



HAL
open science

Les avis de la Cour de cassation en matière de procédures civiles d'exécution

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

Mélina Douchy-Oudot. Les avis de la Cour de cassation en matière de procédures civiles d'exécution. Justices : Revue générale de droit processuel, 1997. hal-04015402

HAL Id: hal-04015402

<https://hal.science/hal-04015402v1>

Submitted on 13 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les avis de la Cour de cassation en matière de procédures civiles d'exécution

1. Saisine pour avis. Les articles L. 151-1 COJ et s., ainsi que ceux du nouveau Code de procédure civile référencés aux numéros 1031-1 et s., instituent la saisine pour avis de la Cour de cassation.¹ Ce rôle dévolu aux juges de cassation avait depuis longtemps été préconisé.² Notre histoire, avec le rôle joué par la "politique des Parlementaires" utilisant le moyen des arrêts dits de règlement, n'y était guère propice. La Cour de cassation, qui a pour mission de contrôler la conformité d'un jugement - rendu en dernier ressort (a. L.111-2 COJ) - à la règle de droit (a. 604 NCPC), ne peut, en effet, s'abstraire du cas particulier dont le pourvoi la saisit. Il est, en outre, défendu aux juges de se « prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises » (a. 5 CC). Par la technique mise en place par le législateur en 1991, la Cour de cassation, à l'égal de la procédure existant devant le Conseil d'Etat³, a désormais la faculté de trancher une question de droit, se posant en une série de litiges, par une réponse unique valant pour chacun.⁴ Est-ce à dire que l'interdiction susvisée a été en quelque sorte transgressée ? Cela ne semble pas être le cas. La solution de droit apportée, en effet, à la question soumise à la Cour de cassation n'est pas détachée de la loi, elle est simplement détachée d'un litige particulier.⁵ Les juges de la Cour de cassation ne vont d'ailleurs pas dire le droit en faisant fi de la règle législative, mais bien au contraire en donnant la juste interprétation dans le cadre et les limites concrètes qui leur seront fixés par la question, elle-même issue des litiges en instance de règlement.

La saisine pour avis de la Cour de cassation ne s'oppose pas, en outre, au rôle qui lui est dévolu au sein de l'organisation judiciaire⁶. Elle dit le droit, mais elle ne dit le droit qu'en rapport à la loi ou aux principes généraux imprégnant l'ordonnancement juridique⁷. N'étant pas un troisième degré de juridiction, le règlement des litiges n'a jamais été de sa compétence⁸. Par la voie de recours extraordinaire du pourvoi en cassation, la Cour vérifie que le jugement de la raison pratique posé par les juges du fond est en adéquation avec la règle de droit.⁹

¹ Aux termes de l'art. L. 151-1 COJ, « Avant de statuer sur une demande soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation qui se prononce dans le délai de trois mois de sa saisine. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à l'avis de la Cour de cassation ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai ci-dessus mentionné. Toutefois, les mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires peuvent être prises. L'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande. Il est communiqué aux parties. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables en matière pénale » ; sur cette technique : J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 24^e éd. PUF, coll. Thémis, 1996, n° 143 ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 3^e éd. Précis Dalloz, 1996, n° 116 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil, Introduction générale*, 4^e éd. LGDJ, 1994, n° 514 et s.

² M. le professeur Oppetit remarquait, il y a plus de vingt ans, que « le cadre du litige, circonscrit souverainement par les parties en fonction du différend qui les oppose, ne provoque l'interprétation de la loi que de manière incidente, dans la seule mesure où elle commande la solution judiciaire donc dans une perspective étroite qui se prête mal à l'énoncé d'une doctrine générale : le procès civil, cadre de situations individuelles souvent irréductibles les unes aux autres, limite la portée de l'interprétation de la loi, au rebours des exigences de la vie moderne, marquée par la fréquence de situations présentant un caractère de généralité », et de suggérer une dissociation de l'interprétation de la loi du cadre du procès, ou à tout le moins de permettre que la première puisse se faire sans le second : « Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois », *D.* 1974, chr., 107.

³ L'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 dispose « avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par un jugement qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à un avis du Conseil d'État ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai » ; v. B. MARTIN-LAPRADE, « Le "filtrage" des pourvois et les "avis" contentieux », *A.J.D.A.* 1988, p. 85 ; V. ROULET, « La saisine pour avis : Conseil d'État et Cour de cassation », *Petites Affiches*, 22 janvier 1992, p. 11.

⁴ P. DECHEIX, « Suggestions hérétiques pour une justice moins lente », *D.* 1991, chr., 49 ; F. ZÉNATI, « La saisine pour avis de la Cour de cassation (loi n° 91-491 du 15 mai 1991 et décret n° 92-228 du 12 mars 1992) », *D.* 1992, chr., 247 ; A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, « La saisine pour avis de la Cour de cassation (loi n. 91-491 du 15 mai 1991, décret n. 92-228 du 12 mars 1992) », *J.C.P.* 1992, I, 3576 ; P. CHAUVIN, « La saisine pour avis », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La documentation française, 1994, p. 109.

⁵ Encore faut-il nuancer, les juges de cassation ne seront saisis de la question qu'autant que les juges du fond auront été eux-mêmes appelés à statuer sur une demande dont la solution est encore pendante ; Pour une extension du procédé aux questions provenant de décisions passées en force de chose jugée : F. ZÉNATI, art. précité.

⁶ A la question qui lui était posée, par M. le professeur J. BÉGUIN, de la mission de la Cour, M. le premier président de la Cour de cassation P. DRAI rappelait que « sa mission essentielle est d'affirmer l'état du Droit à un moment déterminé et d'imposer à l'ensemble des juges la loi telle qu'elle doit être interprétée et appliquée.(...) », « La Cour de cassation, sentinelle du Droit pour l'an 2000 », *J.C.P.* 1992, I, 3545.

⁷ Poser la loi et la jurisprudence en termes de conflit est de toute façon un faux débat. A l'instar de M. le professeur Zénati, nous pensons que « rien au plan notionnel ne rend inconcevable que la jurisprudence ait un prédictat législatif », *La jurisprudence*, éd. Dalloz 1991, p. 184. Au-delà, la question du pouvoir à lui octroyer passe, nous semble-t-il, par une réponse forcément politique, non juridique.

⁸ De façon traditionnelle, la Cour de cassation « dit le droit d'un litige dont elle n'a pas à connaître », G. ROUHETTE, « Une fonction consultative pour la Cour de cassation ? », *Mél. en hommage à A. BRETON et F. DERRIDA*, 1991, p. 346.

⁹ « La Cour est donc le juge des jugements rendus en dernier ressort (...). Juge du droit et non du fait, elle n'a pas, pour accomplir sa mission à reconsidérer les faits tels que les juges du fond les ont appréciés (dès le premier jour, le législateur a séparé la défense du droit et la connaissance du fond), et ne le peut davantage après cassation. », G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd. PUF, coll. Thémis,

Cette dissociation se trouve, plus accentuée encore, en d'autres procédures relevant de la Haute juridiction. Il en est ainsi lorsque, par application de l'article 17, al. 2, de la loi (n° 67-523) du 3 juillet 1967, elle rend un arrêt de cassation dans l'intérêt de la loi.¹⁰

Allons plus loin. Il semble possible de soutenir que la technique de l'avis est inhérente à la mission de *juris-dictio* qui incombe à toute juridiction. Dire le droit peut se faire lors du règlement d'un désaccord, mais il peut encore être nécessaire de le formuler pour prévenir toute dissension. De façon générale, par le moyen des actions dites confessoires ou négatoires, tout juge déclare le droit avant litige. Ces actions déclaratoires, dont l'adage « pas d'intérêt, pas d'action » n'empêche pas la recevabilité, ne vaudront qu'au singulier puisqu'elles tendent à dénier ou à reconnaître une prérogative à un individu, à donner certitude à son titre. Elles n'en sont pas moins une autre manière de dire le droit qui entre dans la mission du juge. Il est cependant une différence de taille tenant à ceci : en cette hypothèse la mesure fixée par le juge, sa solution prend corps dans un jugement avec toutes les conséquences attachées à la force de chose jugée lorsque les voies de recours ordinaires sont épuisées. L'avis, lui, ne permet pas au justiciable de se prévaloir de la réponse apportée à la question, puisqu'il ne lie ni celui qui le reçoit ni celui qui le donne.

Là se trouve sans doute la révolution¹¹ contenue dans la procédure de saisine pour avis. Il marque un juste retour aux sources. Toute la puissance du juge repose ici sur sa sagesse.

2. Autorité de l'avis. L'une des particularités de la saisine pour avis est la possibilité offerte à la Cour de cassation de donner une interprétation des règles de droit *ab initio*, avant tout jugement déféré à son contrôle. Le lien au litige se trouve passablement distendu : la question porte sur un point de droit délicat intéressant plusieurs affaires, conférant à la solution une vocation à portée générale¹². On est surtout frappé surtout par la forme prise par la solution rendue, savoir un simple avis. Il en résulte qu'en dépit de certaines ressemblances, il ne peut être assimilé aux questions préjudicielles du droit interne ou du droit communautaire.¹³

Le cadre large du rescrit a pu être proposé. Le respect du contradictoire protégé lors de la saisine pour avis, la nature juridictionnelle de l'autorité saisie et surtout la tâche qui lui échoit sont, à notre sens, autant d'obstacles à ce rattachement. M. le professeur Oppetit défend l'idée selon laquelle « un avis donné par une juridiction n'appelle pas la qualification d'acte juridictionnel, sauf à se référer à un critère purement organique : (...) il n'a qu'une valeur doctrinale, comme en témoigne le fait qu'il n'ait aucun effet obligatoire, ni pour la juridiction dont il émane, ni pour les juridictions ou les organes auxquels il s'adresse ; il constitue une opinion sur un point de droit. ».¹⁴ Nous pensons à l'inverse que l'avis donné par la Cour est foncièrement un acte juridictionnel. Il l'est, non parce qu'il émane de l'organe destiné à rendre justice : on sait que le juge peut aussi avoir une activité administrative¹⁵. Il l'est parce qu'il s'agit d'une réponse à des prétentions opposées cristallisées dans la question de droit.

L'absence d'effet obligatoire, nous semble-t-il, ne préjuge pas de la nature de l'acte. Il y a en effet dans la sentence rendue par le juge deux aspects à distinguer, l'un relève de l'*auctoritas*, l'autre de la *potestas*.¹⁶ Ce dernier n'est autre que la possible exécution forcée de la sentence, le caractère coercitif qui est attaché à ce qui a été formulé par le juge ; rien en définitive de particulier à la fonction judiciaire. Il s'agit ici d'organisation politique. En revanche, le premier caractérise pleinement l'office du juge - de la jurisprudence, au sens de *juris-prudens*, prudence du droit - il s'agit de la décision où le droit est dit. L'avis, réponse qui clôt l'incertitude soulevée par la question et qui va contribuer à attribuer à chacun des plaideurs en particulier ce qui convient, n'est pas autre chose. Il s'agit d'une opinion de droit formulée par celui qui est réputé savoir, ce qui confère à son acte autorité¹⁷. Le fait que l'avis soit rendu par la Cour de cassation, on le voit, n'est pas neutre¹⁸.

