-ci devrait se donner pour but de mettre définitivement fin à un contentieux. En admettant une réserve qui ruine le principe énoncé ce ne peut être le cas.

Ce manque de fermeté doit d'autant plus être regretté que M. le Premier Avocat Général Dauterive dans ses conclusions avait invité à faire complètement table rase du passé et avait demandé à la Chambre mixte de prendre une position sans ambages respectant les principes civilistes les plus constants. Dans ses conclusions il s'était livré à une critique des approches économiques et financières qui ne donnent pas naissance à des concepts sûrs. Il avait conclu par ces mots : « Le droit qui se cherche trop se perd ».

M. le Premier Avocat Général n'a été suivi qu'en partie. D'une part, compte tenu de la réserve introduite il n'est pas permis de dire que la solution retenue est une position sans ambages. D'autre part, contrairement au vœu exprimé la solution énoncée par la Chambre mixte dans sa précédente décision est partiellement reprise.

A. — L'exclusion de l'annulation

Pour délier le crédit-preneur de ses obligations, la richesse des dispositions du Code civil et de la théorie générale du contrat pouvait facilement être mise à profit. L'analyse des moyens des trois pourvois est sur ce point assez révélatrice. Sont en effet visés les articles 1126, 1131, 1134, 1721 et 1741 du Code civil. Les moyens ne reprenaient en réalité que les analyses consacrées par la doctrine et par un courant jurisprudentiel. En visant l'article 1184 la Chambre mixte rejette ces analyses passées. La Cour de cassation refuse ainsi de considérer que du fait de la résolution du contrat de vente le contrat de crédit-bail manquerait de cause et serait dès lors entaché de nullité (4). Il s'agissait pourtant là d'une analyse communément admise.

La Chambre mixte ne fait pas non plus sienne l'analyse selon laquelle si la vente du bien est résolue, le crédit-bailleur ne peut plus exécuter son obligation de délivrance et le contrat se trouve donc privé d'objet (5).

Un tel rejet ne peut s'expliquer que par la volonté de la Cour de cassation d'écarter la conséquence inévitable de ces différentes analyses, à savoir l'annulation du contrat.

Ce désir d'écarter l'annulation peut lui-même se justifier de plusieurs raisons (6).

Tout d'abord le prononcé de la nullité peut apparaître dans bien des cas comme une sanction trop forte. Lorsque la résolution du contrat liant l'établissement de crédit-bail au fournisseur est prononcée, le contrat de crédit-bail a généralement reçu un commencement d'exécution et le crédit-preneur a pu profiter du bien. Dès lors pourquoi ne pas tenir compte de cet acquis ?

Le raisonnement serait différent si le contrat de vente avait été lui-même annulé. Mais dans un tel cas rien n'interdit de penser que la nullité du premier contrat n'entraînerait pas la nullité du second. La Cour de cassation n'a envisagé que l'hypothèse de résolution de la convention liant l'établissement de crédit-bail au fournisseur.

Il existe un second motif de rejet de l'annulation. Cette sanction impose des restitutions réciproques entre parties et ce règlement des comptes est souvent très délicat (7). Pour prévenir la naissance d'un nouveau contentieux il était donc semble-t-il préférable d'écarter la thèse de la nullité.

Enfin la Cour de cassation a, par cette décision, opéré une synthèse entre deux analyses. Il semble bien que l'analyse du contrat de crédit-bail qui est retenue est celle de la Chambre commerciale (8). Le contrat de crédit-bail n'est pas un contrat de louage ordinaire et le crédit-bailleur ne peut en aucun cas être assimilé à un bailleur ordinaire. Étant généralement l'initiateur du montage, le crédit-preneur doit assumer une part des risques de l'opération. D'autant plus qu'en signant le procès-verbal de réception du matériel il donne le feu vert pour le lancement définitif de l'opération. La sanction, peut-être trop civiliste de la nullité, ne permettait pas de prendre en compte cette analyse économique de la convention. Mais ce parti une fois pris, il restait encore à la Cour de cassation à se prononcer sur l'alternative qui s'offrait à elle, choisir entre la résolution et la résiliation du contrat de crédit-bail.

B. — La résiliation préférée à la résolution du contrat

Tant en doctrine qu'en jurisprudence c'était la résolution qui était le plus souvent présentée comme l'alternative à la nullité. Il ne s'agissait pas d'un simple souci de parallélisme. La résolution est la sanction normale de l'inexécution d'une convention (9).

(4) La Chambre mixte ne retient donc pas le fondement retenu par la Chambre civile dans ses dernières décisions. Dans son arrêt en date du 11 déc. 1985 la 1^{re} Chambre énonçait ainsi qu'en cas de résolution de la vente le contrat de crédit-bail devait être anéanti en application de l'article 1131 du Code civil (Cass. civ. 1^{re}, 11 déc. 1985 : *JCP 86, éd. E, I, 15203* ; *Deffrénois 1986, Art. 33713, p. 591, note J. Honorat*).

(5) Cette dernière analyse avait été retenue par la Cour de Dijon (Dijon, Aud. sol., 2 sept. 1986 : *JCP 87, II, 20866, note E.-M. Bey*).

(6) F. Dupuis-Toubol, *op. cit.*

(7) V. J. Ghestin, *L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive*, Mélanges Raynaud, 203.

(8) Pour la Chambre commerciale le maintien de la convention de crédit-bail se justifiait par l'existence d'une clause de non-recours du locataire contre l'établissement financier, clause qui avait pour contrepartie l'engagement pris par le bailleur de transférer au locataire le droit à la garantie du vendeur qui est normalement attaché à la propriété du matériel (Cass. com. 15 mars 1983 : *JCP 83, II, 20115, note E.-M. Bey* ; *JCP 84, éd. E, II, 14201* ; *RTD civ. 1983, 758, note Ph. Rémy* ; — 9 janv. 1990 : *D. 1990, inf. rap., 46*).

(9) Ch. Larroumet, *op. cit.*

Tel est bien le cas puisque le crédit-bailleur qui s'était engagé à mettre à la disposition du crédit-preneur un bien conforme à ses exigences a manqué à cette obligation. Une telle résolution pouvait se fonder sur une disparition de la cause : l'anéantissement de la vente priverait alors le bail de cause. Le paiement des loyers n'aurait plus de contrepartie (10). Sans invoquer la cause il était encore possible de justifier la résolution en considérant que la perte du bien loué rendait le bail sans objet au sens des articles 1722 et 1741 du Code civil.

Toutes ces analyses, tous ces fondements étaient repris dans les différents moyens des pourvois.

Pourtant la Cour de cassation a innové : en invoquant l'article 1184 ; en prononçant la résiliation du contrat. Comment interpréter cette volonté de la Cour de cassation de s'écarter des analyses précédentes ?

Le visa de l'article 1184, même s'il est nouveau, ne manque pas de logique. D'une part, il est plus cohérent d'invoquer l'article 1184 que l'article 1131. Ce dernier texte est relatif à la formation du contrat. Or le vice ou l'inadaptation du matériel est bien souvent apparu postérieurement à la conclusion du contrat. Il y a bien inexécution de la convention. D'autre part, en ne visant plus l'article 1131, la Cour de cassation évite de prendre parti sur le rôle de la cause lors de l'exécution du contrat. La résolution du contrat reçoit en doctrine divers fondements et l'explication par la cause ne constitue que l'une des analyses concevables (11).

