

COMM.

SM

COUR DE CASSATION

Audience publique du **2 juillet 2013**

Rejet

M. ESPEL, président

Arrêt n° 687 F-P+B

Pourvois n° V 12-22.284, W 12-22.285, X 12-22.286 et Y 12-22.287

JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur les pourvois n° V 12-22.284, W 12-22.285,
X 12-22.286 et Y 12-22.287 formés par :

1^o/ la société Sud radio groupe, société par actions simplifiée,
dont le siège est 7 rue du Colombier, 45000 Orléans, venant aux droits de
la société Start, société par actions simplifiée,

2^o/ M. Christian Saulnier, domicilié 6 bis rue des Anglaises,
45000 Orléans, agissant en qualité de commissaire à l'exécution du plan de
sauvegarde de la société Start, société par actions simplifiée,

contre des arrêts rendus le 19 avril 2012, respectivement sous les
n° 11/02718, 11/02725, 11/02726 et 11/02727, par la cour d'appel d'Orléans
(chambre commerciale, économique et financière), dans le litige les
opposant :

1°/ à la Société générale, société anonyme, dont le siège est 29 boulevard Haussmann, 75009 Paris,

2°/ au procureur général près la cour d'appel d'Orléans, domicilié en son parquet général, Palais de justice, 44 rue de la Bretonnerie, 45000 Orléans,

défendeurs à la cassation ;

Les demandeurs invoquent, à l'appui de chacun de leurs recours, un moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 4 juin 2013, où étaient présents : M. Espel, président, M. Rémy, conseiller rapporteur, M. Gérard, conseiller doyen, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Rémy, conseiller, les observations de la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de la société Sud radio groupe et de M. Saulnier, ès qualités, de la SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat de la Société générale, l'avis de M. Le Mesle, premier avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu leur connexité, joint les pourvois n° V 12-22.284, W 12-22.285, X 12-22.286 et Y 12-22.287 ;

Sur les moyens uniques de chaque pourvoi, pris en leurs cinquième et sixième branches, rédigés en termes identiques, réunis :

Attendu, selon les arrêts attaqués (Orléans, 19 avril 2012, RG n° 11/02718, 11/02725, 11/02726 et 11/02727), que plusieurs établissements de crédit, dont la Société générale, ont consenti à la société Start, devenue Sud radio groupe (la société débitrice), deux prêts d'une durée supérieure à un an ; que chacun des contrats de prêt stipulait que toute somme impayée produirait des intérêts de retard au taux du prêt majoré de trois points et que ces intérêts seraient capitalisés conformément à l'article 1154 du code civil ; qu'une procédure de sauvegarde ayant été ouverte le 19 juin 2009 à l'égard de la société débitrice, la Société générale a, pour sa quote-part, adressé au mandataire judiciaire des déclarations de créance portant, notamment, sur les intérêts dont le cours n'avait pas été arrêté ;

Attendu que la société débitrice fait grief aux arrêts d'avoir admis à son passif des intérêts moratoires au taux majoré ainsi que leur capitalisation, alors, selon le moyen :

1°/ que la procédure de sauvegarde interdit tout paiement de ses dettes par le débiteur ; que la mise en oeuvre de cette règle ne peut aboutir à rompre le principe d'égalité des créanciers en permettant que l'un d'entre eux obtienne, par l'effet d'une clause pénale, le paiement d'intérêts majorés ayant couru pendant la période de sauvegarde pour non-paiement de la dette à son échéance ; qu'en décidant le contraire et en déclarant admise la créance déclarée assortie d'intérêts de retard au taux majorés et capitalisés, la cour d'appel a violé l'article 6 du code civil, le principe de l'égalité des créanciers, ensemble l'article L. 622-7 du code de commerce ;

2°/ qu'en jugeant encore que la capitalisation des intérêts de retard devait être admise à titre de clause pénale, sans rechercher, comme il lui était demandé, si l'alourdissement de la dette qu'elle entraînait n'était pas excessif compte tenu du fait que la débitrice faisait l'objet d'un plan de sauvegarde et que le retard de paiement n'était que la conséquence de l'impossibilité dans laquelle elle avait été de verser les échéances pendant la période de sauvegarde, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1152, alinéa 2, du code civil ;

