

AIX-MARSEILLE UNIVERSITE
Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

Bulletin d'Aix 2023

www.bulletin.aix.u-3mrs.fr



*Bulletin des arrêts de la Cour d'appel
d'Aix-en-Provence*

avec la collaboration des chercheurs des
Centre de Droit Economique
Centre de Droit du Sport
Centre de Droit Social
**Groupe de Recherches et d'Études en
Droit de l'Immobilier, de
l'Aménagement, de l'Urbanisme et de
la Construction**
**Laboratoire de Droit Privé et de
Sciences Criminelles**

Directrice

Mme Muriel GIACOPELLI
Professeur, Directrice de l'Institut d'Études Judiciaires
d'Aix-en-Provence et Directrice du Master 2 « Droit de
l'exécution des peines »

Rédactrices en chef

L. Grégoire, A. Musso, I. Vingiano-Vinçel
Responsable du site et codes d'accès : F. Le Bris

Abonnements et Relations clients :

Mme Françoise Le Bris
3, Av. Robert Schuman
13628 Aix-en-Provence cedex 1
Tél. : 04 13 94 45 95
Courriel : fdsp-iej-bulletin@univ-amu.fr

Équipe de recherche

Analystes : Bienheureux Abelam, Delphine Canale, Jean
Capiez, Thibault Dantzer, Maxime Scheffer, Fanny Charlent,
Julie Figuière-Crouzet, Audrey Martinez, Aurélie Musso,
Méryl Recotillet, Maxime Scheffer, Aude Semano, Iolande
Vingiano-Vinçel

Ont participé à ce numéro : Benjamin Denzar,
Clémentine Frégosi, Clothilde Garde, Camille Jaubert, Pierre-
Jean Marini, Patenema Sawadogo, Emmanuel Sébastiani

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

Illustration de couverture :
Salle des pas perdus, palais de justice d'Aix-en-Provence.
© Didier DEVEZE, Wiki CC BY-SA 3.0

Les Presses Universitaires d'Aix-Marseille et la Faculté de Droit déclinent toute responsabilité à la fois quant aux opinions émises par les auteurs et quant aux informations les concernant (grade - titre - affectation) ; ces dernières sont toujours, sauf erreur matérielle, celles fournies par les auteurs eux-mêmes.

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2^o et 3^o a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite (art. L. 122-4) ».

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

SOMMAIRE

Bulletin d'**Aix** 2023

EDITO

5

Muriel Giacobelli, Directrice du *Bulletin d'Aix*
Emmanuelle Bonifay, Directrice adjointe de l'IEJ
Laurent Saenko, Directeur adjoint de la publication
Ludivine Grégoire, Aurélie Musso et Iolande Virgiano-
Vincel, Rédactrices en chef

JURISPRUDENCE

7

Jurisprudence de la Cour d'appel d'Aix-en-
Provence

ANALYSES SIMPLIFIEES

79

Analyses simplifiées

CHRONIQUE DES ETUDIANTS DE M2

91

- Recevabilité d'une preuve déloyale : le droit à la preuve pour les victimes de violences conjugales
- Insuffisance du danger pour justifier de la compétence du juge des enfants
- Un, deux, trois, prêts ? Surveillez efficacement !
- Entre application objective et subjective du droit de la consommation au contrat hors établissement conclu entre professionnels, une confusion persistante
- Du mystérieux choix de la loi du for au sens du règlement Rome III
- Exequatur d'un jugement d'adoption d'un enfant né de gestation pour autrui à l'étranger

INDEX

121

TABLE DES MATIERES

125

ÉDITO

Chers lecteurs,

L'équipe de direction de l'IEJ et les rédactrices en chef sont très heureuses de vous annoncer que le Bulletin d'Aix a opéré sa mue. Ayant toujours à cœur de vous donner à lire le meilleur des commentaires d'arrêts rendus par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, cette nouvelle édition est le fruit d'un intense travail collaboratif ayant abouti à la dématérialisation de la revue, désormais en ligne (<https://www.bulletin-aix.com/>). Toutefois, soucieux de ne pas rompre avec le passé, la Revue continuera de faire l'objet d'une publication annuelle recensant l'ensemble des contributions mises en ligne sur l'année écoulée.

En outre, cette transformation s'est nourrie d'une réflexion autour d'un projet de juridiction destiné à diffuser le plus largement la jurisprudence aixoise, pour lequel nous adressons nos plus vifs remerciements au premier président de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, Monsieur Renaud Le Breton de Vannoise, au président de la chambre sociale Monsieur Philippe Silvan et à l'ensemble des chefs de cour, qui ont soutenu et participé à ces évolutions de la revue du Bulletin d'Aix.