Le prononcé de la résiliation de préférence à la résolution étonnera moins (12). La Cour de cassation a par ce choix exprimé une double volonté.

Elle a certainement entendu faire preuve d'une extrême rigueur juridique. Résolution et résiliation sont aisément confondues et il est vrai que s'agissant de contrat à exécution successive le terme de résiliation est préférable (13).

Mais, en préférant la résiliation, la Chambre mixte a aussi choisi une sanction dont le régime juridique est mieux connu et dont les conséquences sont plus adaptées au crédit-bail que la résolution.

Du choix opéré se déduisent en effet un certain nombre de conséquences.

Tout d'abord la résiliation comme la résolution est nécessairement judiciaire ; elle ne peut jouer de plein droit. Il s'agit d'éviter que le cocontractant mécontent se fasse justice lui-même. En pratique le crédit-preneur devra donc toujours engager deux actions ; l'une contre le fournisseur en résolution du bien, l'autre contre le crédit-bailleur en résiliation du contrat de crédit-bail. La résiliation n'est jamais automatique et le juge conserve un pouvoir d'appréciation. En règle générale il est tenu compte du degré de l'inexécution et de la bonne foi des parties. Cette solution est cependant écartée par la Cour de cassation qui énonce que la résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail.

Ensuite la résiliation produit ses effets pour l'avenir. A compter de la résiliation chacune des parties est libérée des obligations qui avaient pu naître du contrat. Le crédit-bailleur n'est plus tenu de mettre le bien acheté à la disposition du crédit-preneur. Ce dernier n'est plus tenu au paiement des loyers prévus au contrat.

Enfin, et cette considération a dû être déterminante, lorsque le contrat est résilié certaines clauses peuvent produire leurs effets. Mais admettre ainsi une certaine survie partielle du contrat de crédit-bail ne va pas manquer de susciter des difficultés.

II. — LA SURVIE PARTIELLE DU CONTRAT DE CRÉDIT-BAIL

Dans un légitime souci de prendre en considération la nature véritable de l'institution, la Cour de cassation n'a pas voulu retenir une solution satisfaisant les seuls intérêts des preneurs. Dans l'esprit des promoteurs du crédit-bail, ce sont les utilisateurs qui doivent assumer le risque technique de l'opération.

(10) Ph. Rémy, *observ.* : *RTD civ.* 1983, 759.

(11) Analysant les arrêts de la Chambre civile plusieurs interprètes avaient considéré qu'ils adoptaient implicitement la thèse de Capitant selon laquelle la cause devait s'apprécier pendant la durée de l'exécution de la convention, M. Défossez, *op. cit.* ; Ph. Rémy, *op. cit.*

(12) Ph. Rémy faisait déjà remarquer que « tout en invoquant l'article 1131 du Code civil la Chambre civile avait semble-t-il vu un cas de résolution du crédit-bail » (*Observ. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1982 : RTD civ. 1983, 152*).

(13) Ch. Larroumet, *op. cit.*

Dès lors, si le fournisseur a été mal choisi, si le matériel ne convient pas il faut que le crédit-preneur en supporte en partie les conséquences. Mais, d'un autre côté, la résiliation du contrat ne doit pas se révéler être trop favorable pour l'établissement de crédit-bail. Or dans la réalité, compte tenu de la rédaction des contrats ce peut-être souvent le cas. En réservant l'application de clauses ayant pour objet de régler les conséquences de la résiliation et en réaffirmant ainsi une solution précédemment énoncée (14), la Chambre mixte recherche l'équilibre. Il ne sera cependant réalisé que si la liste des clauses ayant vocation à s'appliquer est admise assez limitativement. Or il est très délicat d'opérer le départ entre les clauses qui ont pour objet de régler les conséquences de la résiliation et celles qui ont une autre finalité (A). Il est tout aussi difficile de déterminer la date de la résiliation (B).

A. — Détermination des clauses ayant vocation à s'appliquer

Dans leur conception et leur rédaction les contrats de crédit-bail sont très rigoureux pour les utilisateurs. En cas de résolution du contrat de vente, il est généralement prévu que le crédit-preneur est garant vis-à-vis du bailleur des restitutions mises à la charge du vendeur. Des clauses pénales sont également prévues. Les juridictions du fond semblent aujourd'hui appliquer les unes et les autres (15). Mais ces décisions ont été rendues à la suite du précédent arrêt de la Chambre mixte et la Cour de cassation avait refusé de dire si le contrat de crédit-bail était ou non maintenu. La Cour ayant opté pour la résiliation c'est, pensons-nous, une interprétation stricte des clauses qui doit être retenue. Par le jeu de clauses même habilement rédigées, les établissements de crédit-bail ne devraient donc pas pouvoir faire comme si la résolution du contrat de vente était sans conséquences pour eux.

Ainsi toute clause se référant à un éventuel manquement du crédit-preneur à ses obligations ne saurait recevoir application. Tel est le cas des clauses pénales (16). Même, si cela est peut-être plus discutable, il nous semble que devraient également être écartées les clauses mettant à la charge du crédit-preneur l'intégralité des sommes que pourraient conventionnellement devoir le fournisseur au crédit-bailleur. Certaines clauses prévoient en effet que le fournisseur doit en plus de la restitution du prix, réparer le préjudice causé à l'établissement de crédit-bail en raison de l'inexécution du contrat. Or, si la clause par laquelle le crédit-preneur se porte garant du fournisseur était appliquée dans sa totalité, cela reviendrait à faire comme si le contrat de crédit-bail était maintenu. Tel n'est certainement pas la volonté de la Cour de cassation (17). Mais celle-ci devra l'affirmer plus clairement pour éviter le développement d'un nouveau contentieux.

Seules les clauses garantissant le crédit-bailleur de la restitution du prix paraissent donc devoir s'appliquer. Cela revient à faire supporter au preneur le risque d'insolvabilité du fournisseur. Les établissements de crédit-bail trouveront leur compte dans cette solution dans la mesure où ils conserveront également les loyers perçus jusqu'à la date de résiliation. C'est dire l'importance de cette dernière.

B. — La date de résiliation de la convention

Aucun des trois arrêts rendus par la Chambre mixte ne détermine la date à prendre en considération pour la résiliation du contrat de crédit-bail. Cela est d'autant plus regrettable que plusieurs dates sont susceptibles d'être retenues. Il serait logique de prendre en considération la date à partir de laquelle le crédit-bailleur n'aurait pas rempli ses obligations. Cependant le juge doit, pensons-nous, prononcer la résiliation au jour où la volonté du crédit-preneur de mettre fin au contrat de crédit-bail est incontestable. La résiliation pourrait dès lors être prononcée au jour de l'assignation. Outre sa simplicité, cette solution a le

(14) Ch. mixte 3 mars 1989, précité.

(15) Approuvé en cela par la Chambre commerciale de la Cour de cassation : *Cass. com. 9 janv. 1990 : Gaz. Pal. 1990, 1, p. 127*, note Pierre Cordier.

(16) Le contrat de crédit-bail étant résilié, le crédit-preneur n'est plus tenu au paiement des loyers. Or la clause pénale s'applique précisément dans le cas de défaut de paiement des loyers, V. Ph. Rémy, *observ.* sous Ch. com. 9 janv. 1990 : *RTD civ.* 1990, 302.