1996, n° 53 ; même si la césure en pratique n'est pas toujours aussi tranchée, v. not. C. ATIAS, « L'image doctrinale de la Cour de cassation », *D.* 1993, chr., p. 133 et du même auteur : « La fin d'un mythe ou la défaillance du juridique », *D.* 1997, chr., p. 44, n° 3.

¹⁰ Même si l'hypothèse est limitée puisque la saisine n'est possible que par le Procureur général près la Cour de cassation (par ex. Ass. plén. 31 mai 1991, *D.* 1991, J., 417, n. D. THOUVENIN) qui exerce cette prérogative de façon discrétionnaire (CE 11 juillet 1991, *D.* 1992, somm., 122, obs. P. JULIEN).

¹¹ Au sens de *revolutio*, mouvement circulaire par lequel un mobile revient à sa position d'origine.

¹² La nouveauté réside moins dans la portée générale de la solution de droit, il y a eu de tout temps une "jurisprudence" de la Cour de cassation qui n'échappe d'ailleurs pas aux praticiens ou à la doctrine, que dans l'affirmation explicite de cette généralité.

¹³ L'organe saisi du renvoi tranche une question de droit, il donne interprétation abstraite, à laquelle sont tenus ceux qui lui ont adressée. Le renvoi préjudiciel n'est pas une faculté laissée au juge, il est contraint de déférer la question à l'autorité compétente. Pour la même raison, on doit écarter l'assimilation à la technique plus ancienne du référé législatif, la saisine pour avis ne constitue pas un référé judiciaire ; v. not. F. ZÉNATI, art. précité.

¹⁴ B. OPPETIT, « La résurgence du rescrit », *D.* 1991, chr., 105.

¹⁵ Telles les mesures d'organisation judiciaire par exemple, ou qu'à l'inverse il est des actes émanant d'autorités administratives qui ont une nature juridictionnelle : J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 24^e éd. Précis Dalloz, 1995, n° 156, et s.

¹⁶ Sur cette distinction : A. D'ORS, *Une introduction à l'étude du droit*, trad. A. SÉRIAUX, éd. PU Aix-Marseille, 1991, n° 24.

¹⁷ Il n'est pas indifférent de remarquer qu'à Rome, la jurisprudence « ne désigne pas les précédents judiciaires mais l'activité des jurisconsultes, les solutions qu'ils ont dégagés dans l'exercice de leur activité de praticiens et de savants. », F. Zénati, *ouvrage précité*, p. 12.

¹⁸ Voir le rapport de synthèse de M. le professeur Terré à l'issue du colloque des 10 et 11 décembre 1993 ayant pour thème *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, précité, p. 237 et s., spécialement sur la procédure d'avis, p. 244.

Est-il convenable, cependant, de dissocier *potestas* et *auctoritas* ? Admettre, en effet, que l'interprétation donnée de la règle de droit n'ait d'autre force que la créance que les juges du fond accorderont à la Haute juridiction, n'est pas sans danger¹⁹. C'est en quelque sorte parier sur la confiance, ce qui à soi seul est plus que séduisant, mais qui au revers implique la possibilité d'un désaveu si un jour celle-ci vient à manquer. Le pouvoir demeure en effet aux juges du fond de suivre ou non l'avis rendu. Cette dissociation nous paraît malgré tout de bon augure. N'est-ce pas le meilleur moyen pour inciter celui qui est investi de la charge d'interprétation à s'en acquitter le plus sérieusement possible, afin que l'autorité reconnue à l'opinion formulée ne faiblisse pas ? Il est d'ailleurs rassurant d'observer qu'en dehors de la procédure de saisine pour avis, le même processus opère, bien que de façon moins ostensible. La résistance des juges du fond contribue à l'élaboration du droit, à une meilleure compréhension des textes, et aboutit à un travail fait de concert entre juges du fond et Cour de cassation.²⁰

Si la légitimité de la procédure de saisine pour avis ne nous paraît pas susceptible d'être mise en cause, il reste à déterminer les fruits qui en sont escomptés.

3. Objectifs recherchés. M. le premier président de la Cour de cassation P. Drai, peu de temps après l'édiction du texte instituant la saisine pour avis, fondait en celle-ci un double espoir : « (...) permettre de décourager les pourvois voués à l'échec (...) » et exprimer « (...) la position de la Cour, dans son unité fondamentale (...) ».²¹ Le but avoué est donc de soulager la Cour de cassation pour éviter qu'une "production massive de droit", rendue nécessaire par la prolifération des dossiers, ne vienne perturber la mission qui lui incombe. Permettre à la Cour de donner interprétation de la loi par anticipation est un moyen préventif susceptible de dissuader les plaideurs de perdre leur temps et leur argent.²² L'organisation judiciaire, à l'aube de l'an 2000, fait l'objet de nombreux remaniements destinés à permettre une meilleure gestion du contentieux.²³ La procédure de saisine pour avis est l'une de ces mesures.

Autre motif, la cohérence recherchée dans l'application du droit. Le raccourci commode de présentation de l'état de la jurisprudence - commerciale, civile, sociale, etc. - trahit souvent inconsciemment sinon une opposition du moins une indépendance de mauvais aloi. Il ne convient pas de scinder la jurisprudence de la Cour de cassation. A l'instar de la formation plénière de la Haute juridiction, la composition de la formation appelée à statuer en matière d'avis est conçue comme un moyen d'unité²⁴. Chaque chambre de la Cour de cassation y est représentée (a. L. 151-2 COJ).

On peut ajouter enfin que face à la fragmentation des lois due à une spécialisation croissante des domaines où il est légiféré et à la quantité impressionnante des textes édictés, les règles de droit, initialement destinées à assurer la sécurité des justiciables et à guider les juges par une orientation générale vers la solution juste, ne remplissent qu'imparfaitement leur rôle²⁵. Par la formulation d'un avis interprétatif de la règle de droit, la Cour de cassation vient ainsi au secours des uns et des autres, en déterminant quelle est la loi applicable, en délimitant son champ d'application et éventuellement en clarifiant son contenu.²⁶

Seule l'étude de la réalisation pratique du procédé est à même de dissiper ou de confirmer ces espoirs. Les avis relatifs aux procédures civiles d'exécution constitueront la matière de ce travail.

4. Technique de l'avis et voies d'exécution. Moins de deux mois après l'adoption de la procédure de saisine pour avis, une réforme d'envergure des procédures civiles d'exécution aboutissait à la loi (n° 91-650) du 9 juillet 1991²⁷. Cette

¹⁹ Pour un plaidoyer en faveur du caractère obligatoire des avis : F. ZÉNATI, art. précité.

²⁰ C'est comprendre, au-delà de l'organisation hiérarchique du pouvoir judiciaire, que « jamais les juristes dignes de ce nom ne se plient à une décision ; ils adhèrent à une opinion fondée en raison. L'organe chargé du contrôle de droit ne peut espérer imposer une interprétation ; il se doit de découvrir les voies par lesquelles il s'imposera en emportant la conviction. Cette tâche est celle de tous les juristes. Ce qu'ils cherchent jour après jour, dossier après dossier, ce ne sont pas des décisions toutes faites ; ce sont des raisons de décider. », C. ATIAS, « Pouvoir et autorité judiciaires », *D.* 1992, chr., n° XXXI.

²¹ P. DRAI, entretien précité.

²² Une étude récente s'attache à exposer « Les conséquences pécuniaires qui s'attachent aux pourvois civils », A. PERDRIAU, *J.C.P. éd. G* 1997, I, 4014.

²³ L'accroissement des procédures à juge unique, la multiplication des recours gracieux (par ex. loi, n° 95-125, du 8 février 1995 privilégiant la médiation), et dernièrement la loi (n° 97-395) du 23 avril 1997 relative à l'examen des pourvois devant la Cour de cassation en portent preuve. Le débat est ouvert : A. GARAPON, « Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au garde des Sceaux par Jean-Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile », *D.* 1997, chr., p. 69 ; R. MARTIN, « Une nouvelle perspective sur la procédure civile. Après le rapport de Monsieur le Président Jean-Marie Coulon », *J.C.P. éd. G* 1997, Actualités, n° 8.

²⁴ Sur la recherche de l'unité : C. ATIAS, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, précité, p. 73.

²⁵ Le problème, s'il n'est pas exclusif à notre époque (v. not. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, éd. LGDJ, 1955), présente une ampleur inquiétante (v. not. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, éd. Flammarion, coll. Forum, 1996.).

²⁶ Dans la limite, il est clair, de ses compétences. La Haute juridiction a justement refusé d'interpréter une norme communautaire, celle-ci devant éventuellement être soumise à la Cour de Justice des Communautés Européennes au titre de l'article 177 du Traité CEE : C. cass. 9 octobre 1992 (*D.* 1993, J., 196, n. C. GAVALDA).

²⁷ H. CROZE, « La loi n. 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution : les règles spécifiques aux différentes mesures d'exécution forcée et mesures conservatoires », *J.C.P. éd. E.*, 1992, I, 3585. Pour un approfondissement de la réforme, v. ouvrage général : M. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 4^e éd. LITEC, 1996.

loi et le décret d'application (n° 92-755) du 31 juillet 1992²⁸ qui en est résulté offrent au juriste un outil précieux de vérification de la technique des avis instaurée par le législateur.

La nouveauté des textes et le nombre de modifications intervenues depuis leur adoption²⁹ étaient à même de susciter des interrogations. Les juges du fond n'ont pas manqué de solliciter à maintes reprises l'avis de la Cour de cassation. Celle-ci a statué sur une quinzaine de demandes³⁰ intéressant respectivement la saisie-attribution³¹, la saisie des rémunérations³², la saisie conservatoire de créance³³, la saisie-vente³⁴, la saisie immobilière³⁵, l'hypothèque judiciaire³⁶, la saisie des véhicules terrestres à moteur³⁷, le sursis à exécution d'une décision liquidant l'astreinte³⁸, ainsi que la procédure de distribution par contribution des deniers³⁹. L'autorité de ces avis sera d'abord mesurée à l'aune de la raison (I), pour être ensuite éprouvée au regard de la fonction dévolue à la Haute juridiction (II).

I - L'autorité à l'épreuve de la raison

Toute l'autorité de l'avis procède de la qualité de celui qui le rend, ici la Cour de cassation, *en raison de* la compétence qui lui est reconnue. Elle repose donc sur un savoir. Le contenu des avis (A), conforme à la lettre et à l'esprit de la réforme des voies d'exécution, se heurte aux difficultés suscitées par l'absence de motivation (B), propre aux solutions de celui qui tranche en autorité.