Mais attendu, d'une part, que l'exception à la règle de l'arrêt du cours des intérêts, édictée à l'article L. 622-28, alinéa 1er, du code de commerce en faveur de ceux résultant de contrats de prêts conclus pour une durée égale ou supérieure à un an, vise, aux termes mêmes de ce texte, tous intérêts, sans en exclure les intérêts de retard prévus par ces conventions ; que la clause pénale prévoyant leur calcul à un taux supérieur à celui du prêt s'applique, sous réserve de l'exercice du pouvoir de modération du juge, même en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde à l'égard de l'emprunteur, à moins que cette clause de majoration n'aggrave sa situation qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective ; qu'ayant retenu que la clause litigieuse sanctionnait tout retard de paiement, ce dont il résulte qu'elle concernait tout débiteur, qu'il soit ou non soumis à une procédure collective, la cour d'appel en a exactement déduit qu'elle ne portait pas atteinte à l'égalité entre créanciers dans une procédure de sauvegarde ;

Attendu, d'autre part, que la cour d'appel, sans dire que la capitalisation devait être admise au titre d'une clause pénale pouvant être réduite, a exactement énoncé qu'après l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur, aucun texte ne privait d'effet la clause, conforme aux dispositions de l'article 1154 du code civil, prévoyant la capitalisation des intérêts de retard, dès lors que leur cours est continué ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que les autres griefs ne seraient pas de nature à permettre l'admission des pourvois ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Condamne la société Sud radio groupe aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du deux juillet deux mille treize.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit au pourvoi n° V 12-22.284 par la SCP Waquet Farge et Hazan, avocat aux Conseils pour la société Sud radio groupe et M. Saulnier, ès qualités,

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR prononcé l'admission de la créance de 974.265,61 euros au titre d'un prêt de 5.700.000 euros de la Société Générale à l'égard de la société Start, à échoir, pour les intérêts contractuels normaux postérieurs au 15 juillet 2009, calculés au taux Euribor 3 mois majoré de 1,95 pour chaque période d'utilisation trimestrielle et pour les intérêts de retard au taux Euribor 3 mois + 1,95 majoré de 3 % sur chaque impayé depuis sa date de naissance jusqu'au jour du parfait paiement, avec anatocisme ;

AUX MOTIFS QUE « la société Start et Me Saulnier prétendent que la banque doit être déboutée de sa demande au titre des intérêts dès lors que le TEG serait erroné ; qu'il sera observé que le prêt en cause comporte un taux variable par référence à l'Euribor et qu'un TEG a été donné à titre indicatif lors de la souscription du contrat ; que la créance initialement et irrévocablement admise comporte des intérêts échus dont les modalités de facturation n'avaient pas été remises en cause ; que la contestation du TEG ne constitue qu'un moyen nouveau, et qu'il appartenait aux intimés de présenter dès l'instance initiale l'ensemble des moyens qu'ils estimaient de nature à justifier le rejet de la demande d'intérêts de la banque ; qu'en outre, ces derniers procèdent par affirmations et ne versent aux débats aucun élément à l'appui de leur argumentation sur les erreurs dans le calcul du TEG et notamment sur le fait que ce taux n'aurait pas été déterminé sur la base de l'année civile de 365 ou 366 jours ; que ces griefs seront donc écartés ; que le juge commissaire a admis les intérêts conventionnels à courir "pour mémoire", alors que cette mention ne vaut pas admission de la créance d'intérêts qui avait été régulièrement déclarée ; qu'en effet, lorsque les intérêts continuant à courir après le jugement d'ouverture de la procédure collective du débiteur ont fait l'objet d'une déclaration du créancier, le juge-commissaire, qui décide de les admettre, doit indiquer leurs modalités de calcul, sans en fixer le montant, sa décision valant admission, dans la limite de ces modalités, de la créance d'intérêts telle qu'arrêtée ultérieurement ; que, dans ces conditions, la créance d'intérêts normaux doit être admise par voie de fixation de son mode de calcul, à savoir, comme prévu au contrat, au taux Euribor 3 mois majoré de 1,95 pour chaque période d'utilisation ; que les intérêts de retard constituent bien une clause pénale, susceptible de modération en cas d'excès, et le juge commissaire peut admettre une telle clause, dans les conditions de droit commun, mais il lui appartient, s'il entend la réduire, de justifier la disproportion manifeste entre l'importance du préjudice effectivement subi et le montant conventionnellement fixé ; qu'en l'espèce, le juge commissaire s'est borné,