(17) Le Premier Avocat général Dontenville s'était prononcé pour un partage des risques. Au soutien de sa démonstration il avait invoqué la Conférence d'Ottawa de 1988. Un article précise ainsi que « lorsqu'il a résilié le contrat de crédit-bail, le crédit-preneur peut recouvrer tous les loyers et autres sommes payés à l'avance, diminués d'une somme raisonnable eu égard au profit qu'il a pu éventuellement retiré du matériel ».

mérite d'inciter le crédit-preneur à prendre vite position lorsque le matériel loué ne correspond pas à ces besoins ou est affecté de certains vices. Le crédit-preneur aura dès lors intérêt à faire délivrer le même jour son assignation en résolution, du contrat de vente contre le fournisseur et son assignation en résiliation du contrat de crédit-bail.

L'avenir dira si ces arrêts de la Chambre mixte conduiront à une répartition équitable des divers risques de l'opération, qu'ils soient juridiques, économiques ou techniques, entre les différentes parties. Pour le présent ces trois décisions doivent inviter les protagonistes à la prudence.

Les crédits-preneurs doivent faire preuve d'une diligence accrue dans le choix de leur matériel et surtout dans celui de leur fournisseur. Devant supporter le risque de l'insolvabilité de ce dernier, ils ont tout intérêt à s'assurer de sa surface financière.

Les crédits-bailleurs ne doivent pas considérer que ces décisions leur confèrent une totale liberté dans la rédaction de leur contrat. Les clauses ayant pour objet de régler les conséquences de la résiliation en l'absence de faute du crédit-preneur ne doivent dès lors pas faire supporter à ce dernier tous les chefs de préjudice susceptibles de résulter de la résolution du contrat de vente.

Si la voie de la sagesse l'emporte ainsi, alors les analyses juridiques et économiques de l'opération de crédit-bail pourront enfin se rejoindre.

Dominique LEGEAIS,

Agrégé des Facultés de Droit,
Rédacteur en chef du Juris-Classeur
Droit des Entreprises.

21643 ASSURANCES TERRESTRES. — Assurance automobile. Risques garantis. Assurance responsabilité civile et incendie. Assurance souscrite par la mère. Fils conducteur habituel. Incendie du véhicule. Assureur. Connaissance de l'étendue du risque. Fausse déclaration de l'assurée sur l'identité du conducteur habituel. Incidence (non). Garantie due (oui).

Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 1990 ; Société Groupe Drouot c. M^{me} Deslus et a.

Ayant retenu que l'identité du conducteur était sans incidence sur le risque particulier d'incendie, assurance de chose, dont l'assureur avait connu exactement l'étendue, une cour d'appel a pu en déduire qu'il était sans intérêt de rechercher l'existence d'une fausse déclaration intentionnelle sur l'identité du conducteur habituel, laquelle ne concernait que le risque entièrement différent de responsabilité civile et juger que l'assureur est tenu à garantie.

ANNOTER : J.-Cl. Responsabilité civile et assurances, fasc. 530 ou Civil annexes, V^o Assurances, fasc. 30 par A. Favre-Rochex.

LA COUR ; — Sur le moyen unique : Attendu, selon l'arrêt attaqué (Pau, 23 déc. 1986), que M. Thierry Deslus a acheté une automobile dont la carte grise a été établie au nom de son père ; que sa mère a souscrit auprès du Groupe Drouot une police d'assurance couvrant non seulement la responsabilité civile mais aussi d'autres risques, notamment l'incendie ; que le véhicule a été incendié dans le parc à voitures du domicile de M. Thierry Deslus ; que la compagnie d'assurance a dénié sa garantie en faisant valoir qu'il y avait eu fausse déclaration de l'assurée au moment de la souscription de la police en ce qu'elle avait déclaré être le conducteur habituel qui était en réalité son fils ; que la cour d'appel a cependant jugé que le Groupe Drouot était tenu à garantie ; Attendu que cet assureur fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ainsi statué alors que, selon le moyen, la cour d'appel ne pouvait s'abstenir de se prononcer sur la fausse déclaration intentionnelle dès lors que la police est indivisible en ses éléments et que c'est donc au regard du contrat litigieux et non pas seulement du sinistre lui-même que devait être appréciée la fausse déclaration changeant l'objet du risque ou en diminuant l'opinion pour l'assureur, même si le risque omis ou dénaturé par l'assurée a été sans influence sur le sinistre ; Mais attendu qu'ayant retenu que l'identité du conducteur était sans incidence sur le risque particulier d'incendie, assurance de chose, dont l'assureur avait connu exactement l'étendue, la cour d'appel a pu en déduire qu'il était

sans intérêt de rechercher l'existence d'une fausse déclaration intentionnelle sur l'identité du conducteur habituel, laquelle ne concernait que le risque entièrement différent de responsabilité civile ; que les juges du second degré ont ainsi légalement justifié leur décision ;

Par ces motifs : — Rejette le pourvoi.

MM. Jouhaud, prés., KuhnMunch, rapp., Sadon, premier av. gén. ; SCP Rouvière, Lepitre et Boutet, av.

Observations. — A propos d'une banale affaire de fraude, dans le cadre d'une assurance automobile multirisques, tendant à dissimuler à l'assureur, pour éviter le paiement des majorations de primes applicables aux jeunes conducteurs, l'identité du conducteur habituel véritable (la carte grise du véhicule acheté étant établie au nom de son père, et l'assurance souscrite par sa mère, s'étant déclarée conductrice habituelle) la Cour de cassation est amenée à se pencher sur un problème important dont l'intérêt pratique est évident. On a prétendu de cette décision qu'elle reposait sur des bases erronées et qu'il vaudrait mieux ne pas la donner en exemple (1). Dans ces conditions pourquoi la commenter ? Nous pensons au contraire qu'elle procède d'une logique rigoureuse, qui a pu échapper à certains commentateurs. Rappelons les principes, peut-être perdus de vue, avant de souligner d'éventuelles difficultés d'application et d'envisager comment cette jurisprudence nouvelle s'insère dans la récente modification du Code des assurances.

— I —

Dans sa rédaction antérieure (2) la loi énonce que « l'assuré est obligé de déclarer *exactement*, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de lui, qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur *les risques* qu'il prend à sa charge ».

A. — Une application hâtive de ce texte au cas considéré permettrait de prime abord d'aboutir à une solution radicalement opposée à celle retenue en l'espèce par les juges.

1) La déclaration concernant le conducteur habituel était à l'évidence *inexacte* puisque l'on s'était bien gardé de déclarer qu'il s'agissait d'un jeune conducteur, relevant d'une majoration tarifaire pour risque présumé aggravé, résultant de son inexpérience dans la conduite des véhicules.

2) Cette circonstance était à l'évidence connue du souscripteur, puisque tel était l'objet des précautions prises concernant la carte grise et la souscription du contrat.

3) Parmi « toutes » les circonstances soumises à déclaration figurait évidemment celle relative à l'identité du conducteur habituel, puisque le risque automobile est pour l'essentiel attaché à la personnalité et aux qualités — ou aux défauts — réels ou présumés du conducteur.

4) La circonstance dissimulée (l'identité du conducteur) était de nature à faire apprécier par l'assureur « les » risques (c'est-à-dire l'un quelconque des risques) qu'il prenait à sa charge, pour les raisons exprimées au point 3.