A - Contenu des avis : respect de la lettre et de l'esprit de la réforme des voies d'exécution mobilières

L'étude des avis rendus, depuis l'adoption de la réforme, montre la cohérence de la procédure de saisine. Dans le respect de l'équilibre recherché par le législateur entre les prérogatives du créancier et la nécessaire protection du débiteur⁴⁰, dans la réponse aux problèmes de délimitation du domaine d'application des textes, les Hauts magistrats savent allier généralement rigueur juridique et efficacité technique.

1 - Prerogatives du créancier et protection du débiteur

Par la précision qu'ils apportent, les avis sur les dispositions de la réforme des voies d'exécution permettent la réalisation des objectifs législatifs.

5. Protection des recours ultérieurs offerts au débiteur saisi. Les dispositions relatives aux voies d'exécution ne doivent pas priver le saisi des actions que le droit commun lui offrait, sauf volonté explicite du législateur. Le refus de la notion d'acquiescement à une voie d'exécution et la question de l'amplitude à reconnaître à l'article 45, al. 3 de la Loi s'inscrivent dans cette perspective.

L'avis, déniait toute efficacité à la notion d'acquiescement, a été rendu à l'occasion de litiges intéressant une opération de saisie conservatoire de créance. Cette mesure est un acte destiné à rendre indisponible les sommes saisies, et fait obstacle à tout concours de saisies en raison du cantonnement automatique de cette indisponibilité (L., a. 75). Le recours à cette saisie se justifie le plus souvent par une imperfection du titre du créancier qui ne peut agir directement au moyen d'une saisie-attribution. Seule l'obtention d'un titre exécutoire par le créancier lui permet de demander la conversion de celle-ci en saisie-attribution (D., a. 240 à 243) aux fins de paiement. A défaut de titre exécutoire, le créancier saisissant peut-il obtenir paiement du tiers saisi si le débiteur a acquiescé à la saisie conservatoire ? L'acquiescement, acte par lequel une personne renonce à la possibilité d'une action en justice (a. 408 NCPC) ou encore à toute voie de recours (a. 409 NCPC), supprime tout moyen de défense ultérieur pour le

²⁸ H. CROZE, « Le décret du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution. Guide de lecture. », *J.C.P. éd. E.*, 1992, I, 202.

²⁹ Une loi (n° 92-644) du 13 juillet 1992 eut pour principal effet de reporter l'entrée en vigueur de la réforme au 1^{er} janvier 1993 ; voir aussi L. (n° 91-1323) du 30 décembre 1991 ; D. (n° 93-911) du 15 juillet 1993 ; L. (n° 94-126) du 11 février 1994 ; sur ces modifications : Circulaire CIV 94-04 C3 du 22 avril 1994 (*Bull. Off. Du ministère de la justice*, n° 54 du 30 juin 1994) ; Et plus récemment encore : D. (n° 96-740) du 14 août 1996, v. étude de J.-P. Rémy, « L'institution d'une nouvelle procédure de distribution des deniers en dehors de toute procédure d'exécution », *D.* 1997, chr., 75.

³⁰ Le nombre ici n'est qu'indicatif, il ne concerne en effet que les avis publiés. On sait que la publication est une simple faculté, non une obligation (a. 1031-6 NCPC).

³¹ Avis, 11 mars 1994 (*Bull. civ.*, n° 8), Avis, 16 décembre 1994 (*Bull. civ.*, n° 24), Avis, 8 mars 1996 (*Bull. civ.*, n° 4), Avis, 24 mai 1996 (*Bull. civ.*, n° 5).

³² Avis, 21 juillet 1995 (*Bull. civ.*, n° 11).

³³ Avis, 24 mai 1996 (*Bull. civ.*, n° 6).

³⁴ Avis, 14 juin 1993 (*Bull. civ.*, n° 8), Avis, 8 décembre 1995 (*Bull. civ.*, n° 15).

³⁵ Avis, 5 mai 1995 (*Bull. civ.*, n° 5).

³⁶ Avis, 24 janvier 1994 (*Bull. civ.*, n° 4).

³⁷ Avis, 5 mai 1995 (*Bull. civ.*, n° 4), Avis, 13 octobre 1995 (*Bull. civ.*, n° 13).

³⁸ Avis, 27 juin 1994 (*Bull. civ.*, n° 18).

³⁹ Avis, 29 novembre 1993 (*Bull. civ.*, n° 17).

⁴⁰ Sur les grandes lignes de la réforme de 1991 et 1992 des voies d'exécution mobilières : M. DONNIER, *ouvrage précité*, n° 30 et s.

débiteur. Si sa forme peut être expresse ou tacite (a. 410 NCPC), son existence n'en demeure pas moins strictement contrôlée par la jurisprudence, dans un but évident de protection de celui contre qui il est invoqué.⁴¹ L'extension préconisée à l'acte de saisie-conservatoire présentait l'intérêt d'un paiement immédiat entre les mains du saisissant sans recourir au mécanisme de conversion organisé par la réforme de 1991. Elle fermait en outre les portes à toute réclamation ultérieure par le saisi. La Cour de cassation a estimé avec à propos « que la notion d'acquiescement est sans application à la saisie conservatoire qui n'est ni une demande en justice, ni un jugement. Toutefois, le débiteur saisi peut donner son accord pour que le tiers saisi paie le créancier saisissant moyennant la mainlevée de la saisie. » (*Avis 24 mai 1996*). Décider autrement aurait conduit à réduire à néant l'effort de la réforme qui tout en octroyant des moyens d'exécution simplifiés pour le créancier ne permet pas que cela soit au détriment du débiteur. Au-delà, par l'extension de l'acquiescement aux mesures d'exécution, la Cour se serait départie de sa tâche. Donnant prise aux détracteurs de la procédure de saisine pour avis, elle aurait créé purement et simplement une nouvelle règle de droit. Destinée à interpréter la loi, à y suppléer au cas de lacune, elle ne doit ni ne veut s'ériger en législateur.

La clarification du domaine de l'article 45, al. 3, de la Loi en porte preuve. On sait que le créancier saisissant, muni d'un titre exécutoire, après avoir signifié l'acte de saisie-attribution au débiteur de son débiteur (le tiers saisi) et dénoncé la saisie dans les huit jours au saisi par exploit d'huissier, bien qu'immédiatement propriétaire de la créance saisie, n'en doit pas moins attendre l'expiration d'un délai d'un mois pour obtenir paiement (L., a. 45, al.2). Ce délai, institué en vue d'une éventuelle contestation du débiteur saisi, n'a plus de raison d'être si celui-ci autorise son créancier à payer sans délai le saisissant (D., a. 58), ou encore si avant son expiration, il déclare par écrit ne pas contester la mesure d'exécution (D., a. 61, al. 2). La question a été posée de savoir si l'acte de non-contestation est « une cause d'irrecevabilité de la demande en répétition prévue par l'article 45, al.3 de la loi du 9 juillet 1991 ? ». L'article précité, après avoir posé le principe du délai d'un mois pour contester dans un alinéa premier, et dans le deuxième alinéa prévu le paiement à l'expiration du délai, indique dans son troisième alinéa que « *Toutefois, le débiteur saisi qui n'aurait pas élevé de contestation dans le délai prescrit peut agir à ses frais en répétition de l'indû devant le juge du fond compétent.* ». Autrement dit, la prescription et le silence du débiteur ou son inaction ne sauraient le priver de toute voie de recours. Il est autorisé à défendre ses droits par le moyen de l'action en répétition de l'indu (a. 1376 et 1377 CC). Convenait-il cependant d'appliquer cette disposition même dans le cas où le débiteur s'est engagé à ne pas contester ? La Cour l'admet : l'acte de non-contestation n'est pas une fin de non-recevoir à l'action en répétition de l'indu. Il ne vaut pas renonciation à toute action ultérieure selon les modalités du droit commun. Le bien-fondé de la prétention de l'*accipiens* quant à l'existence d'un dû pourra toujours être examinée par les juges. Cette solution doit être approuvée. Le juge de l'exécution ne doit veiller qu'au bon déroulement du paiement forcé et n'est appelé à statuer sur le fond que dans cette limite. En outre, refuser l'action en répétition au saisi ce serait *ipso facto* le priver d'une éventuelle restitution fondée sur le caractère indu d'un paiement dont la déclaration pourrait n'être qu'ultérieure. Il reste que, hormis ce cas, l'action en répétition aura peu de chance d'aboutir.

6. Protection du débiteur dans la saisie-vente: un principe de subsidiarité. La saisie-vente (correspondant à l'ancienne saisie exécution) est une mesure d'exécution forcée redoutée et redoutable qui consiste à se faire payer sur les biens corporels du débiteur. La distinction entre l'avoir et l'être a des frontières délicates. La charge d'extrapatrimonialité acquise par les biens meubles au cours du temps, sans compter ces biens, spécifiques à chacun, qui pour une raison propre se trouvent grevés d'une charge affective particulière, font que cette voie d'exécution est souvent abhorrée. Se faire payer sur les meubles du saisi, c'est un peu se payer sur la personne du saisi lui-même. A ceci s'ajoute l'humiliation plus que séculaire résultant de l'impécuniosité et dont l'achèvement risque fort d'être cette forme de saisie. Là est d'ailleurs sa force d'intimidation qui rend sa réalisation souvent inutile, le débiteur préfère obtempérer que d'être privé de ses meubles.⁴² La réforme de 1991, bien que conservant dans ses grandes lignes les dispositions de l'ancienne saisie exécution, a jugé bon d'instaurer un principe de subsidiarité lorsque la créance due, autre qu'alimentaire, est inférieure à la somme de 3500 francs.⁴³ La saisie dans un local servant à l'habitation « (...) ne peut être pratiquée, sauf autorisation du juge de l'exécution donnée sur requête, que si ce recouvrement n'est pas possible par voie de saisie d'un compte de dépôt ou des rémunérations du travail. » (L., a. 51, al. 1). A cette fin, le débiteur se voit enjoint dans le commandement de payer préalable d'indiquer sous huitaine les nom et adresse de son employeur et les numéros de ses comptes bancaires, ou l'un des deux renseignements (L., a. 51, al. 2 et D., a. 83.3°). Que se passe-t-il si le débiteur garde le silence ? S'agit-il d'une impossibilité au sens de l'article 51 ? L'huissier est-il autorisé à procéder à la saisie sans autorisation du juge de l'exécution ? La question adressée

⁴¹ J. DJOUDI, « La constatation de l'acquiescement implicite au jugement », *D.* 1996, chr., 91. Sur l'application restrictive de la notion : Civ. 2^e, 4 janvier 1996, *D.* 1997, J., 86, n C. PUIGELIER.