sans motiver sa décision, hormis le caractère excessif de la majoration de 3 % dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, à réduire à 0,1 % la majoration litigieuse ; mais que l'objectif de redressement offert par la sauvegarde ne saurait constituer un justificatif à la réduction d'une majoration d'intérêts de 3 % convenue dans le contrat de prêt, sanctionnant le défaut ou le retard de paiement, lequel constitue un manquement dans l'exécution par le débiteur de ses obligations et a pour finalité de réparer le préjudice causé par ce manquement ; que cette clause n'est pas contraire à la règle d'égalité des créanciers et ne revêt pas de caractère excessif avéré, qu'il s'agisse de son mode de calcul, conforme aux pratiques usuelles, ou de son éventuelle mise en oeuvre laquelle emporte des conséquences limitées en l'état, sur les seules sommes impayées ; que l'article 10.3 du contrat prévoit également la capitalisation des intérêts moratoires s'ils sont dus pour une année entière au moins, et aucune disposition législative n'exclut l'application de l'article 1154 du code civil à propos d'intérêts dont le cours n'est pas arrêté par l'ouverture de la procédure collective ; que la créance d'intérêts de retard sera, par conséquence, admise dans les termes de la déclaration » (arrêt p. 4 et 5) ;

1° ALORS QUE le juge ne peut relever d'office l'irrecevabilité d'une demande du fait de l'autorité de chose jugée sans inviter les parties à présenter leurs observations sur ce moyen ; qu'en retenant l'irrecevabilité de la contestation du taux d'intérêt conventionnel par la société Start et Me Saulnier au prétexte de l'irrévocabilité prétendue de l'admission de son taux par l'ordonnance du juge-commissaire du 29 janvier 2010, sans inviter les parties à faire valoir leurs observations sur ce moyen relevé d'office, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

2° ALORS QU'en toute hypothèse, l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet d'un jugement ; qu'en jugeant que le principe de concentration des moyens aurait interdit à la société Start et à Me Saulnier de contester les taux d'intérêts réclamés par la banque au prétexte qu'ils ne l'avaient pas fait lorsque le juge commissaire avait été saisi la première fois de sa déclaration de créance, quand elle ne statuait pas dans le cadre d'une nouvelle instance après cette première procédure mais d'un recours formé contre la décision ayant statué sur une requête en omission de statuer et en rectification précisément sur la question des intérêts devant éventuellement assortir la créance admise initialement que le juge n'avait pas tranchée en admettant la créance en principal seulement, la cour d'appel a violé l'article 1351 du code civil ;

3° ALORS QUE le principe de concentration des moyens ne s'applique qu'en cas d'instance nouvelle ; que ne constitue pas une instance nouvelle, mais la seule continuation de l'instance ouverte par l'admission de la déclaration de créance, la procédure en rectification et complément faite par le créancier

à l'encontre de la décision d'admission ; que la Cour d'appel a violé les articles 1351 du code civil, 1er, 4 et 463 du code de procédure civile ;

4° ALORS QUE la société Start et Me Saulnier contestaient les intérêts réclamés par la banque en faisant valoir que les stipulations du contrat de prêt ne permettaient pas d'en connaître le taux exact puisqu'il était fixé en fonction de l'Euribor et d'une marge variable qu'il ne permettait pas de déterminer et qu'il ne précisait pas le taux effectif global ni les frais et commissions ; que, pour rejeter cette contestation, la cour d'appel s'est bornée à retenir qu'elle ne serait pas étayée en fait quand il lui incombait de vérifier, comme il lui était demandé, si le contrat de prêt stipulait de manière suffisamment précise le taux d'intérêt conventionnel et a donc privé sa décision de motif en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

5° ALORS QUE la procédure de sauvegarde interdit tout paiement de ses dettes par le débiteur ; que la mise en oeuvre de cette règle ne peut aboutir à rompre le principe d'égalité des créanciers en permettant que l'un d'entre eux obtienne, par l'effet d'une clause pénale, le paiement d'intérêts majorés ayant couru pendant la période de sauvegarde pour non-paiement de la dette à son échéance ; qu'en décidant le contraire et en déclarant admise la créance déclarée assortie d'intérêts de retard au taux majorés et capitalisés, la cour d'appel a violé l'article 6 du Code civil, le principe de l'égalité des créanciers, ensemble l'article L. 622-7 du Code du commerce ;

6° ALORS QU'en jugeant encore que la capitalisation des intérêts de retard devait être admise à titre de clause pénale, sans rechercher, comme il lui était demandé, si l'alourdissement de la dette qu'elle entraînait n'était pas excessif compte tenu du fait que la débitrice faisait l'objet d'un plan de sauvegarde et que le retard de paiement n'était que la conséquence de l'impossibilité dans laquelle elle avait été de verser les échéances pendant la période de sauvegarde, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1152 al. 2 du code civil.