L'intention frauduleuse n'étant pas niable, toutes les conditions légalement requises semblaient remplies pour annuler le contrat et dégager l'assureur de la prise en charge du sinistre.

B. — Une approche différente permettait, avec la Cour, d'aboutir à un résultat diamétralement opposé.

L'article L. 113-8 du Code des assurances, on le sait, permet l'annulation du contrat, lorsque la « *réticence ou la fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur*, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre ». Par conséquent, le contrat reste annulable, même si le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre, *ce qui était apparemment le cas en l'espèce*, puisque le véhicule était en *stationnement* lorsqu'il fut incendié, et que le sinistre n'étant pas dû à une faute de conduite, la personnalité du conducteur habituel était indifférente. En d'autres termes cette circonstance était *neutre*.

Mais pour que le contrat soit annulable, il faut encore que la réticence ou la fausse déclaration intentionnelle ait changé l'ob-

(1) H. Groutel : *Resp. div. et assur.*, nov. 1990, chr. 21.

(2) Avant les modifications résultant de la loi n. 89-1014 du 31 décembre 89 (JCP 90, III, 63477).

jet du risque ou en ait diminué l'opinion pour l'assureur. Changé l'opinion « des » risques pris en charge par l'assureur (L. 113-2) ou « du » risque pris en charge par l'assureur (L. 113-8) ? Tout le débat est là dans le cadre — très fréquent — d'une assurance multirisques, comme c'était le cas en l'espèce, où la police garantissait des risques de responsabilité civile et contenait également une assurance de choses.

Il ne s'agit pas de jouer sur les mots ni de se contenter d'une exégèse qui paraît en l'occurrence bien hasardeuse. Imaginons que le souscripteur ait souscrit séparément deux contrats distincts, pour chacun des risques considérés. Il ne serait venu à l'idée de personne de soutenir raisonnablement que la fraude commise dans le cadre du premier contrat, justifiant son annulation, ait pu avoir une quelconque incidence sur le second, exempt de fraude. Dans ce schéma, le sinistre aurait dû être garanti. La difficulté tient donc bien au fait de l'existence d'un seul contrat multirisques. L'assureur l'a bien vu qui dans son pourvoi se réfère à l'indivisibilité du contrat.

a) Quels arguments militent en faveur de cette indivisibilité ? Ils ne sont pas négligeables et méritent attention.

— D'abord, le fait même qu'il s'agit d'un seul contrat multirisque, par nature indivisible, juxtaposant des garanties différentes, et non de deux contrats juxtaposés.

— Ensuite la théorie de l'accessoire. A supposer — et pour le savoir on pourrait comparer les taux ou les montants de primes — que le risque vol-incendie soit accessoire du risque responsabilité civile, obligatoire, l'annulation de la seconde garantie, principale, entraînerait dans sa chute la première, accessoire (3).

— Enfin et surtout, le principe, bien établi, selon lequel le dol ne peut produire d'effet juridique. La maxime latine est encore plus forte : « *fraus omnia corrumpit* ». La fraude ne serait donc pas divisible et détruirait le contrat dans son entier (4).

b) Aussi pertinents que soient ces arguments, on peut leur opposer des arguments inverses tout aussi forts.

1) Tout d'abord des arguments d'ordre technique.

Le risque « dommages » est juridiquement et techniquement différent du risque responsabilité civile. Ces deux risques relèvent d'ailleurs dans le Code des assurances de catégories juridiques distinctes (5). Ils ne payent d'ailleurs pas la même prime. Surtout leur fréquence et leur intensité relèvent de paramètres différents : le risque incendie et vol est surtout facteur de la valeur du véhicule ; le risque responsabilité civile de la zone de circulation, de la personnalité du conducteur, et des caractéristiques du véhicule.

2) C'est ici que l'on touche du doigt le cœur du problème. La personnalité du conducteur a-t-elle une influence objective sur le risque incendie du véhicule en stationnement ? A l'évidence la réponse est négative. Si elle est négative :

— la circonstance en cause (la personnalité du conducteur habituel) n'était pas de nature à faire apprécier par l'assureur le risque en cause, c'est-à-dire le risque incendie, au sens de l'article L. 113-2 du Code des assurances,

— la réticence ou la fausse déclaration (réelle sur le risque responsabilité civile) n'a pas changé l'objet du risque incendie, ni diminué l'opinion que pouvait s'en faire l'assureur au sens de l'article L. 113-8 du Code des assurances. En d'autres termes, quand l'assureur prétend refuser de payer un sinistre en alléguant une fausse déclaration de risque, à supposer qu'il soit en mesure de la démontrer, il est encore nécessaire que cette fausse déclaration concerne le risque en cause, c'est-à-dire en l'occurrence le risque incendie. On objectera sans doute que cette démarche se fonde sur l'absence de lien entre la circonstance non déclarée et le sinistre, contrairement aux dispositions de l'article L. 113-8. Cette objection n'est pas insurmontable. Il ne s'agit pas de rechercher le lien de cause à effet entre la circonstance omise et le sinistre, mais de circonscrire le débat au risque en cause (indépendamment des circonstances du sinistre).

(3) La directive 73/239/CEE du 24 juillet 1973, qui énumère les diverses branches d'assurance considère (point C Annexe) comme risques accessoires ceux qui sont liés au risque principal, concernant l'objet qui est couvert par le risque principal, sont garantis par le contrat qui couvre le risque principal. Ces conditions étaient remplies en l'espèce.

(4) Cf. Vidal, Essai d'une théorie générale de la fraude, *Dalloz* 1957 (épuisé).

(5) C. ass., art. R. 321-1-10 pour la responsabilité automobile ; C. ass., art. R. 321-1-3 pour l'assurance « corps » du véhicule terrestre à moteur.

3) Au plan du droit commun le dol n'est retenu que s'il est déterminant, c'est-à-dire « lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté » (C. civ., art. 1116). Cette règle est sous-jacente dans les articles L. 113-2 et L. 113-8 du Code des assurances. Or il n'est pas démontré que si l'assureur avait su que le conducteur habituel était un jeune conducteur, il aurait refusé de l'assurer contre le vol et l'incendie. Pour ces diverses raisons nous approuvons pour notre part la démarche suivie par les juges, sans se dissimuler que sa mise en œuvre pourra parfois se révéler délicate.

— II —

Comment et sur quelles bases, dans une assurance multirisques, décider que la déclaration inexacte affecte le risque en cause ou un autre risque différent ?

On pourrait certes songer à se référer en premier lieu à la volonté des parties et notamment à la structure du contrat, puisque l'on est en matière contractuelle. Mais cette méthode peut se révéler décevante, et permettrait aux assureurs de contourner cette nouvelle jurisprudence à l'aide d'artifices de structure contractuelle, ou sur la base de clauses de style répétant les risques indivisibles. La seule méthode objective — encore que peu affinée — paraît devoir se référer aux catégories d'assurance prévues par le Code des assurances (6) qui rappelons-le, ont vocation européenne (7).

— III —

Qu'en est-il sous l'empire des nouvelles dispositions du code des assurances ?