⁴² Ce qui peut conduire certains auteurs à regretter l'instauration d'un principe de subsidiarité dans le recours à cette voie d'exécution : R. PERROT, Ph. THÉRY, « La subsidiarité de la saisie-vente », *D.* 1996, chr., 169.

⁴³ Disposition inspirée aussi sans doute, tel qu'il est souligné par messieurs les magistrats F. RUELLAN et R. LAUBA, par le fait que le coût particulièrement élevé de cette saisie (environ 2000 francs) et la composition des locaux susdits par des meubles de qualité courante, rendent bien aléatoire la réalisation de la créance au regard de l'équilibre total de l'opération, note sous avis 8 décembre 1995, *D.* 1997, J., 130.

à la Cour de cassation a donné lieu à un avis en date du 8 mars 1995, où après visa des articles 51 et 39 de la Loi et 82 et 83 du Décret, l'on apprend « que le silence du débiteur ne rend pas possible de ce seul fait la saisie-vente. Il permet à l'huissier de justice de s'adresser immédiatement et sans autre formalité au procureur de la République en vue d'obtenir l'identification de l'employeur ou des comptes de dépôt du débiteur. ». ⁴⁴ En refusant la saisie-vente en deçà de 3500 francs, même au cas de silence du débiteur, la Cour de cassation a, là encore sans trahir la lettre des textes, respecté l'esprit de la réforme. Las ! Les huissiers pourront le regretter, le manque d'empressement des parquets risque fort de retarder la réalisation de l'opération de saisie à l'expiration du délai octroyé à ceux-ci, l'absence de réponse valant réquisition infructueuse (L. a.39). Les Hauts magistrats, on le constate, se refusent obstinément à franchir le seuil de la séparation des pouvoirs et n'ont d'autres but que de garder la loi.

7. Force reconnue au titre exécutoire du créancier : effet attributif immédiat de la saisie-attribution. L'une des volontés les plus explicites du législateur a été de renforcer l'efficacité du titre exécutoire du créancier en lui conférant des effets radicaux. La saisie-attribution ⁴⁵ illustre l'importance nouvelle qui lui est octroyée par l'attribution immédiate et exclusive de la créance qu'elle emporte, véritable garantie de paiement pour le saisissant. C'est dans cette droite ligne que la Cour de cassation a pu, sans se méprendre, rendre deux avis destinés à reconnaître le privilège attribué au créancier saisissant muni d'un titre exécutoire par la réforme de 1991.

L'une des modifications les plus importantes de la loi de 1991, comme il vient d'être souligné, réside dans l'effet translatif immédiat de la créance saisie dans le patrimoine du saisissant (L., a. 43, al. 1). La conséquence directe, formulée dans l'alinéa deuxième de cet article, est l'inefficacité de toute saisie ultérieure quel que soit le titre du créancier qui y procède. De fait, il n'y a plus rien à saisir. Il est logique que la voie d'exécution ultérieure ne puisse remettre en cause l'attribution. Peu importe donc la cause de préférence ou le privilège de celui qui arrive trop tard pour le faire valoir. Par cette disposition - le contribuable se réjouira ⁴⁶ - le Trésor public, avec la procédure d'avis à tiers détenteur, qui bénéficiait seul d'une attribution immédiate avant la réforme, est placé dans la même situation que tout créancier muni d'un titre exécutoire. ⁴⁷ En vertu de ce qui précède, le concours de saisie devient une hypothèse peu fréquente. Elle n'est pas toutefois exclue et l'alinéa troisième de l'article 43 en régit la solution. Il est indiqué que « les actes de saisie signifiés au cours de la même journée entre les mains du même tiers sont réputés faits simultanément. Si les sommes disponibles ne permettent pas de désintéresser la totalité des créanciers ainsi saisissants, ceux-ci viennent en concours. ». Sans doute afin de couper court à tout problème de preuve et en raison de l'identique diligence des saisissants, le législateur a posé un principe de simultanéité. La règle posée par l'article 2093 CC aux termes duquel « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence » devait-elle conserver sa force ? Le juge de l'exécution du TGI du Havre, envisageant l'hypothèse où les sommes disponibles ne permettent pas de désintéresser tous les créanciers, en demande avis à la Cour en ces termes : « y a-t-il lieu de payer par préférence les créanciers privilégiés ou de procéder à une répartition selon la règle du concours ? ». La réponse est dépourvue de toute ambiguïté : « le concours entre créanciers saisissants prévu au troisième alinéa de l'article 43 de la loi du 9 juillet 1991 doit se régler au prorata des créances respectives, sans qu'il y ait lieu de prendre en compte l'existence d'éventuels privilèges. » (*Avis 24 mai 1996*). L'article 2093 CC est, on le voit, écarté au bénéfice d'une répartition au marc le franc. Cette solution est conforme à l'intention du législateur ⁴⁸, et permet ne pas priver la saisie-attribution de toute efficacité pour les créanciers chirographaires le plus souvent en conflit avec des créanciers privilégiés ⁴⁹. S'il est possible de le regretter ⁵⁰, car elle conduit à ôter aux causes de préférence une grande part de leur intérêt, le grief ne saurait être adressé à la Cour de cassation, dont la conclusion juridique portée dans l'avis est en adéquation avec la réforme des voies mobilières d'exécution. Seul ici le législateur pourrait être mis nous semble-t-il en accusation. La procédure de saisine pour avis ne doit pas devenir un sous-lieu de débat parlementaire, elle n'a d'utilité que dans la perspective d'une interprétation de la loi et ne doit pas aboutir à sa rediscussion. Les Hauts

⁴⁴ Plusieurs solutions ont été discutées en doctrine, v. M. DONNIER, *ouvrage précité*, n° 625, 626. Sur cette question : J.-J. DAIGRE, « A propos de l'exception de subsidiarité de la saisie-vente », *Rev. Huissiers* 1992, p. 1041 et 1996, p. 257 ; R. PERROT, Ph. THÉRY, *chronique précitée* ; Y. DESDEVEISES, « L'incidence du silence du débiteur sur la subsidiarité de certaines saisies-ventes. (A propos de certaines questions soulevées par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et le décret n° 92-755 du 31 juillet 1992) », *D.* 1993, chr., 160 ; J.-P. FAGET et D. R. MARTIN, « Subsidiarité de la saisie-vente et carence du débiteur saisi », *JCP éd. E* 1994, I, 371.

⁴⁵ E. PUTMAN, « La saisie-attribution », *Petites Affiches*, 6 janvier 1993, p. 67.

⁴⁶ Modérément toutefois ! Le nouvel article L. 263 du Livre des procédures fiscales a déjà modifié l'article 86 de la loi de 1991 qui reculait l'effet attributif de l'avis à tiers détenteur à l'expiration d'un délai de quinze jours pour laisser au contribuable le temps d'une éventuelle réclamation. Celui-ci a été supprimé. Et il n'y aurait rien de surprenant à ce qu'une prochaine loi fiscale vienne aussi supprimer cette nouvelle égalité entre saisie-attribution et avis à tiers détenteur, au bénéfice de ce dernier bien évidemment.

⁴⁷ L'avis à tiers détenteur conserve toutefois des avantages indépendants du caractère immédiat de l'attribution : M DONNIER, *ouvrage précité*, n° 863.

⁴⁸ Lors des travaux préparatoires, il a été proposé d'ajouter à l'article 43, al. 3, in fine « sous réserve de leurs privilèges éventuels », mais cela n'a pas été retenu : *JOAN*, 26 avril 1991, p. 1745 et s.

⁴⁹ L'argument a été avancé, antérieurement à l'avis, dans une affaire où une saisie-attribution avait été faite concomitamment à un avis à tiers détenteur et où le juge opta pour une répartition proportionnelle, TGI Saint-Etienne, 16 juin 1994 (*D.* 1995, J., 233, n. J. Prévault).

⁵⁰ M. MIGUET, *Jurisclasseur proc. civ.*, fasc. 2250, n° 88-89 ; D.R. MARTIN, *Rép. proc. civ.*, v° « Saisie-attribution », n° 111.

magistrats ne s'y trompent pas. La question de l'effet attributif immédiat de la saisie d'une créance à exécution successive permet encore de le comprendre.

« Une saisie-attribution des créances à exécution successive pratiquée à l'encontre de deux époux communs en bien et codébiteurs solidaires, antérieurement à la mise en liquidation judiciaire de l'un d'eux sur les loyers d'un immeuble dépendant de la communauté produit-elle son effet attributif sur les loyers échus après le jugement de liquidation ? », la réponse apportée à cette question est rigoureusement adaptée aux dispositions de 1991 et 1992. Après avoir visé les articles 13, al.2, et 43, al. 1 et 2 de la loi, ainsi que les articles 69 à 72 du décret consacrés à la saisie-attribution des créances à exécution successive, la Haute juridiction tranche en faveur du créancier saisissant, la saisie-attribution « poursuit ses effets sur les loyers échus après le jugement de liquidation » (*Avis 16 décembre 1994*)⁵¹. L'article 43, alinéa 1, de la loi du 9 juillet 1991 en disposant que « l'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie disponible entre les mains du tiers ainsi que tous ses accessoires (...). », aboutit à transférer de manière définitive la créance dans le patrimoine du saisissant. La procédure collective ouverte ultérieurement intervient trop tard pour suspendre cette voie d'exécution puisqu'elle est déjà achevée. L'alinéa 2 de l'article ne fait d'ailleurs que tirer conséquence de ce principe en indiquant que « la signification ultérieure d'autres saisies ou de toute autre mesure de prélèvement, même émanant de créanciers privilégiés, ainsi que la survenance d'un jugement portant ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires, ne remettent pas en cause cette attribution ». En vain invoquerait-on le caractère successif de l'exécution de la créance pour écarter ce texte : l'article 13, alinéa 2, de la loi autorise toute saisie sur les créances de cette nature, et parmi les articles du Décret cités dans l'avis, l'article 70 porte que « au fur et à mesure des échéances, le tiers saisi se libère entre les mains du créancier saisissant ou de son mandataire qui en donne quittance et en informe le débiteur. », preuve de l'amplitude des répercussions reconnue à l'effet attributif immédiat d'une créance à exécution successive. Une discussion au fond peut être menée pour décider du bien ou mal fondé de cette disposition⁵². Il n'en demeure pas moins que l'interprétation des textes brille par son exactitude. Là encore, la Cour de cassation ne se départ pas du contenu de la loi et de la raison qui y a présidé. Respectueux tant des intérêts du débiteur que de ceux du créancier défendus dans la réforme de 1991, les magistrats n'hésitent pas à réaliser cette conciliation parfois même au-delà des dispositions pour en servir l'esprit.