Moyen produit au pourvoi n° W 12-22.285 par la SCP Waquet Farge et Hazan, avocat aux Conseils pour la société Sud radio groupe et M. Saulnier, ès qualités,

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR prononcé l'admission de la créance de 18.911,38 euros au titre d'un prêt de 2.100.000 euros de la Société Générale à l'égard de la société Start, à échoir, pour les intérêts de retard au taux Euribor 3 mois + 1,75 majoré de 3 % sur chaque impayé depuis sa date de naissance jusqu'au jour du parfait paiement, avec anatocisme ;

AUX MOTIFS QUE « la société Start et Me Saulnier prétendent que la banque doit être déboutée de sa demande au titre des intérêts dès lors que le TEG serait erroné ; qu'il sera observé que le prêt en cause comporte un taux variable par référence à l'Euribor et qu'un TEG a été donné à titre indicatif lors de la souscription du contrat ; que la créance initialement et irrévocablement admise comporte des intérêts échus dont les modalités de facturation n'avaient pas été remises en cause ; que la contestation du TEG ne constitue qu'un moyen nouveau, et qu'il appartenait aux intimés de présenter dès l'instance initiale l'ensemble des moyens qu'ils estimaient de nature à justifier le rejet de la demande d'intérêts de la banque ; qu'en outre, ces derniers procèdent par affirmations et ne versent aux débats aucun élément à l'appui de leur argumentation sur les erreurs dans le calcul du TEG et notamment sur le fait que ce taux n'aurait pas été déterminé sur la base de l'année civile de 365 ou 366 jours ; que ces griefs seront donc écartés ; que les intérêts de retard constituent bien une clause pénale, susceptible de modération en cas d'excès, et le juge commissaire peut admettre une telle clause, dans les conditions de droit commun, mais il lui appartient, s'il entend la réduire, de justifier la disproportion manifeste entre l'importance du préjudice effectivement subi et le montant conventionnellement fixé ; qu'en l'espèce, le juge commissaire s'est borné, sans motiver sa décision, hormis le caractère excessif de la majoration de 3 % dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, à réduire à 0,1 % la majoration litigieuse ; mais que l'objectif de redressement offert par la sauvegarde ne saurait constituer un justificatif à la réduction d'une majoration d'intérêts de 3 % convenue dans le contrat de prêt, sanctionnant le défaut ou le retard de paiement, lequel constitue un manquement dans l'exécution par le débiteur de ses obligations et a pour finalité de réparer le préjudice causé par ce manquement ; que cette clause n'est pas contraire à la règle d'égalité des créanciers et ne revêt pas de caractère excessif avéré, qu'il s'agisse de son mode de calcul, conforme aux pratiques usuelles, ou de son éventuelle mise en oeuvre laquelle emporte des conséquences limitées en l'état, sur les seules sommes impayées ; que l'article 11 du contrat prévoit également la capitalisation des intérêts moratoires s'ils sont dus pour une année entière au moins, et aucune disposition législative n'exclut l'application de l'article 1154 du code civil à propos d'intérêts dont le cours n'est pas arrêté par

l'ouverture de la procédure collective ; que la créance d'intérêts de retard sera, par conséquent, admise dans les termes de la déclaration, à savoir Euribor 3 mois + 1,75 (et non 1,95 comme indiqué dans les conclusions) majoré de 3 % et ce avec anatocisme » (arrêt p. 4 et 5) ;

1° ALORS QUE le juge ne peut relever d'office l'irrecevabilité d'une demande du fait de l'autorité de chose jugée sans inviter les parties à présenter leurs observations sur ce moyen ; qu'en retenant l'irrecevabilité de la contestation du taux d'intérêt conventionnel par la société Start et Me Saulnier au prétexte de l'irrévocabilité prétendue de l'admission de son taux par l'ordonnance du juge-commissaire du 29 janvier 2010, sans inviter les parties à faire valoir leurs observations sur ce moyen relevé d'office, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

2° ALORS QU'en toute hypothèse, l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet d'un jugement ; qu'en jugeant que le principe de concentration des moyens aurait interdit à la société Start et à Me Saulnier de contester les taux d'intérêts réclamés par la banque au prétexte qu'ils ne l'avaient pas fait lorsque le juge commissaire avait été saisi la première fois de sa déclaration de créance, quand elle ne statuait pas dans le cadre d'une nouvelle instance après cette première procédure mais d'un recours formé contre la décision ayant statué sur une requête en omission de statuer et en rectification précisément sur la question des intérêts devant éventuellement assortir la créance admise initialement que le juge n'avait pas tranchée en admettant la créance en principal seulement, la cour d'appel a violé l'article 1351 du code civil ;