La rédaction de l'article L. 113-8 n'a pas été affectée. L'article 113-2^o, dans sa rédaction nouvelle, oblige l'assuré à « répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque, par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge ». Le membre de phrase souligné est resté le même. Ce qui a été dit précédemment paraît donc pouvoir être maintenu. La nouveauté réside dans l'exigence du questionnaire « fermé ». Comment s'insère cette nouvelle jurisprudence dans cette exigence ? Elle paraît s'inscrire tout à fait dans la philosophie de la loi nouvelle, résolument « consumériste ». En imposant — indirectement — un questionnaire fermé, le législateur invite les assureurs à mieux l'adapter au risque considéré, en évitant les questions de portée trop générale qui peuvent se retourner contre les assurés. Nous n'irons pas jusqu'à suggérer d'établir autant de questionnaires que de risques distincts, dans le cadre d'une assurance multirisques, mais c'est bien le sens général de la démarche suivie par le législateur. On objectera — avec raison — que le but du législateur était de mieux protéger les assurés honnêtes. Il ne faut certes pas perdre de vue cette considération morale et de bon sens. Mais il ne faut pas davantage perdre de vue le fait que le problème en cause concerne aussi les assurés honnêtes au cas où il leur serait reproché, par oubli, négligence ou erreur, de bonne foi, une déclaration inexacte de risque, susceptible d'entraîner une réduction de l'indemnité, en application de l'article L. 113-9 du Code des assurances.

Jean BIGOT,

Professeur à l'université Paris I, Panthéon-Sorbonne,
Directeur de l'Institut des assurances de Paris.

(6) C. ass., R. 321-1.

(7) Ces catégories sont prévues par l'annexe de la directive 73/239/CEE du 24 juillet 1973.

21644 1^o COMPÉTENCE ADMINISTRATIVE OU JUDICIAIRE. — Tribunal des Conflits. Saisine. Initiative. Cour administrative d'appel. Renvoi. D. 26 octobre 1849, art. 34. 2^o CONTENTIEUX ADMINISTRATIF. — Désistement. Désistement d'office. D. 30 juillet 1963, art. 53-3. Requête transmise à une cour administrative d'appel. Cour administrative d'appel. Prononcé d'un désistement d'office (oui). Fondement.

1^o Cour adm. appel Paris, Plénière, 20 juin 1989, req. n. 89 PA00373 ; Hervé.

2^o Cour adm. appel Paris, 3^e ch., 19 décembre 1989, req. n. 89 PA00595 ; Sté Chesterfield Ronson Europe.

ANNOTER : J.-Cl. Administratif, fasc. 624, par Michel Courtin.

1^o COUR. ADM. APPEL PARIS, PLÉNIÈRE,
20 JUIN 1989, REQ. n. 89 PA00373 ; HERVÉ

LA COUR ; — Vu le Code de la santé publique ; — Vu le Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ; — Vu le décret du 26 octobre 1849, modifié par le décret du 25 juillet 1960 ; — Vu la loi n. 87-1127 du 31 décembre 1987, le décret n. 88-707 du 9 mai 1988 et le décret n. 88-906 du 2 septembre 1988 ; — *En ce qui concerne la mise en jeu de la responsabilité de l'Administration générale de l'assistance publique à Paris à raison des fautes lourdes d'ordre médical qui auraient été commises par le médecin ayant pratiqué l'anesthésie* : — Considérant qu'aux termes de l'article 34 ajouté au décret du 26 octobre 1849 par l'article 6 du décret du 25 juillet 1960 portant réforme de la procédure des conflits d'attribution : « Lorsqu'une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif a, par une décision qui n'est plus susceptible de recours, décliné la compétence de l'ordre de juridiction auquel elle appartient au motif que le litige ne ressortit pas à cet ordre, toute juridiction de l'autre ordre saisie du même litige, si elle estime que ledit litige ressortit à l'ordre de juridiction primitivement saisi, doit, par un jugement motivé qui n'est susceptible d'aucun recours, même en cassation, renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée et surseoir à toute procédure jusqu'à la décision de ce tribunal » ; — Considérant que, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les actes médicaux accomplis par les médecins, chirurgiens et spécialistes au profit des malades hospitalisés dans le secteur privé le sont en dehors de l'exercice des fonctions hospitalières et que les rapports qui s'établissent entre les malades hospitalisés dans ces conditions et les médecins, chirurgiens et spécialistes appelés à leur donner des soins relèvent du droit privé ; que, dans ces conditions, il apparaît que le litige né des conclusions de la demande de M. Hervé tendant à la mise en jeu de la responsabilité de l'Administration générale de l'assistance publique à Paris à raison des fautes lourdes d'ordre médical qui auraient été commises par l'anesthésiste ressortit, bien que lesdites conclusions ne soient pas dirigées contre le médecin lui-même, à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ; — Mais considérant qu'il résulte de l'instruction que, par ordonnance du 4 février 1981, le juge des référés du Tribunal de grande instance de Paris a, à l'occasion du même litige, écarté comme portées devant un ordre de juridiction incompétent pour en connaître, en tant qu'elles concernaient le médecin anesthésiste, les conclusions de la requête à fin d'expertise dont il était saisi par M. Hervé ; — Considérant qu'il convient, dans ces conditions et par application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849, de renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée et de surseoir à toute procédure jusqu'à la décision de ce tribunal ;

Décide : — *Article 1^{er}* : En tant qu'elle concerne la mise en jeu de la responsabilité de l'Administration générale de l'assistance publique à Paris à raison des fautes lourdes d'ordre médical qui auraient été commises par le médecin ayant pratiqué l'anesthésie dont M^{me} Hervé a été l'objet le 27 février 1980 à l'hôpital Paul-Brousse à Villejuif, l'affaire est renvoyée au Tribunal des conflits. — *Article 2* : Il est sursis à statuer sur les conclusions de la requête de M. Hervé tendant à l'annulation du jugement du Tribunal administratif de Paris en date du 24 avril 1986 en tant qu'il rejette les conclusions de sa demande relatives à la mise en jeu de la responsabilité de l'Administration générale de l'assistance publique à raison des fautes lourdes qui auraient été commises par le médecin ayant pratiqué l'anesthésie dont M^{me} Hervé a été l'objet, jusqu'à ce que le Tribunal des conflits ait tranché la question de savoir quel est l'ordre de juridiction compétent pour connaître d'un tel litige. — *Article 3* : Le surplus des conclusions de la requête de M. Hervé est rejeté.

M. Rivière, prés., M^{me} Mesnard, rapp., M. Arrighi de Casanova com. du gouv. ; SCP Lyon-Caen, Fabiani, Liard et SCP Desache-Gatineau, av.