8. Equilibre recherché : effet de l'opposition sur l'ordonnance d'injonction de payer revêtue de la formule exécutoire. L'opposition est un moyen offert au défaillant d'obtenir rétractation du jugement (a. 571 NCPC). Elle peut être exercée dans le délai d'un mois qui suit la signification du jugement à personne. Lorsque cette signification n'a pu être faite à personne, le point de départ du délai est celui de la date de la première mesure d'exécution (a. 1416 NCPC). L'opposition, faite dans le délai prescrit, permet-elle de remettre en cause l'acte de saisie effectué grâce à l'ordonnance portant injonction de payer revêtue de la formule exécutoire (1422, 1423 NCPC) et d'en donner mainlevée ? Telle est en résumé la question adressée par le juge de l'exécution de Blois. L'effet immédiat de l'opposition relève la Cour est « de saisir le Tribunal de la demande du créancier et de l'ensemble du litige, et affecte ainsi la force exécutoire du titre sur le fondement duquel la mesure d'exécution a été pratiquée. Elle empêche dès lors la poursuite de la procédure d'exécution sans remettre en cause les effets de l'acte de saisie dont la validité s'apprécie au moment où il a été signifié. ». En conséquence, « l'opposition ne peut pas conduire à ordonner la mainlevée de la saisie-attribution pratiquée, mais fait obstacle, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur l'opposition par la juridiction compétente, au paiement au créancier des sommes rendues indisponibles » (*Avis 8 mars 1996*). Par cette solution, la Cour n'ôte-t-elle pas au créancier saisissant une option que paraissait lui offrir l'article 31 de la loi qui, hormis le cas particulier de l'article 2215 CC, prévoit, dans un premier alinéa, que « l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire à titre provisoire » ? Cette exécution forcée est possible aux risques et périls du saisissant « qui, si le titre est ultérieurement modifié, devra restituer le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent » (al. 2). Les juges du fond avaient eu d'ailleurs l'occasion d'affirmer une telle interprétation considérant qu'une ordonnance d'injonction de payer exécutoire, régulièrement signifiée, constitue ce titre provisoire même au cas d'opposition.⁵³ L'interdiction de mainlevée de la saisie et la suspension du paiement constituent cependant un moyen terme satisfaisant au regard des intérêts respectifs du saisissant et du saisi. Le créancier saisissant ne perd pas le privilège provenant de l'effet attributif immédiat de l'acte de saisie, et le saisi, n'étant pas tenu de payer, ne sera pas confronté aux difficultés liées à toute restitution pour le cas où la rétractation du jugement aboutirait. En gelant le déroulement de la procédure d'exécution pour l'avenir, interdisant par là tout paiement avant qu'il ne soit statué sur l'opposition, la Cour de cassation réalise avec rigueur l'équilibre recherché par la réforme de 1991.

⁵¹ *Rev. Huissiers* 1995, p. 1168, obs. Ph. Théry ; *D.* 1995, J., 166, n. F. DERRIDA ; *JCP éd. G* 1995, II, 22409, n. A. GRAFMEYER ; *JCP éd. E* 1995, II, 686, n. D. R. MARTIN ; *RTD civ.* 1995, p. 985, obs. R. PERROT.

⁵² V. not. l'analyse en faveur de l'avis faite par E. Putman sur la naissance de telles créances qui implique de se placer au stade de la formation du contrat, et non de sa réalisation, *La formation des créances*, thèse Aix-en-Provence 1987, p. 232 et s., et du même auteur, note sous C. Aix-en-Provence, 15^e ch. civ., 20 juillet 1994, *JCP éd. G* 1995, II, 22403, et l'analyse intermédiaire préconisée par P. ANCEL distinguant les créances nées de contrat à durée indéterminée et déterminée, note préc., p. 629 ;

⁵³ Caen, 1^{ère} ch. civ. et com., 14 décembre 1993, *D.* 1994, somm., 339, obs. P. JULIEN.

2 - Délimitation du domaine d'application de la loi

La procédure de saisine pour avis offre l'avantage d'une conciliation rapide sur les questions techniques nées de l'application de la loi, tant dans l'articulation des dispositions de la réforme elle-même, pour les problèmes liés au droit transitoire, qu'en ce qui concerne la compatibilité des nouveaux textes avec les dispositions éparpillées sur l'exécution existant dans notre législation.

9. Articulation des textes de procédures civiles. La confrontation de l'article 31 du Décret et de l'article 37 suscite des interrogations. L'un porte qu'en cas d'appel, une demande en référé devant le premier président de la cour permet d'obtenir sursis à exécution des décisions du juge de l'exécution, l'autre que la décision liquidant une astreinte par le même juge est exécutoire *de plein droit* par provision. Enfin, l'article L. 311-12-1, alinéa 5, COJ, instituant l'appel contre les décisions du juge de l'exécution et soulignant son caractère non suspensif, précise que « toutefois, le premier président de la cour d'appel peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la mesure. ». L'astreinte⁵⁴ liquidée par le juge de l'exécution peut-elle être l'objet d'un sursis à exécution décidé par le premier président de la cour d'appel ? La Cour est d'avis que les dispositions relatives au sursis à l'exécution « ne s'appliquent pas à la décision d'un juge de l'exécution liquidant une astreinte » (*Avis 27 juin 1994*). Le prononcé et la liquidation d'une astreinte sont des décisions qui appartiennent à l'*imperium* de chaque magistrat. Admettre la possibilité d'un sursis à exécution reviendrait à supprimer ce pouvoir exclusif reconnu par les textes.⁵⁵

10. Application dans le temps de la Loi : distribution par contribution. La réforme de 1991, outre la revalorisation du titre exécutoire, tend à déjudiciariser le règlement des questions relatives à l'exécution⁵⁶. Dans cette perspective, la procédure de distribution par contribution, anciens articles 656 à 672 CPC, dont l'acteur principal était le juge des ordres et contributions, a été supprimée par l'article 94 de la loi. Désormais, les deniers résultant d'une exécution seront répartis entre les créanciers au terme d'une procédure fixée par les articles 283 à 293 du décret. Comme toute disposition nouvelle, la question s'est posée de l'application dans le temps de ces textes. Le juge des ordres et contributions du TGI de Bobigny en demande réponse à la Cour de cassation. Celle-ci, après avoir rappelé le principe d'application immédiate des lois de procédure, et visé l'article 97 de la loi réglant le droit transitoire inapplicable en l'espèce - la distribution de deniers n'étant pas une mesure d'exécution -, fait application des règles communes aux conflits des lois dans le temps. Il en résulte que procédure et compétence anciennes sont conservées dès lors qu'une décision intéressant le fond a été rendue. Relativement à la procédure de distribution par contribution, cette décision correspond à l'état de distribution provisoire dressé par le juge conformément à l'article 663 CPC. Il est en outre précisé par la Haute Cour que le juge de l'exécution voit sa compétence limitée par les articles susvisés du décret à la répartition des seuls « deniers provenant de ventes forcées ou amiables issues d'une procédure d'exécution ». Pour le reste, cela ressort de la compétence du TGI, juridiction de droit commun (*Avis 29 novembre 1993*).⁵⁷ Le bien-fondé de la solution au regard du droit commun réglementant l'application des lois de procédure dans le temps (principe de l'application immédiate), n'est pas non plus susceptible de critique au vu de l'esprit de la réforme (déjudiciarisation et stricte compétence aux seules difficultés liées à l'exécution du juge institué par la réforme). La technique de l'avis est ici à son apogée. Elle permet de souligner les insuffisances de la législation en vigueur. La question se posait en effet d'une distribution des deniers ne provenant pas de l'exécution forcée. Faute de dispositions spécifiques, les Hauts magistrats renvoient à la compétence ordinaire des juridictions de droit commun. Sur le fondement de cet avis, un projet de loi a été peu après déposé, destiné à l'édiction d'une procédure de distribution des deniers ne provenant pas d'une mesure d'exécution. Un décret récent (n° 96-740 du 14 août 1996) a résolu la difficulté en instituant une technique de répartition des deniers, autres que ceux relevant de la compétence du juge de l'exécution.⁵⁸

11. Compatibilité des textes régissant le gage automobile : réforme de 1991 et article 93 C. com. L'article 3 du décret du 30 septembre 1953 renvoie à l'article 93 du Code de commerce, dont l'alinéa 1 dispose que : « à défaut de paiement à l'échéance, le créancier (gagiste) peut, huit jours après une simple signification faite au débiteur (de payer ou de restituer le véhicule gagé), faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage ». Or, l'une des innovations de la réforme des voies d'exécution est de permettre au débiteur avant toute vente forcée de réaliser une vente

⁵⁴ C. ATIAS, « La réforme de l'astreinte », *D.* 1992, chr., 299.

⁵⁵ *Contra* : C. ATIAS, « La défense à exécution provisoire de l'astreinte liquidée », *D.* 1995, chr., p. 272.

⁵⁶ Ph. THÉRY, « La 'déjudiciarisation' des procédures d'exécution », *Petites Affiches*, 6 janvier 1993, p. 12.

⁵⁷ *JCP éd. G* 1994, II, 22403, n. H. CROZE et T. MOUSSA ; *Defrénois* 1994, p. 568, n. J.-P. SÉNÉCHAL.

⁵⁸ « Suivant l'avis précité de la Cour de cassation et les suggestions de certain de ses commentateurs, le décret confère, en principe, la compétence d'attribution au tribunal de grande instance, juridiction de droit commun. Celui-ci interviendra, selon l'étape concernée de la procédure, soit par l'organe de son président, statuant en référé ou, le cas échéant, par requête, soit dans sa formation ordinaire. (...) Et le décret, réparant un oubli de la réforme des procédures civiles d'exécution, écarte également le compétence du tribunal d'instance. Par son art. 3, il abroge, en effet, l'art. R. 321-13 COJ qui donnait compétence à cette juridiction (...) », J.-P. Rémy, « L'institution d'une nouvelle procédure de distribution des deniers en dehors de toute procédure d'exécution », *D.* 1997, chr., 75.

amiable. Telle est la solution prévue par les articles 107, 108 du décret de 1992, à laquelle renvoie expressément l'article 177 pour le gage des véhicules terrestres à moteur. Aussi, dans un avis du 5 mai 1995, la Cour de cassation conclut à l'abrogation de l'article 93 susvisé au bénéfice des seuls articles 107 et suivants (*Avis 5 mai 1995*)⁵⁹. Il est clair que la solution ne pouvait satisfaire les sociétés de crédit qui, habituées à la souplesse de l'article 93, seront désormais contraintes de satisfaire aux conditions plus strictes de la saisie prévue par la réforme, spécialement quant à la nécessité d'un titre exécutoire. En définitive, ce ne sont pas les avis de la Cour qui paraissent inadaptés, ils portent, nous venons d'en avoir un rapide aperçu, ce que porte la loi. A chacun des points de droit où il a fallu trancher, les juges n'ont fait que suivre l'orientation générale donnée par les parlementaires. Les controverses suscitées par ces avis permettent mieux encore de saisir cette évidence : ce n'est pas sur le terrain d'une distorsion avec la loi que le contenu des avis peut être attaqué, mais c'est souvent le bien-fondé de la loi elle-même qui est mis en cause.