3° ALORS QUE le principe de concentration des moyens ne s'applique qu'en cas d'instance nouvelle ; que ne constitue pas une instance nouvelle, mais la seule continuation de l'instance ouverte par l'admission de la déclaration de créance, la procédure en rectification et complément faite par le créancier à l'encontre de la décision d'admission ; que la Cour d'appel a violé les articles 1351 du code civil, 1er, 4 et 463 du code de procédure civile ;

4° ALORS QUE la société Start et Me Saulnier contestaient les intérêts réclamés par la banque en faisant valoir, d'une part, que les stipulations du contrat de prêt ne permettaient pas d'en connaître le taux exact qui devait être déterminé par référence à l'année civile, le contrat de prêt à moyen terme du 13 juillet 2005 ne le précisant que pour une période de 360 jours, et, d'autre part, que le contrat ne précisait pas le taux effectif global ni les frais et commissions ; que, pour retenir la validité de la stipulation des intérêts, la cour d'appel s'est bornée à affirmer que le débiteur et son mandataire ne démontraient pas le bien-fondé de leurs critiques quand il lui incombait de vérifier si le contrat de prêt produit aux débats stipulait de manière suffisamment précise le taux d'intérêt conventionnel et s'il était effectivement calculé sur une période de 360 jours au lieu de 365 ou

366 jours ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a donc privé sa décision de base légale au regard des articles 1907 du code civil et L. 313-1 al. 4 du code de la consommation ;

5° ALORS QUE la procédure de sauvegarde interdit tout paiement de ses dettes par le débiteur ; que la mise en oeuvre de cette règle ne peut aboutir à rompre le principe d'égalité des créanciers en permettant que l'un d'entre eux obtienne, par l'effet d'une clause pénale, le paiement d'intérêts majorés ayant couru pendant la période de sauvegarde pour non-paiement de la dette à son échéance ; qu'en décidant le contraire et en déclarant admise la créance déclarée assortie d'intérêts de retard au taux majorés et capitalisés, la cour d'appel a violé l'article 6 du Code civil, le principe de l'égalité des créanciers, ensemble l'article L. 622-7 du Code du commerce ;

6° ALORS QU'en jugeant encore que la capitalisation des intérêts de retard devait être admise à titre de clause pénale, sans rechercher, comme il lui était demandé, si l'alourdissement de la dette qu'elle entraînait n'était pas excessif compte tenu du fait que la débitrice faisait l'objet d'un plan de sauvegarde et que le retard de paiement n'était que la conséquence de l'impossibilité dans laquelle elle avait été de verser les échéances pendant la période de sauvegarde, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1152 al. 2 du code civil.

Moyen produit au pourvoi n° X 12-22.286 par la SCP Waquet Farge et Hazan, avocat aux Conseils pour la société Sud radio groupe et M. Saulnier, ès qualités,

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR prononcé l'admission de la créance de 245.840,16 euros au titre d'un prêt de 2.100.000 euros de la Société Générale à l'égard de la société Start, à échoir, pour les intérêts contractuels normaux postérieurs au 26 juin 2009, calculés au taux Euribor 3 mois majoré de 1,75 pour chaque période d'utilisation trimestrielle et pour les intérêts de retard au taux Euribor 3 mois + 1,75 majoré de 3 % sur chaque impayé depuis sa date de naissance jusqu'au jour du parfait paiement, avec anatocisme ;