2^o COUR ADM. APPEL PARIS, 3^e CH., 19 DÉCEMBRE 1989,
REQ. N. 89 PA00195 ; STÉ CHESTERFIELD RONSON EUROPE

LA COUR ; — Vu la loi n. 87-1127 du 31 décembre 1987, le décret n. 88-707 du 9 mai 1988 et le décret n. 88-906 du

2 septembre 1988 ; — Vu le décret du 30 juillet 1963 modifié notamment par le décret du 16 janvier 1981 ; — Considérant qu'en vertu de l'article 53-3 du décret susvisé du 30 juillet 1963, modifié par le décret du 16 janvier 1981, lorsque la requête présentée au Conseil d'État mentionne l'intention du requérant de présenter un mémoire complémentaire, la production annoncée doit parvenir au Conseil dans un délai de quatre mois à compter de la date de l'enregistrement de la requête, faute de quoi le requérant est réputé s'être désisté ; — Considérant que si, par une requête sommaire enregistrée au secrétariat du contentieux du Conseil d'État le 11 juillet 1988, la société Chesterfield Ronson Europe a exprimé l'intention de produire un mémoire complémentaire, aucun mémoire complémentaire n'a été déposé au secrétariat du Conseil d'État dans le délai imparti pour cette production par les dispositions de l'article 53-3 du décret du 30 juillet 1963 ; que la circonstance que la requérante a fait connaître, le 14 novembre 1988, qu'elle renonçait « à la production du mémoire ampliatif annoncé dans la requête » et s'en rapportait aux termes de celle-ci ne fait pas obstacle à l'application de ces dispositions ; qu'ainsi la société Chesterfield Ronson Europe doit être réputée s'être désistée de sa requête ; que ce désistement étant réputé intervenu avant la date de l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1987, il y a lieu pour la cour d'en donner acte sur le fondement des dispositions sus-analysées du décret du 30 juillet 1963.

Décide : — *Article 1^{er}* : Il est donné acte du désistement de la requête susvisée de la société Chesterfield Ronson Europe.

M. Rivière, prés., M^{me} Martin, rapp., M. Bernault, com. du gouv. ; SCP Lyon-Caen, Fabiani, Liard, av.

Observations. — Pour réussir, les cours administratives d'appel, créées par la loi n. 87-1127 du 31 décembre 1987 (V. JCP 88, III, 61023) à l'effet de désencombrer le rôle du Conseil d'État, ne doivent pas se contenter d'un rôle de syndic-liquidateur ou de copiste de la jurisprudence de la Haute assemblée. Il leur faut s'affirmer, grâce à leur pouvoir prétorien inhérent à toute institution juridictionnelle, notamment en matière de procédure où les textes se révèlent toujours « surpris » par la réalité. Deux décisions de la Cour administrative d'appel de Paris *Antoine Hervé* du 20 juin 1989 et *Société Chesterfield Ronson Europe* du 19 décembre 1989 témoignent de ce dynamisme.

I. — Dans la première décision « *Antoine Hervé* », rendue en Assemblée plénière, le 20 juin 1989, le requérant recherchait devant l'ordre administratif la responsabilité de l'assistance publique de Paris à raison du collapsus circulatoire et du décès subséquent de M^{me} Hervé hospitalisée dans le secteur privé du service de chirurgie digestive de l'hôpital Paul-Brousse à Villejuif, hôpital dépendant de l'Assistance Publique de Paris. Selon le requérant, les conséquences dommageables de ce collapsus sont imputées « tant à un défaut d'organisation et de fonctionnement du service public hospitalier qu'à des fautes lourdes d'ordre médical commises par le médecin anesthésiste ».

Le juge des référés du Tribunal de grande instance de Paris s'étant à l'occasion du même litige, déclaré incompétent, la cour n'évita pas le problème de l'ordre juridictionnel compétent et pour prévenir un conflit négatif renvoya l'affaire devant le Tribunal des conflits, par application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 « réglant les formes de procéder du Tribunal des conflits ».

L'article 34 ajouté au décret précité par l'article 6 du décret du 25 juillet 1960 portant réforme de la procédure des conflits dispose : « Lorsqu'une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif a, par une décision qui n'est plus susceptible de recours, décliné la compétence de l'ordre de juridiction auquel elle appartient au motif que le litige ne ressortit pas à cet ordre, toute juridiction de l'autre ordre saisie du même litige, si elle estime que ledit litige ressortit à l'ordre de juridiction primitivement saisi, doit, par un jugement motivé qui n'est susceptible d'aucun recours, même en cassation, renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée et surseoir à toute procédure jusqu'à la décision de ce tribunal » ;

Dans un arrêt du 19 février 1990 *Hervé*, le Tribunal des conflits infirmant l'analyse de la cour, se prononça pour la compétence des juridictions de l'ordre administratif, au motif que le docteur anesthésiste, même en assistant un chirurgien opérant en secteur privé, agissait en qualité d'agent de l'administration générale de l'assistance publique à Paris et non de médecin privé (JCP 90, II, 21532, note F. Chabas ; AJDA 1990, 556, note J. Moreau).

Il faut savoir qu'à son tour la Cour administrative d'appel de Lyon a saisi, par arrêt du 21 novembre 1989, le Tribunal des conflits qui se prononça dans le sens de la compétence de la juridiction judiciaire pour connaître du litige opposant une commune à un de ses locataires et relatif aux condamnations pécuniaires que ce dernier encourrait à l'égard de la commune, en raison de loyers impayés concernant l'occupation du presbytère, local relevant du domaine privé des communes (Trib. Conflits req. n. 2611, 14 mai 1990, Commune de Bouyon c. Battini Norbert).

Dans l'affaire *Hervé*, il a suffi au Tribunal des conflits de s'assurer qu'à l'occasion de sa saisine « il y a identité de question, ou même litige, au sens des articles 17 et 34 du décret du 26 octobre 1849 » ; le tribunal est valablement saisi, poursuit-il « bien que la juridiction judiciaire a statué en référé et la juridiction administrative a statué au principal ».

Dans l'affaire *Battini*, la régularité de la procédure de conflit n'a pas retenu son attention. C'est dire que la rédaction particulièrement souple de cet article 34 « toute juridiction de l'autre ordre saisie du même litige » ne permet pas d'entretenir longtemps le débat, contrairement aux dispositions de l'article 35 du même décret, dans la rédaction issue du décret n. 60-728 du 25 juillet 1960. Cet article réserve au « Conseil d'État statuant au contentieux », à « la Cour de cassation ou toute autre juridiction statuant souverainement et échappant ainsi au contrôle tant du Conseil d'État que de la Cour de cassation » le pouvoir de renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur une question de compétence dont les juridictions suprêmes seraient saisies, à l'occasion soit de l'action introduite, soit d'une exception. En effet, immanquablement un jour aux cours administratives d'appel se posera « la question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires ».

Reste à savoir si une cour administrative d'appel s'autoriserait des précédentes applications de l'article 34 pour saisir le Tribunal des conflits par application, cette fois, des dispositions de l'article 35 ? La rédaction même de cet article, nous en sommes conscients, ne se prête pas à une telle extension au profit des cours administratives d'appel, contrairement à son esprit et au souci des rédacteurs d'améliorer le traitement des questions d'ordre public que sont les questions de compétences. Mais peut-on se borner à constater que, dans une matière aussi sensible juridiquement et de caractère constitutionnel que la séparation des autorités administratives et judiciaires, les cours administratives d'appel ne disposent d'aucune voie de droit alors que, dans le même temps, le Conseil d'État, pour le traitement de dossiers qu'il n'a pas transmis auxdites cours compétentes désormais pour en connaître, jouit de l'usage du mécanisme de renvoi prévu par l'article 35.

Il n'a pas été suffisamment souligné que, depuis le 1^{er} janvier 1989 et pendant une certaine période, Conseil d'État et cours administratives d'appel connaissent indifféremment des mêmes contentieux qu'ils traitent selon leurs textes de procédure respectifs, ce qui conduit à souligner la dualité du régime d'appel pour les recours de plein contentieux, tous n'ayant pas été transmis aux cinq cours créées.