B - Forme des avis : difficultés liées à l'absence de motivation

12. Bien-fondé du caractère non obligatoire des avis. Le grief majeur qui pourrait être opposé à la procédure de saisine pour avis est l'absence de motivation⁶⁰. Voilà ce qui semble-t-il est le plus dérangeant pour ceux auxquels il est adressé. Ceci pourtant est on ne peut plus logique, celui qui est revêtu de l'*auctoritas* ne cherche pas à convaincre, mais à dire la solution appropriée. Etant réputé savoir, il n'a pas à justifier, si ce n'est sommairement, sa réponse. Là est tout l'intérêt de la dissociation de l'*auctoritas* et de la *potestas*, imposer l'avis en lui conférant une force obligatoire aurait conduit à faire de ce système une dictature, un modèle caricatural de gouvernement. Parmi ceux, qui avaient prôné une interprétation différente de l'exception posée par les articles 51 et 39 de la Loi et 82 et 83 du Décret relatifs au principe de subsidiarité dans la saisie-vente, le dépit a été vif, et c'est la procédure de saisine elle-même qui en définitive fut mise en procès : « Tel est la richesse de la doctrine, de n'être pas à l'unisson. Tel est son rôle, de débattre. Il n'y a, à ces jeux de pensée, que mérite individuel, bénéfice collectif et cheminements imparfaits vers une sagesse commune. La sincère conviction de chacun suffit à rendre son avis inestimable. Mais que pour convaincre, on use des voies de la raison, et non des plis de l'autorité. Voudrait-on se donner une précellence en en appelant, aussi, à la grâce ? ».⁶¹ L'accusation aurait pu porter si l'avis avait dû être automatiquement suivi par ceux auxquels il est adressé. Elle se trouve en réalité désarmée par cela seul que l'adhésion qui est demandée aux juges du fond est une adhésion intelligente. Il est vrai que la procédure d'avis, telle qu'elle est conçue, repose d'abord sur la confiance de celui qui reçoit l'avis en celui qui le donne. De fait, nous avons pu observer que la conformité des avis à la loi tend à asseoir l'autorité de la Cour ayant mission d'en donner la juste interprétation. Mais nul n'est infaillible et la sagesse peut parfois ne pas être du côté de celui à qui on la prête. Libre à ceux qui reçoivent le conseil de vérifier le bien-fondé de la réponse donnée, et au besoin de s'en détacher s'ils ne trouvent aucune raison de le suivre. L'interprétation anticipée de la loi par le moyen de l'avis n'ôte pas son utilité à la manière traditionnelle de dire le droit par la voie du recours contentieux. Les juges pourront par conséquent montrer les incohérences de la solution et la Cour de cassation sera à même de rectifier au vu des éléments nouveaux qui lui seront soumis. L'éventualité d'une opposition s'il leur apparaît que la solution donnée est injustifiée n'a d'ailleurs rien d'inconcevable. La réponse apportée à la saisie des créances à exécution successive en porte preuve.

13. De la créance à exécution successive. La conséquence directe de l'effet attributif immédiat de la créance dans la saisie attribution est, nous l'avons vérifié, de porter effet sur des échéances ultérieures et ce au bénéfice du saisissant. Ceci aboutit à une violation de l'égalité des créanciers et paralyse, dit-on, l'aménagement des paiements poursuivis par les procédures collectives. Si tel est bien le résultat en pratique, les sommes des loyers versés pendant le cours de la liquidation judiciaire échappant à la collectivité des créanciers au bénéfice du saisissant, force est de reconnaître l'inefficacité des règles du droit des faillites pour y faire obstacle. L'article 47 de la loi (n° 85-98) du 25 juin 1985 (mod. L. n° 94-475 du 10 juin 1994), parfois avancé, ne constitue pas une objection valable à la solution adoptée par la Cour. En vertu de ce texte, l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire a pour effet de suspendre les poursuites personnelles de créanciers dont la créance est antérieure à celle-ci, ainsi que d'arrêter ou d'interdire toute voie d'exécution de la part de ces créanciers. Si cette disposition est susceptible de bloquer toute saisie conservatoire en interdisant sa conversion en saisie-attribution⁶², elle est inopérante lorsque la

⁵⁹ D. 1995, J., 618, n. A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD ; *JCP éd. G.* 1995, I, 3889, n. Ph. DELEBECQUE ; *JCP éd. G.* 1995, II, 22488, n. H. CROZE et T. MOUSSA ; *RTD civ.* 1996, p. 203, obs. P. CROCQ ; G. WICKER et P. GAUBIL, « L'efficacité du gage automobile non inscrit (à propos d'un arrêt rendu par la Cour de Versailles le 20 septembre 1995 », *D.* 1997, chr., p.1, n° 16.

⁶⁰ Il est cependant des avis précédés d'une brève explication et à l'inverse des arrêts qui demeurent non motivés, la rupture entre avis et arrêt n'est pas toujours tranchée, v. P. Chauvin, art. précité, p. 116.

⁶¹ J.-J. DAIGRE et D. R. MARTIN, « La lettre tue, et l'esprit vivifie (Saint Paul aux Corinthiens : II, 3, 6) », *D.* 1996, chr., p. 238.

⁶² « Une saisie conservatoire signifiée au tiers saisi avant la date de la cessation des paiements qui n'a pas été convertie en saisie-attribution avant la date du jugement d'ouverture n'emporte plus, dès lors affectation spéciale et privilège au profit du créancier saisissant », Com. 22 avril 1997, *Juris-data* n° 001702.

mesure d'exécution est achevée avant la date du jugement d'ouverture.⁶³ La solution est nous l'avons vérifié rigoureusement exacte au regard de la loi de 1991. Doit-on en conclure que l'autorité de l'avis et l'exacte interprétation des dispositions propres aux procédures civiles d'exécution suffiront à asseoir la solution préconisée et seront de nature à assurer l'unité de la jurisprudence ? La réponse est négative. Nous en avons pour preuve deux arrêts ultérieurs, l'un de la chambre commerciale⁶⁴, l'autre de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation.⁶⁵ Pour écarter l'effet attributif immédiat d'une créance à exécution successive, la chambre commerciale décide « que c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu, l'avis à tiers détenteur ayant été notifié le 18 décembre 1989, que la créance de loyers échus postérieurement au prononcé du redressement judiciaire était soumise aux règles de cette procédure, ce dont il résulte qu'en raison de l'indisponibilité dont elle se trouvait frappée dans le patrimoine du débiteur par l'effet de l'interdiction des paiements édictée par l'article 33 de la loi du 25 janvier 1985, cette créance échappait au transport-cession opérée par l'avis au profit du Trésor pour les seules sommes échues avant le jugement d'ouverture de la procédure collective ». Par le recours à cet article, l'arrêt refuse tout effet translatif de l'avis à tiers détenteur, dont on a pu voir l'identité d'effet avec la saisie-attribution, dans le patrimoine du saisissant⁶⁶. C'est soutenir que seules les sommes disponibles existant avant le jugement d'ouverture ont été attribuées à celui-ci et donc marquer une opposition très nette, non seulement à l'avis, mais encore à l'article 70 précité du Décret.⁶⁷ A l'inverse, la deuxième chambre civile, reprenant le visa des articles cités dans l'avis, approuve la cour d'appel d'avoir refusé d'ordonner la mainlevée de saisies-attributions pratiquées sur des loyers dus et à échoir postérieurement au jugement d'ouverture du redressement judiciaire.

Ce conflit ne confirme-t-il pas les craintes des détracteurs de la procédure de saisine pour avis ? Loin d'être une source d'unité, la saisine pour avis serait plutôt cause de désunion. Et l'on pourrait en venir à souhaiter soit le caractère obligatoire de l'avis, soit la suppression d'une procédure dont le résultat n'est pas celui escompté. Notre position est autre. L'opposition, ici manifeste, entre chambre commerciale et chambre civile de la Cour de cassation, exprimée par le recours traditionnel de la voie du pourvoi en cassation, est un signe de vitalité de la procédure d'avis. Elle témoigne de la richesse de l'institution. Celle-ci tend à une concertation *ab initio* qui n'exonère pas celui qui reçoit l'avis, ni même ici celui qui a contribué à son élaboration, de faire à leur tour oeuvre de prudence et de jurisprudence lorsqu'il leur reviendra de dire le droit applicable *au litige particulier déféré*. Le droit est porté par la matière dont on l'extrait à force d'observation et de réflexion. Prétendre à l'application automatique de l'avis, ce n'est pas faire oeuvre juridique, c'est faire oeuvre de politique judiciaire. Permettre en revanche à chaque juriste d'ajouter ou de retrancher, à force d'argumentation tirée des circonstances concrètes, au contenu de l'avis, c'est enrichir l'édifice tout entier. C'est comprendre que la confiance légitime en l'autorité n'implique pas une obéissance aveugle, mais raisonnée au jugement qu'elle pose. C'est en somme défendre l'unité et refuser son pastiche qu'est l'uniformité. Toute l'ingéniosité des juristes pour régler le différend est mise à contribution. Si la conséquence tirée des textes de la réforme de 1991 est excessive au vu des autres objectifs poursuivis par d'autres dispositions législatives, tel par exemple le droit des procédures collectives, il appartiendra aux juges du fond d'en donner l'exacte mesure dans le règlement du litige soumis à leur office. Il n'y a pas à douter qu'ils s'appuieront sur le travail doctrinal qui aura été fourni autour de l'avis pour discuter du bien ou mal fondé de la solution. Le droit est une oeuvre commune et il ne semble pas que la procédure de saisine pour avis remette en cause cette évidence. Il n'en demeure pas moins que par ce procédé les résultats escomptés, dont l'un des objectifs est l'allègement du contentieux, se trouvent largement compromis.

II - L'autorité à l'épreuve de la fonction

Le rôle dévolu à la Cour de cassation dans la procédure de saisine pour avis est de trancher en autorité un différend sur un point de droit afin de régler tout uniment les litiges en cours et les éventuels litiges dans l'avenir. La technique de l'avis, spécialement les conditions de mise en oeuvre de cette procédure, (A) et le cantonnement de la solution à la question (B) portent en germe le risque d'un aboutissement opposé, avec pour répercussion immédiate une fragilisation de ladite autorité.

A - Technique de l'avis : conditions de mise en oeuvre

⁶³ V. P. ANCEL, note sous 2^e Civ. 10 juillet 1996, *D.* 1996, J., p. 628.