AUX MOTIFS QUE « la société Start et Me Saulnier prétendent que la banque doit être déboutée de sa demande au titre des intérêts dès lors que le TEG serait erroné ; qu'il sera observé que le prêt en cause comporte un taux variable par référence à l'Euribor et qu'un TEG a été donné à titre indicatif lors de la souscription du contrat ; que la créance initialement et irrévocablement admise comporte des intérêts échus dont les modalités de facturation n'avaient pas été remises en cause ; que la contestation du TEG ne constitue qu'un moyen nouveau, et qu'il appartenait aux intimés de présenter dès l'instance initiale l'ensemble des moyens qu'ils estimaient de nature à justifier le rejet de la demande d'intérêts de la banque ; qu'en outre, ces derniers procèdent par affirmations et ne versent aux débats aucun élément à l'appui de leur argumentation sur les erreurs dans le calcul du TEG et notamment sur le fait que ce taux n'aurait pas été déterminé sur la base de l'année civile de 365 ou 366 jours ; que ces griefs seront donc écartés ; que le juge commissaire a admis les intérêts conventionnels à courir "pour mémoire", alors que cette mention ne vaut pas admission de la créance d'intérêts qui avait été régulièrement déclarée ; qu'en effet, lorsque les intérêts continuant à courir après le jugement d'ouverture de la procédure collective du débiteur ont fait l'objet d'une déclaration du créancier, le juge-commissaire, qui décide de les admettre, doit indiquer leurs modalités de calcul, sans en fixer le montant, sa décision valant admission, dans la limite de ces modalités, de la créance d'intérêts telle qu'arrêtée ultérieurement ; que, dans ces conditions, la créance d'intérêts normaux doit être admise par voie de fixation de son mode de calcul, à savoir, comme prévu au contrat, au taux Euribor 3 mois majoré de 1,75 (et non 1,95 comme indiqué dans les conclusions) pour chaque période d'utilisation à compter du 26 juin 2009 ; que la créance d'intérêts de retard sera, par conséquent, admise dans les termes de la déclaration, à savoir Euribor 3 mois + 1,75 (et non 1,95 comme indiqué dans les conclusions) majoré de 3 %, et ce avec anatocisme ; que les intérêts de retard constituent bien une clause pénale, susceptible de modération en cas d'excès, et le juge commissaire peut admettre une telle clause, dans les conditions de droit commun, mais il lui appartient, s'il entend la réduire, de justifier la disproportion manifeste entre

l'importance du préjudice effectivement subi et le montant conventionnellement fixé ; qu'en l'espèce, le juge commissaire s'est borné, sans motiver sa décision, hormis le caractère excessif de la majoration de 3 % dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, à réduire à 0,1 % la majoration litigieuse ; mais que l'objectif de redressement offert par la sauvegarde ne saurait constituer un justificatif à la réduction d'une majoration d'intérêts de 3 % convenue dans le contrat de prêt, sanctionnant le défaut ou le retard de paiement, lequel constitue un manquement dans l'exécution par le débiteur de ses obligations et a pour finalité de réparer le préjudice causé par ce manquement ; que cette clause n'est pas contraire à la règle d'égalité des créanciers et ne revêt pas de caractère excessif avéré, qu'il s'agisse de son mode de calcul, conforme aux pratiques usuelles, ou de son éventuelle mise en oeuvre laquelle emporte des conséquences limitées en l'état, sur les seules sommes impayées ; que l'article 11 du contrat prévoit également la capitalisation des intérêts moratoires s'ils sont dus pour une année entière au moins, et aucune disposition législative n'exclut l'application de l'article 1154 du code civil à propos d'intérêts dont le cours n'est pas arrêté par l'ouverture de la procédure collective ; que la créance d'intérêts de retard sera, par conséquence, admise dans les termes de la déclaration, à savoir Euribor 3 mois + 1,75 (et non 1,95 comme indiqué dans les conclusions) majoré de 3 % et ce avec anatocisme » (arrêt p. 4 et 5) ;

1° ALORS QUE le juge ne peut relever d'office l'irrecevabilité d'une demande du fait de l'autorité de chose jugée sans inviter les parties à présenter leurs observations sur ce moyen ; qu'en retenant l'irrecevabilité de la contestation du taux d'intérêt conventionnel par la société Start et Me Saulnier au prétexte de l'irrévocabilité prétendue de l'admission de son taux par l'ordonnance du juge-commissaire du 29 janvier 2010, sans inviter les parties à faire valoir leurs observations sur ce moyen relevé d'office, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

2° ALORS QU'en toute hypothèse, l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet d'un jugement ; qu'en jugeant que le principe de concentration des moyens aurait interdit à la société Start et à Me Saulnier de contester les taux d'intérêts réclamés par la banque au prétexte qu'ils ne l'avaient pas fait lorsque le juge commissaire avait été saisi la première fois de sa déclaration de créance, quand elle ne statuait pas dans le cadre d'une nouvelle instance après cette première procédure mais d'un recours formé contre la décision ayant statué sur une requête en omission de statuer et en rectification précisément sur la question des intérêts devant éventuellement assortir la créance admise initialement que le juge n'avait pas tranchée en admettant la créance en principal seulement, la cour d'appel a violé l'article 1351 du code civil ;

3° ALORS QUE le principe de concentration des moyens ne s'applique qu'en cas d'instance nouvelle ; que ne constitue pas une instance nouvelle, mais

la seule continuation de l'instance ouverte par l'admission de la déclaration de créance, la procédure en rectification et complément faite par le créancier à l'encontre de la décision d'admission ; que la Cour d'appel a violé les articles 1351 du code civil, 1er, 4 et 463 du code de procédure civile ;