Force est donc de constater qu'en ce qui concerne les questions de compétence soulevant une difficulté sérieuse au sens de l'article 35 du décret du 26 octobre 1849 subsiste une inégalité entre les cours administratives d'appel et le Conseil d'État, au profit exclusif de la Haute assemblée.

II. — Dans la seconde affaire « *Société Chesterfield Ronson Europe* » se pose (plus nettement que dans la précédente) le problème de savoir si une juridiction peut s'emparer d'un texte de procédure qui manifestement n'a pas été écrit pour elle, ni même reconduit à son bénéfice. Il s'agit du désistement d'office institué par le 2^e alinéa de l'article 53-3 du décret du 30 juillet 1963 dans la rédaction issue du décret n. 81-29 du 16 janvier 1981 : « Lorsque la requête ou le recours mentionne l'intention du requérant ou du ministre de présenter un mémoire complémentaire, la production annoncée doit parvenir au secrétariat du contentieux du Conseil d'État dans un délai de quatre mois à compter de la date à laquelle la requête a été enregistrée. Si ce délai n'est pas respecté, le requérant ou le ministre est réputé s'être désisté à la date d'expiration de ce délai, même si le mémoire complémentaire a été ultérieurement produit. Le Conseil d'État donne acte de ce désistement ».

Pour sa part, le Code des tribunaux et des cours administratives d'appel annexé au décret n. 89-641 du 7 septembre 1989 (V. *JCP 89, III, 63126*) et entré en vigueur à compter du 1^{er} janvier 1990 ne consacre pas cette déchéance dans les conditions de l'article 53-3 du décret de procédure propre au Conseil d'État. L'article R. 152 de ce code (antérieurement R. 113 dans le Code

des tribunaux administratifs antérieur au décret précité du 7 septembre 1989) subordonne la constatation du désistement d'office à l'envoi d'une mise en demeure de la part du président de la formation du jugement. Et c'est ce régime-là que connaîtront les requêtes directement inscrites auprès des greffes des cours administratives d'appel, depuis le 1^{er} janvier 1989.

La Cour administrative d'appel de Paris s'est la première emparée de cet article 53-3 à l'endroit d'une requête initialement enregistrée au Conseil d'État et ultérieurement transmise à la cour. Il lui a suffi de constater que le désistement d'office de l'article 53-3 était réputé intervenu avant la date en vigueur de la loi du 31 décembre 1987 pour qu'elle en donne acte.

Si après la Cour administrative d'appel de Paris, les autres cours (C. adm. appel Lyon, 1^{er} février 1990, req. n. 89LY00705, Maurice Delorme ; — C. adm. appel Bordeaux 7 mars 1989, req. n. 89BX00180 ; Christiane Gau ; — C. adm. appel Nantes, 25 avril 1990, req. n. 89NT00343, Marcel Hervé ; — C. adm. appel Bordeaux 30 nov. 1989 : *RJF 4/1990, n. 480*. — 27 juill. 1990 : *RJF 1/1991, n. 119*) ont su, grâce à leur pouvoir prétorien, faire prévaloir une déchéance sans texte leur reconnaissant le pouvoir de la prononcer, en s'alignant sur des dispositions procédurales propres au Conseil d'État, c'est que la décision *Moutousany* du 9 novembre 1984 (*Rec. Cons. d'Ét., Tables, p. 560*) a reconnu le caractère d'ordre public du délai de production d'un mémoire annoncé, depuis lors, la décision *M^{me} Coutras*, (Cons. d'État 31 mars 1989 : *Rec. Cons. d'Ét. p. 103*) a précisé que « le délai de quatre mois institué est un délai franc ». Si ce raisonnement est parfaitement fondé pour les requêtes qui, avant leur transfert aux cours, étaient déjà « tombées » dans une situation de désistement d'office non constatée, il doit être abandonné pour les requêtes qui ont été transmises aux cours avant l'épuisement du délai de quatre mois. Pour ces requêtes qui ne sont pas encore en situation de désistement d'office devant le Conseil d'État et avant leur transfert, s'appliquera le régime de l'article R. 152 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, comme pour les requêtes initialement inscrites auprès du greffe des cours. Cet article n'a pas consacré, lui, de délai de caractère d'ordre public.

Non seulement la *Société Chesterfield* s'est vu opposer par la Cour administrative d'appel de Paris les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 53-3 du décret de procédure du Conseil d'État, alors que ni le provisoire décret n. 88-707 du 9 mai 1988 (V. *JCP 88, III, 61682*) relatif à la procédure devant les cours administratives d'appel, ni le Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel annexé au décret précité du 7 septembre 1989 ne consacre cette déchéance dans les mêmes strictes conditions (que celles de l'art. 53-3). Mais encore elle eut à souffrir de la rigoureuse jurisprudence *Anastasia* fondée sur l'article 53-3 (Cons. d'État 17 mai 1985, *Anastasia* Diffusion : *Rec. Cons. d'Ét., p. 156* ; *Petites Affiches, n. 125, 18 oct. 1985, p. 4* ; note B. Pacteau ; *Quot. jur., 2 févr. 1988, p. 2, note H. Moussa* ; *AJDA 1985, p. 629, note O. Gohin*). Devant le Conseil d'État, selon cette jurisprudence, le requérant ne peut pas même revenir sur son intention initiale de produire un mémoire ampliatif ; l'annonce d'une production est tenue pour irréversible et le requérant, même s'il y renonce expressément dans le délai prescrit, encourt la déchéance de cet article 53-3. Il est à souhaiter que les cours renoncent dans l'application de l'article R. 152 à l'extrême iniquité de cette jurisprudence.

En ce qui concerne les affaires enregistrées directement auprès des cours administratives d'appel, il convient de rappeler le point de vue développé par le commissaire du gouvernement Cyrille de Montgolfier, dans l'affaire Premier ministre c. Pedre (Cons. d'État, 7 nov. 1990 : *AJDA 1991, p. 146*). Ce dernier de conclure : « la circonstance que le Premier ministre n'ait pas produit les mémoires ampliatifs annoncés ne remet pas en cause la solution de renvoi à la cour administrative d'appel de Paris que nous vous proposons : en effet, un tel article 53-3 n'existe pas devant les cours administratives d'appel. Vous jugez qu'un requérant qui forme sa requête à tort devant un tribunal administratif alors que le Conseil d'État est compétent, et qui annonce un mémoire ampliatif, ne voit le délai courir qu'à compter de la transmission de la requête au Conseil d'État (26 juin 1985, Comité départemental du Printemps, *Rec. Cons. d'Ét., p. 734*) ; il nous semble que vous ne pourrez considérer que l'annonce devant vous d'un mémoire ampliatif, alors que la requête relève de la compétence de la Cour administrative d'appel de Paris, fait courir le délai de quatre mois ». En ordonnant le renvoi sur la Cour administrative d'appel de Paris, ce point de vue a été implicitement adopté.