⁶⁴ Com. 24 octobre 1995, *JCP éd. G* 1996, II, 22578, n. E. PUTMAN ; *RTD civ.* 1995, p. 966, obs. R. PERROT ; *D.* 1996, J., 155, n. F. DERRIDA.

⁶⁵ Civ.2^e, 10 juillet 1996, *JCP éd. G* 1996, II, 22723, n. E. PUTMAN ; *D.* 1996, J., 625, n. P. ANCEL.

⁶⁶ C'est la raison pour laquelle bien que l'arrêt de la Chambre commerciale ait été rendu sous l'empire du droit antérieur à la loi du 9 juillet 1991, comme le relève à juste titre, F. DERRIDA, note précitée, il est malgré tout possible de deviner qu'il a été élaboré en ayant présente à l'esprit la doctrine exprimée par l'avis du 16 décembre 1994 analysé *supra* n° 7.

⁶⁷ En revanche, « si on admet que l'avis à tiers détenteur (ou la saisie-attribution) a produit son effet translatif avant l'ouverture de la procédure collective - ce qui est évidemment la question à résoudre - cela signifie que le tiers saisi est devenu débiteur direct du créancier saisissant, et les paiements qu'il effectue le sont en son nom, et pas au nom du débiteur saisi. », P. ANCEL, note précitée.

Le danger immédiatement perceptible de la technique de l'avis tient à l'imprécision des caractères exigés de la question (1). A ceci doit être ajouté le temps record dans lequel la Cour est appelée à trancher, car la rapidité est rarement l'alliée de la sagesse plus familière de la pondération (2).

1 - Caractères exigés de la question de droit

A lire la rédaction de l'article L. 151-1 COJ, on ne peut manquer d'être frappé par le triple caractère exigé de la question de droit : elle doit être nouvelle, soulever une difficulté sérieuse et se présenter en de nombreux litiges.

14. Le nombre des litiges. Le point de droit suscitant des interrogations doit intéresser un volume suffisant d'affaires pour que la Cour de cassation soit appelée à donner son avis. Il ne convient pas d'alourdir la tâche de celle-ci, le but primordial de prévention des litiges et de désengorgement du contentieux postulait cette limite. Mais qu'est-elle réellement ? Le seuil à partir duquel la demande pourra être dite relever de « nombreux » litiges n'est qu'une autre façon de laisser la Cour décider des questions valant la peine qu'elle y réponde. Il s'agit donc moins nous semble-t-il d'une limite que d'une recevabilité de la question laissée à la discrétion des magistrats sollicités. Le contrôle ici paraît bien aléatoire.

15. La nouveauté de la question. En revanche, la nouveauté requise de la difficulté soumise au jugement de ceux-ci est toujours susceptible de vérification. C'est ainsi qu'à la question de savoir si « le juge de l'exécution peut délivrer une ordonnance d'injonction d'avoir à restituer, par application des articles 149 et suivants du décret, sur le fondement d'un gage automobile non inscrit malgré les prescriptions de l'article 2 du décret du 30 septembre 1953 et alors qu'ainsi le créancier ne peut exciper de la possession théorique », la Cour a justement répondu que la question n'était pas nouvelle (*Avis 13 octobre 1995*). On sait en effet que l'inscription du gage automobile prévue par l'article 2 du décret précité n'est pas une condition d'existence de la sûreté elle-même, par assimilation à l'article 2076 CC⁶⁸, mais une condition d'opposabilité au tiers. Les articles 149 et suivants permettant l'obtention d'un titre exécutoire contre le débiteur pour l'appréhension du véhicule peuvent donc recevoir application. Le refus d'examen, en matière de procédures civiles d'exécution, pour absence de nouveauté de la difficulté est cependant rare. L'envergure de la réforme de 1991 était à même de soulever une kyrielle de questions nouvelles.

16. Le sérieux de la difficulté. Il reste que toutes les questions ne paraissent pas véritablement poser un obstacle infranchissable nécessitant l'avis de la Cour. A étudier les avis rendus, on ne peut que partager l'inquiétude d'un auteur dénonçant le risque pour la Cour d'être à court terme « submergée par le dérisoire ».⁶⁹ Précision a été ainsi apportée sur la question de l'éventuelle compétence du juge de l'exécution en matière de frais et dépens nécessités pour l'exécution d'un jugement ou antérieurs aux actes d'exécution, voire même au jugement sur le fond, alors que l'articulation des articles L. 311-12-1 COJ, 52 NCPC et 32 de la loi rendent clairement compte de la limitation de compétence aux frais d'exécution forcée proprement dite comme le rappelle l'avis de la Cour (*Avis 11 mars 1994*). Pareillement, dans le même avis, la question de compétence soulevée à propos de la répétition de l'indu résultant de l'article 45, al. 3, de la loi de 1991 ne nous paraît pas susciter de difficulté sérieuse. Le juge de l'exécution en effet « connaît des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. » (a. L 311-12-1, al. 1 COJ). Le tribunal n'était-il pas en mesure de comprendre que l'exécution de la créance du saisissant effectuée, et une fois les délais propres aux voies d'exécution pour contester prescrits, la question d'une nouvelle créance, de restitution cette fois, née sur le fondement de la répétition de l'indu ne ressortirait pas de sa compétence ? Il s'agit ici d'un problème touchant à la naissance d'une obligation, et non d'une mesure intéressant son exécution.

Dans la même perspective, le doute naît en prenant connaissance de la question reçue du juge de l'exécution du TI de Dax : « Compte tenu du caractère général des dispositions de l'article 216 du D., le conservateur des Hypothèques doit-il, lors de la constitution à titre conservatoire d'une sûreté judiciaire sur un immeuble, être qualifié de tiers envers lequel le créancier doit signifier, à peine de caducité de la mesure, la copie des diligences requises par l'article 215 dudit décret ? ». La Cour répond que le conservateur des hypothèques n'est pas un tiers au sens du texte susvisé, car la signification « n'est destinée qu'aux personnes qui se trouvent dans un rapport de droit avec le débiteur et à qui la mesure conservatoire pratiquée impose des obligations, ont intérêt à savoir si le créancier a effectué, dans les délais impartis, les diligences requises par la loi pour que la mesure conservatoire conserve son efficacité. » (*Avis 24 janvier 1994*)⁷⁰. Au titre de l'article 215 susdit, le créancier doit, dans le délai d'un mois suivant la mesure conservatoire, engager une procédure aux fins d'obtention d'un titre exécutoire. La notification de cette diligence tend à protéger les tiers qui ont eux-mêmes part avec le

⁶⁸ G. WICKER et P. GAUBIL, chr. précitée, p. 3, n° 9 et s. et la jurisprudence citée.

⁶⁹ D. R. MARTIN, « Des premiers avis de la Cour de cassation en matière de crédit à la consommation », *J.C.P. éd. E* 1993, I, 207, n° 1.

⁷⁰ *RTD civ.* 1994, p. 428, obs. R. Perrot.

débiteur, afin qu'ils puissent effectuer les démarches nécessaires à la protection de leur créance. Tel n'est pas à l'évidence le cas du conservateur des hypothèques. On ne peut qu'apprécier la clarté de la solution, mais était-il besoin d'une intervention des Hauts magistrats pour la spécifier ?

De fait, le caractère sérieux de la difficulté ne saurait être apprécié que par ceux auxquels elle est adressée. Tout comme la limite tenant au nombre des litiges, il apparaît qu'elle n'est pas une condition extérieure propre à réduire les possibilités de saisine. La célérité recherchée dans le règlement du contentieux associée à l'efficacité attendue de la procédure de saisine devrait cependant amener la Cour à s'autoréguler. A défaut, la technique des avis, loin de satisfaire le souci d'une meilleure gestion du contentieux, ne fera qu'amplifier la crise secouant le monde judiciaire. Ce serait tomber de Charybde en Scylla, à la masse des dossiers en instance de règlement viendraient s'ajouter ceux des questionnements pour avis !

2 - Délai pour répondre

La Cour de cassation, saisie d'une question, dispose d'un délai de trois mois pour donner son avis. Aux fins de protection des plaideurs, il est sursis à exécution jusqu'à réception de l'avis ou, à défaut de réponse, à l'expiration du délai. Les juges du fond peuvent dans le même ordre d'idée décider de toutes mesures conservatoires utiles à la protection des intérêts en présence. Aux lenteurs du contentieux, le législateur a souhaité offrir pour palliatif une procédure éclair. Il est pourtant à n'en pas douter un moyen terme entre la précipitation et l'indolence. On peut d'autant plus regretter la réduction du temps de réflexion à trois mois, que l'utilité de la saisine pour avis n'aurait sans doute pas été remise en cause par le double de temps, voire même son quadruple. La brièveté du temps octroyé aux magistrats pour trancher le point de droit en litige n'est pas le meilleur gage d'une bonne administration de la justice. Qu'est-ce qu'une année, lorsqu'on sait qu'il faut une moyenne de sept à huit ans pour espérer déférer une affaire à la Cour par la voie du pourvoi en cassation ? Ce recul aurait peut-être permis d'éviter certaines maladroites, telle que celle portée par l'avis du 14 juin 1993, qui ne passent pas inaperçues auprès des praticiens des voies d'exécution.

17. L'avis du 14 juin 1993, une formulation inadéquate. Comme toutes dispositions nouvelles, la réforme de 1991 devait régler la question du droit transitoire. L'article 97 de la loi porte qu'elle « entrera en vigueur le 1 janvier 1993. Elle ne sera pas applicable aux mesures d'exécution forcée et aux mesures conservatoires engagées avant son entrée en vigueur »⁷¹. Un commandement de payer ayant été délivré avant cette date, la Cour fut appelée à répondre sur le point de savoir si la mesure d'exécution était engagée au sens de ce texte par le TGI de Moulins : « la délivrance d'un commandement sur le fondement de l'article 583 CPC antérieurement au 1 janvier 1993 permet-elle de considérer que la mesure d'exécution, concrétisée par l'établissement d'un procès-verbal de saisie-exécution postérieurement à cette même date, était engagée au sens de l'article 97 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 ? » et par le TGI d'Alès, en termes proches, « un commandement délivré antérieurement au 1^{er} janvier 1993 constitue-t-il le premier acte engageant la mesure d'exécution ? ». Deux avis ont été rendu ainsi libellé : « qu'un commandement de payer aux fins de saisie-exécution délivré antérieurement au 1^{er} janvier 1993, ne constituant pas une mesure d'exécution forcée, seul, un commandement répondant aux conditions de forme exigées par le décret du 31 juillet 1992, pris pour l'application de la loi du 9 juillet 1991, peut engager la nouvelle procédure » (*Avis 14 juin 1993*). Pour un coup d'essai des Hauts magistrats en matière de voies d'exécution, ce ne fut pas un coup de maître. Il ne suffit pas de dire que le commandement n'est pas une mesure d'exécution pour résoudre la question. La nature juridique du commandement, ultime rappel à l'ordre du débiteur n'a d'ailleurs jamais été considéré comme tel⁷², et là n'était pas la difficulté soulevée par les juges du fond. La question était plutôt de savoir si le commandement, formalité préalable obligatoire de la saisie-exécution, avait engagé cette mesure d'exécution forcée, ce qui permettait par là d'exclure l'application des nouvelles dispositions de la réforme. La Cour répond, de façon maladroite certes, mais sans que le sens de l'avis ne puisse être mis en doute, au vu de la question, que la saisie-exécution n'est pas susceptible d'être menée à bien, le commandement ne constituant pas le premier acte susceptible d'engager cette procédure. Seul un nouveau commandement obéissant aux règles nouvelles permettra au créancier de saisir les biens de son débiteur. Mais là encore la rédaction est bien défectueuse puisqu'il est dit que ce dernier « peut engager la nouvelle procédure d'exécution de la saisie-vente ». Au pied de la lettre, ce serait dire qu'avant la réforme, le commandement n'engage pas la procédure d'exécution car il n'est

⁷¹ LE CANNU, « L'application dans le temps des nouveaux textes : l'article 97 de la loi du 9 juillet 1991 », *Petites Affiches*, 6 janv. 1993, p. 40 et s.