4° ALORS QUE la société Start et Me Saulnier contestaient les intérêts réclamés par la banque en faisant valoir, d'une part, que les stipulations du contrat de prêt ne permettaient pas d'en connaître le taux exact qui devait être déterminé par référence à l'année civile, le contrat de prêt à moyen terme du 13 juillet 2005 ne le précisant que pour une période de 360 jours, et, d'autre part, que le contrat ne précisait pas le taux effectif global ni les frais et commissions ; que, pour retenir la validité de la stipulation des intérêts, la cour d'appel s'est bornée à affirmer que le débiteur et son mandataire ne démontraient pas le bien-fondé de leurs critiques quand il lui incombait de vérifier si le contrat de prêt produit aux débats stipulait de manière suffisamment précise le taux d'intérêt conventionnel et s'il était effectivement calculé sur une période de 360 jours au lieu de 365 ou 366 jours ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a donc privé sa décision de base légale au regard des articles 1907 du code civil et L. 313-1 al. 4 du code de la consommation ;

5° ALORS QUE la procédure de sauvegarde interdit tout paiement de ses dettes par le débiteur ; que la mise en oeuvre de cette règle ne peut aboutir à rompre le principe d'égalité des créanciers en permettant que l'un d'entre eux obtienne, par l'effet d'une clause pénale, le paiement d'intérêts majorés ayant couru pendant la période de sauvegarde pour non-paiement de la dette à son échéance ; qu'en décidant le contraire et en déclarant admise la créance déclarée assortie d'intérêts de retard au taux majorés et capitalisés, la cour d'appel a violé l'article 6 du Code civil, le principe de l'égalité des créanciers, ensemble l'article L. 622-7 du Code du commerce ;

6° ALORS QU'en jugeant encore que la capitalisation des intérêts de retard devait être admise à titre de clause pénale, sans rechercher, comme il lui était demandé, si l'alourdissement de la dette qu'elle entraînait n'était pas excessif compte tenu du fait que la débitrice faisait l'objet d'un plan de sauvegarde et que le retard de paiement n'était que la conséquence de l'impossibilité dans laquelle elle avait été de verser les échéances pendant la période de sauvegarde, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1152 al. 2 du code civil.

Moyen produit au pourvoi n° Y 12-22.287 par la SCP Waquet Farge et Hazan, avocat aux Conseils pour la société Sud radio groupe et M. Saulnier, ès qualités,

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR prononcé l'admission de la créance de 51.551,12 euros au titre d'un prêt de 5.700.000 euros de la Société Générale à l'égard de la société Start, à échoir, pour les intérêts de retard au taux Euribor 3 mois + 1,95 majoré de 3 % sur chaque impayé depuis sa date de naissance jusqu'à parfait paiement, avec anatocisme ;

AUX MOTIFS QUE « la société Start et Me Saulnier prétendent que la banque doit être déboutée de sa demande au titre des intérêts dès lors que le TEG serait erroné ; qu'il sera observé que le prêt en cause comporte un taux variable par référence à l'Euribor et qu'un TEG a été donné à titre indicatif lors de la souscription du contrat ; que la créance initialement et irrévocablement admise comporte des intérêts échus dont les modalités de facturation n'avaient pas été remises en cause ; que la contestation du TEG ne constitue qu'un moyen nouveau, et qu'il appartenait aux intimés de présenter dès l'instance initiale l'ensemble des moyens qu'ils estimaient de nature à justifier le rejet de la demande d'intérêts de la banque ; qu'en outre, ces derniers procèdent par affirmations et ne versent aux débats aucun élément à l'appui de leur argumentation sur les erreurs dans le calcul du TEG et notamment sur le fait que ce taux n'aurait pas été déterminé sur la base de l'année civile de 365 ou 366 jours ; que ces griefs seront donc écartés ; que les intérêts de retard constituent bien une clause pénale, susceptible de modération en cas d'excès, et le juge commissaire peut admettre une telle clause, dans les conditions de droit commun, mais il lui appartient, s'il entend la réduire, de justifier la disproportion manifeste entre l'importance du préjudice effectivement subi et le montant conventionnellement fixé ; qu'en l'espèce, le juge commissaire s'est borné, sans motiver sa décision, hormis le caractère excessif de la majoration de 3 % dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, à réduire à 0,1 % la majoration litigieuse ; mais que l'objectif de redressement offert par la sauvegarde ne saurait constituer un justificatif à la réduction d'une majoration d'intérêts de 3 % convenue dans le contrat de prêt, sanctionnant le défaut ou le retard de paiement, lequel constitue un manquement dans l'exécution par le débiteur de ses obligations et a pour finalité de réparer le préjudice causé par ce manquement ; que cette clause n'est pas contraire à la règle d'égalité des créanciers et ne revêt pas de caractère excessif avéré, qu'il s'agisse de son mode de calcul, conforme aux pratiques usuelles, ou de son éventuelle mise en oeuvre laquelle emporte des conséquences limitées en l'état, sur les seules sommes impayées ; que l'article 10.3 du contrat prévoit également la capitalisation des intérêts moratoires s'ils sont dus pour une année entière au moins, et aucune disposition législative n'exclut l'application de l'article 1154 du code civil à propos d'intérêts dont le cours n'est pas arrêté par l'ouverture de la procédure collective ; que la créance d'intérêts de retard