**

Dans la mesure où il existe désormais, d'une part, des cours administratives d'appel (présentement au nombre de 5) dont la

procédure est définie par un code et les arrêts susceptibles de cassation et, d'autre part, un Conseil d'État à la fois juge d'appel (pour les affaires de plein contentieux qu'il a retenues ou pour celles que le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire ont souhaité lui laisser connaître) et juge de cassation pour le tout, l'intérêt des requérants et de la justice commande que le régime procédural de l'appel soit unique, ce qui tend à priver l'actuelle sixième cour d'appel du privilège de se réserver l'usage exclusif de dispositions conçues en un temps où l'unicité du régime d'appel ne se posait pas, le Conseil d'État étant le juge d'appel unique. Or, il y a tout lieu de penser que ce sixième juge d'appel est en fait le premier et qu'il exerce une influence plus que déterminante sur les cinq autres, grâce à une procédure peu ou assez peu codifiée ou qu'il module lui-même au fil des affaires. A cet effet, il dispose de voies de droit dont les cours administratives d'appel sont privées ; ainsi en est-il de l'impossibilité pour elles de saisir le Tribunal des conflits par application de l'article 35 du décret du 26 octobre 1849. Ce manque de procédure introduit une distorsion entre les requérants que l'intérêt du service ne commande pas de maintenir. Une révision du décret du 25 juillet 1960 s'impose au profit des cours administratives d'appel. Quant au désistement d'office pour défaut de production devant le Conseil d'État dans le délai du mémoire ampliatif annoncé, les cours ont donc opportunément saisi l'occasion de consacrer l'unicité du régime procédural même si la règle qu'elles ont fait provisoirement valoir n'est sans doute pas la plus « honorable » puisqu'elle est marquée par la plus grande rigueur à l'endroit des requérants.

Vigilantes à user de tous les pouvoirs du juge d'appel, hier unique, et prompts à s'affirmer par des décisions « innovantes », les cours administratives d'appel n'encourront pas la critique d'être « le petit chose » de la juridiction administrative.

Joël-Yves PLOUVIN,
Docteur en droit.

21645 APPEL (EN MATIÈRE CIVILE). — Procédure. Ordonnance sur requête. Rejet de la requête. Appel. Délai. Point de départ. Notification (non). Jour du prononcé (oui).

Cass. civ. 2^e, 16 mai 1990 ; Banque nationale de Paris (BNP) et a. c. cts Legorju.

Dès lors qu'il n'y a pas lieu à l'exécution d'une ordonnance rejetant une requête, ni à sa notification, en l'absence de partie adverse, le délai pour en relever appel commence à courir dès le prononcé de celle-ci, n'étant pas démontré que la minute n'a pas été délivrée lors de ce prononcé.

ANNOTER : J.-Cl. Procédure civile, fasc. 239, par Ph. Bertin.

LA COUR ; — Sur le moyen unique, pris en ses diverses branches : — Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 2 nov. 1988), que par une ordonnance rendue sur requête le 19 juin 1987, le président d'un tribunal de grande instance a rejeté la demande d'inscription provisoire d'une hypothèque judiciaire à l'encontre des consorts Legorju, formée par la Banque nationale de Paris, la Société générale, le Crédit lyonnais et la banque de Baecque-Beau ; que celles-ci ont relevé appel de cette décision le 9 juillet 1987 ; — Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré cet appel irrecevable comme tardif, n'étant ni soutenu ni démontré que la minute de l'ordonnance n'ait pas été délivrée lors du prononcé de celle-ci qui a donc été notifiée le 19 juin 1987 et l'appel ayant donc été interjeté après l'expiration du délai de quinzaine prévu à cet effet, alors que, d'une part, la disposition selon laquelle la présentation de la minute vaut notification à la partie soumise à l'exécution étant inapplicable au cas de présentation de la minute d'une ordonnance de rejet à la partie requérante, la cour d'appel aurait violé les articles

495 et 503 du Nouveau Code de procédure civile, alors que, d'autre part, la présentation de la minute à l'avocat de la partie requérante ne valant pas notification à la partie et ne faisant donc pas courir le délai de recours, la cour d'appel aurait violé les articles 528, 677, 678 du Nouveau Code de procédure civile, ensemble les textes susvisés, alors qu'en outre, la présentation de la minute de l'ordonnance qui ne mentionnait pas le délai d'appel et son point de départ n'ayant pu valoir comme notification régulière, la cour d'appel aurait violé les articles 680 et 693 du Nouveau Code de procédure civile, alors qu'enfin, le délai d'appel ne courant, lorsque l'ordonnance ne fait pas droit à la requête, qu'à compter de sa notification à partie par le secrétaire de la juridiction, la cour d'appel aurait violé les articles 496 et 675, alinéa 2, du Nouveau Code de procédure civile ; — Mais attendu que, dès lors qu'il n'y avait pas lieu à exécution de l'ordonnance, qui avait rejeté la requête, ni, en l'absence de partie adverse, à sa notification, le délai de recours, n'étant pas démontré que la minute de cette ordonnance n'ait pas été délivrée lors de son prononcé, avait commencé à courir dès la date de l'ordonnance ; — Que par ce moyen de pur droit substitué au motif critiqué, l'arrêt échappe aux griefs du moyen ;

Par ces motifs : — Rejette le pourvoi.

MM. Auboin, cons. doyen ff. prés., Laroche de Roussane rapp., Monnet av. gén. ; M^{es} Vincent, Foussard, av.

Observations. — Le régime de l'appel des ordonnances sur requête est déterminé par les dispositions de l'article 496 du Nouveau Code de procédure civile. S'il n'est pas fait droit à la requête, appel peut être interjeté dans les quinze jours selon les règles suivies en matière gracieuse.

Mais, quel est le point de départ de ce délai ? Si on s'en tient au principe établi par l'article 528 du même code, il faut admettre qu'il se situe à la date de la notification de la décision, sauf à courir dès son prononcé en vertu de la loi.

Comme l'article 496 ne prévoit rien de tel, il serait permis de penser que seule la notification de la décision peut avoir cet effet, notification réalisée par le greffe dans les termes de l'article 675-2 spécifique à la procédure gracieuse.

Or, telle n'est pas du tout l'interprétation adoptée par les auteurs de l'arrêt ci-dessus rapporté. Dès lors qu'il n'y a pas lieu d'exécuter une ordonnance rejetant une requête, ni de la notifier, faute de défendeur, le délai de recours commence à courir au jour de son prononcé.

On ne peut assurément qu'être surpris par une telle motivation qui semble faire peu de cas des textes en vigueur et aller à l'encontre de la solution généralement admise jusqu' alors (Vincent et Guinchard, Procédure civile, Précis Dalloz, n. 104. — B. Appert, Délais de procédure 1976 : D. 1976, chr. 17. — R. Martin, L'appel des ordonnances sur requête : JCP 77, I, 2837. — Saint-Denis de la Réunion 4 déc. 1981 : D. 1982, inf. rap. 153, observ. Julien).

Certes, l'article 495 dispose-t-il que les ordonnances sur requête sont exécutoires au vu de la seule minute. Encore faut-il que celle-ci ait bien été présentée au requérant lors de leur prononcé, ce qui vaudrait notification, et ne pas se contenter d'admettre pour acquis qu'elle l'a été parce que le contraire n'est pas démontré !

Cependant, quelle que soit l'orthodoxie de la solution, il faut se rendre à l'évidence. Les praticiens seront donc bien inspirés de surveiller attentivement le prononcé des ordonnances et de ne pas attendre une hypothétique notification s'ils ne veulent pas risquer de se retrouver en présence de décisions devenues définitives à leur insu !

E. du RUSQUEC,
Avoué honoraire près
la Cour d'appel de Rennes.