⁷² Un « commandement n'est qu'un acte préparatoire à l'exécution, précédant celle-ci comme l'indiquait expressément l'art. 583 CPC (ancien) et comme l'indiquent les art. 50 et 51 de la loi du 9 juillet 1991 et les art. 81, 83, 85, et 88 du décret du 31 juillet 1992 ; qu'il en est d'autant plus ainsi que si le commandement de payer n'est pas suivi d'un acte de saisie, il ne produit aucun des effets de celle-ci ; qu'admettre le contraire permettrait qu'une saisie-exécution puisse être pratiquée plusieurs années après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi qui est une loi de procédure et qui a voulu améliorer le sort du débiteur en la matière. » TGI Lyon, juge exc., 13 avril 1993, *D.* 1993, J., 388, n. J. Prévault. La jurisprudence est constante : Civ. 2 mai 1854, *DP* 1854, I, 227 ; Civ. 14 novembre 1984, *Bull. civ.*, I, n° 304 ; Civ. 2^e, 6 décembre 1991, *D.* 1992, IR, 5 ; et n'est toujours pas démentie : Com. 14 mars 1995, *D.* 1995, IR, 112 ; *RTD civ.* 1995, p. 970, obs. R. PERROT.

pas un acte d'exécution lui-même, après la réforme, il n'est toujours pas un acte d'exécution, mais il engage la procédure nouvelle. L'interprétation exégétique ici n'a pas bien entendu à être retenue.⁷³ Les auteurs n'ont pas manqué de gloser sur l'incidence de ces deux premiers avis rendus en matière de procédure civile d'exécution.⁷⁴ Il apparaît que l'avis donné porte en plus une incohérence au fond qui fut avec finesse exposée par M. le premier président Cadiou⁷⁵ : « Pendant une partie du mois de décembre, il ne pouvait être délivré un commandement, ni naturellement celui de la loi nouvelle qui n'était pas encore applicable ni pas davantage celui de la procédure alors applicable qui n'était d'aucune utilité. » L'article 97 ne pose en définitive aucune disposition transitoire susceptible de régler ce problème, si l'on considère que le commandement de payer, formalité préalable obligatoire, de l'ancienne saisie-exécution n'a pas engagé la procédure tel que le soutient l'avis.

Le temps de la réflexion encore et un recul plus grand offert à la Cour de cassation aurait été un précieux secours, enfin, pour que puissent être prévues, autant que faire se peut, les incidences de l'avis au-delà même du point de droit en litige.

B - Incidence de l'avis : cantonnement de la solution à la question

18. Portée de l'avis. La solution apportée par la Cour de cassation à la question des saisies de pensions vieillesse offre illustration des questions incidentes qui peuvent naître de la formulation d'un avis et du contentieux ultérieur qui peut en résulter. Avec la loi de 1991, la saisie-arrêt des rémunérations devenue saisie sur rémunérations n'a pas été supprimée.⁷⁶ La saisie-attribution n'est pas autorisée pour les créances de rémunérations. Permettre le recours à cette forme de saisie aurait très rapidement conduit en raison de l'effet attributif immédiat de la créance à supprimer tout crédit au salarié. Le domaine d'application de la saisie sur rémunérations n'a pas été modifié par la réforme. Il correspond « aux sommes dues à titre de rémunération à toutes les personnes salariées ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs, quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme et la nature de l'emploi » (a. L. 145-1 C.trav.). L'article L. 355-2 C. séc. soc., alinéa 2, prévoyant une cessibilité et une saisissabilité « dans les mêmes conditions et limites que les salaires » pour les pensions vieillesse (ou assimilés) n'incline-t-il pas à opter pour l'interdiction de la saisie-attribution ? Ou bien, s'agit-il simplement du seuil de saisissabilité qui est ici visé, savoir l'identité de mesure pour la fraction saisissable, indépendant de la question de la voie d'exécution susceptible d'être mise en oeuvre ? Appelée à trancher cette question, la Cour de cassation, après avoir précisé que « le terme 'conditions' de l'article doit s'entendre comme s'appliquant aux conditions de fond et de forme de la saisissabilité des salaires », estime « que la saisie des pensions de vieillesse du régime général de la Sécurité sociale ne peut être effectuée que par la procédure de saisie des rémunérations prévue par les articles L. 145-1 et suivants du Code du travail. » (*Avis 21 juillet 1995*). Les pensions de retraite ont toujours été exclues du champ de l'article⁷⁷. De fait, seule la saisie-arrêt de droit commun était possible. On peut toutefois s'interroger sur la validité de cette solution aujourd'hui en raison des effets particulièrement puissants de la saisie-attribution sur les créances à exécution successive. La solution paraît bien excessive pour le débiteur. Le refus de la saisie-attribution pour les pensions vieillesse ne devrait-il pas être étendu aux pensions de retraite ? Il n'est pas d'arrêt qui à notre connaissance ait été rendu sur cette question depuis le 21 juillet 1995. Le problème paraît toutefois de nature à être reconsidéré.

De même manière, l'avis, ayant affirmé l'abrogation de l'article 93 du Code de commerce pour la saisie des véhicules terrestres à moteur, porte preuve des inconvénients liés au cantonnement de la solution à la question. Ceci a particulièrement bien été mis en relief par l'un des commentaires effectués de cet avis.⁷⁸ Quelle est désormais la place de l'article 2078 CC régissant l'attribution judiciaire du gage ? Aux termes de ce texte, le créancier gagiste peut soit vendre aux enchères le bien de son débiteur, soit s'en faire attribuer la propriété à concurrence de sa créance, le reste donnant lieu à une soulte. La réforme des voies d'exécution, et l'avis ayant supprimé l'article 93 C. com. pour que soit respecté la prérogative du débiteur de procéder à une vente amiable, remet en cause les modalités d'application prévues par ce texte.

Cet inconvénient, provenant d'une solution limitée à la question déferée à la Cour, trace les frontières de l'utilité susceptible d'être apportée par la procédure de saisine pour avis. Les magistrats ne procèdent pas de manière administrative, ils ont charge de trancher un point de droit suscité par des litiges en instance de règlement. Le cantonnement de la solution à la question est inhérent à la fonction juridictionnelle de la Cour saisie pour avis. Si l'interprétation par anticipation de la loi emprunte à la technique législative un certain degré d'abstraction en se détachant d'un litige particulier, on le constate elle s'en éloigne par le refus de toute généralité dans les avis formulés.

⁷³ Ph. THÉRY, « Saisie sur saisie ne vaut (brèves observations sur l'application dans le temps de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991) », *D.* 1993, chr., 213.

⁷⁴ v. not. *D.* 1993, somm., 284, obs. P. JULIEN ; J., 394, n. J.-P. MÉNABÉ ; *RTD civ.* 1993, p. 892 et s., obs. R. PERROT.

⁷⁵ M. CADIOU, « La mesure d'exécution engagée avant le 1^{er} janvier 1993 », *Rev. Huissiers* 1993, p. 945.

⁷⁶ M. DONNIER, *ouvrage précité*, n° 903 et s.

⁷⁷ Civ. 2^e, 23 octobre 1991, *Bull. civ.*, II, n° 282 ; Civ. 2^e, 8 janvier 1992, *D.* 1993, J., 42, n. D. VIDAL.

⁷⁸ A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, note précitée.

La portée du contenu de l'avis n'en demeure pas moins générale, son incidence n'est pas cloisonnée au cadre ayant donné naissance à la question de droit. C'est ainsi que l'avis du 14 juin 1993 refusant au commandement de payer toute vertu pour ouvrir l'ancienne procédure de saisie-exécution s'inscrivait dans un débat intéressant l'application dans le temps des dispositions de la réforme des voies d'exécution mobilières. Un arrêt récent de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 14 mars 1995⁷⁹ vient de réaffirmer la solution préconisée par l'avis, non plus cette fois dans le contexte du droit transitoire, mais à propos d'un litige intéressant une procédure collective. L'article 47 de la loi du 25 janvier 1985 ne peut autoriser l'annulation par la cour d'appel du commandement adressé au débiteur avant le jugement d'ouverture, car « la délivrance du commandement ne constitue qu'un acte préparatoire à la saisie-exécution proprement dite ».

A l'issue de cette étude, il apparaît que si la procédure de saisine constitue parfois un palliatif, un peu à la manière des procréations artificielles pour la stérilité, il serait fallacieux de prétendre y trouver une solution pratique définitive aux méfaits d'engorgement du contentieux, de disparité de jurisprudence, et de fragmentation des lois. La raison en est simple : un effet nocif peut être jugulé, mais pour guérir il faut encore détruire le germe de la maladie. Pour réduire le nombre des pourvois, mieux vaut donc établir une procédure de "filtrage"⁸⁰ ; pour favoriser l'unité, éviter la spécialisation à outrance ; enfin, concernant l'inflation législative, la réponse nous paraît être plus près des jardins du Luxembourg et du Palais Bourbon que du Quai de l'Horloge. La saisine pour avis, qui en soi présente le retour à la concertation dans l'édification de l'ordonnement juridique sur fond d'autorité, n'est à notre sens qu'un expédient au regard du rôle différent que l'on veut lui faire jouer. Les fruits qui en sont escomptés sont en réalité bien supérieurs à ceux qu'elle peut effectivement donner.

Mélina DOUCHY
Maître de conférences à la faculté de Droit
et de Science Politique d'Aix-Marseille

⁷⁹ D. 1995, IR, 112 ; RTD civ. 1995, p. 969, obs. R. PERROT.

⁸⁰ Loi du 23 avril 1997 précitée.