sera, par conséquence, admise dans les termes de la déclaration » (arrêt p. 4 et 5) ;

1° ALORS QUE le juge ne peut relever d'office l'irrecevabilité d'une demande du fait de l'autorité de chose jugée sans inviter les parties à présenter leurs observations sur ce moyen ; qu'en retenant l'irrecevabilité de la contestation du taux d'intérêt conventionnel par la société Start et Me Saulnier au prétexte de l'irrévocabilité prétendue de l'admission de son taux par l'ordonnance du juge-commissaire du 29 janvier 2010, sans inviter les parties à faire valoir leurs observations sur ce moyen relevé d'office, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

2° ALORS QU'en toute hypothèse, l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet d'un jugement ; qu'en jugeant que le principe de concentration des moyens aurait interdit à la société Start et à Me Saulnier de contester les taux d'intérêts réclamés par la banque au prétexte qu'ils ne l'avaient pas fait lorsque le juge commissaire avait été saisi la première fois de sa déclaration de créance, quand elle ne statuait pas dans le cadre d'une nouvelle instance après cette première procédure mais d'un recours formé contre la décision ayant statué sur une requête en omission de statuer et en rectification précisément sur la question des intérêts devant éventuellement assortir la créance admise initialement que le juge n'avait pas tranchée en admettant la créance en principal seulement, la cour d'appel a violé l'article 1351 du code civil ;

3° ALORS QUE le principe de concentration des moyens ne s'applique qu'en cas d'instance nouvelle ; que ne constitue pas une instance nouvelle, mais la seule continuation de l'instance ouverte par l'admission de la déclaration de créance, la procédure en rectification et complément faite par le créancier à l'encontre de la décision d'admission ; que la Cour d'appel a violé les articles 1351 du code civil, 1er, 4 et 463 du code de procédure civile ;

4° ALORS QUE la société Start et Me Saulnier contestaient les intérêts réclamés par la banque en faisant valoir que les stipulations du contrat de prêt ne permettaient pas d'en connaître le taux exact puisqu'il était fixé en fonction de l'Euribor et d'une marge variable qu'il ne permettait pas de déterminer et qu'il ne précisait pas le taux effectif global ni les frais et commissions ; que, pour rejeter cette contestation, la cour d'appel s'est bornée à retenir qu'elle ne serait pas étayée en fait quand il lui incombait de vérifier, comme il lui était demandé, si le contrat de prêt stipulait de manière suffisamment précise le taux d'intérêt conventionnel et a donc privé sa décision de motif en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

5° ALORS QUE la procédure de sauvegarde interdit tout paiement de ses dettes par le débiteur ; que la mise en oeuvre de cette règle ne peut aboutir à rompre le principe d'égalité des créanciers en permettant que l'un d'entre

eux obtienne, par l'effet d'une clause pénale, le paiement d'intérêts majorés ayant couru pendant la période de sauvegarde pour non-paiement de la dette à son échéance ; qu'en décidant le contraire et en déclarant admise la créance déclarée assortie d'intérêts de retard au taux majorés et capitalisés, la cour d'appel a violé l'article 6 du Code civil, le principe de l'égalité des créanciers, ensemble l'article L. 622-7 du Code du commerce ;

6° ALORS QUE en jugeant encore que la capitalisation des intérêts de retard devait être admise à titre de clause pénale, sans rechercher, comme il lui était demandé, si l'alourdissement de la dette qu'elle entraînait n'était pas excessif compte tenu du fait que la débitrice faisait l'objet d'un plan de sauvegarde et que le retard de paiement n'était que la conséquence de l'impossibilité dans laquelle elle avait été de verser les échéances pendant la période de sauvegarde, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1152 al. 2 du code civil.