Outre nos chroniques habituelles, dont celle consacrée aux arrêts de la Cour de cassation rendus sur pourvois aixois, le bulletin d'Aix 2.0 s'est enrichi d'une rubrique « actualités » nourrie au fil de l'eau pour que l'ensemble des professionnels puissent se tenir informés des dernières jurisprudences aixoises. Parmi les nouveautés, un classement thématique des arrêts analysés est proposé à nos lecteurs ainsi que par chambres, afin que le bulletin d'Aix devienne un outil incontournable pour les professionnels du droit.

Nous ne pouvions terminer cet édito sans quelques remerciements adressés à nos analystes, doctorants et étudiants, sans l'engagement desquels le bulletin n'existerait pas. Enfin, parce que l'IEJ est la chose de tous, nous avons souhaité la gratuité du Bulletin d'Aix, désormais librement téléchargeable en ligne sur le site du même nom. Sans attendre ce rendez-vous annuel, rejoignez la communauté de l'IEJ en venant nombreux sur notre site !

*MURIEL GIACOPELLI, DIRECTRICE DU BULLETIN D'AIX
EMMANUELLE BONIFAY, DIRECTRICE ADJOINTE DE L'IEJ
LAURENT SAENKO, DIRECTEUR ADJOINT DE LA PUBLICATION
LUDVINE GREGOIRE, AURELIE MUSSO ET IOLANDE VINGIANO-VIRICEL,
REDACTRICES EN CHEF*

JURISPRUDENCE

Droit civil / Droit immobilier

Le drame de la rue d'Aubagne : aspects de droit immobilier

MERYL RECOTILLET

Docteur en droit privé et sciences criminelles

Qualifiée aux fonctions de maître de conférences

Juriste assistante près le parquet d'Aix-en-Provence

m.recotillet@gmail.com

Bail immobilier / Bail d'habitation loi 1989 / Responsabilité du bailleur / Obligation de délivrance du bailleur / Logement décent / Administration de la preuve civile / Arrêté de péril grave / Octroi de dommages-intérêts au locataire

CA Aix, chambre 1-7, arrêt, 1er septembre 2022, n° 21/04683

1- Le 5 novembre 2018, deux immeubles vétustes du centre-ville de Marseille, rue d'Aubagne, se sont effondrés, provoquant la mort de huit personnes. Si les investigations sont toujours en cours afin de déterminer quelles responsabilités pénales peuvent être engagées, la cour d'appel d'Aix-en-Provence s'est prononcée le 1er septembre 2022 sur la responsabilité civile d'un bailleur en cause.

2- S'appliquaient ici les articles 6 de la loi n° 65-462 du 6 juillet 1989 et 1719 du Code civil. Ces deux textes portent sur l'obligation du bailleur de remettre au locataire un logement décent, le premier relevant de la législation spécifique relative à la réglementation des rapports locatifs et tendant à leur amélioration, et le second relevant du droit commun appliqué au bail. La question qui se posait était celle de savoir si le bailleur avait manqué à ladite obligation.

3- Il ressort de l'arrêt que les attestations produites font état de dégradations et de désordres d'une particulière gravité s'agissant de l'isolation, de l'humidité, du système électrique concernant le logement et l'absence de travaux réalisés par le bailleur. En outre, l'immeuble a fait l'objet d'un arrêté de péril grave et imminent en raison des désordres structurels l'affectant, contraignant le locataire de quitter l'appartement. Les juges de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence ont retenu la responsabilité civile du bailleur à l'égard du locataire pour manquement à son obligation de délivrer un logement décent, confirmant ainsi le jugement

de première instance. Le bailleur a également été condamné à réparer le trouble de jouissance subi par le locataire, accentué par la privation qui s'en est suivie, lui causant un préjudice moral certain, à hauteur de 13000 euros.

4- En apparence, cette décision est d'une portée, somme toute, relative ; elle s'inscrit dans la jurisprudence constante des juridictions en matière de logement indécents. Les juges se veulent généralement attentifs au mal-logement et c'est chose heureuse au regard du manque d'efficacité des politiques publiques. En effet, la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, dite loi ELAN, n'a manifestement pas donné satisfaction de sorte que des corrections ont été proposées. Un auteur qualifie d'ailleurs ces propositions de modification de « service après-vente » de la loi ELAN.

5- Parmi elles, une proposition de loi enregistrée à la présidence du Sénat le 20 décembre 2018 visant à améliorer la lutte contre l'habitat insalubre ou dangereux a été déposée, en réaction notamment au drame de la rue d'Aubagne. Le parlementaire à l'origine de ce nouveau texte souhaitait renforcer les mesures déjà prévues dans la loi ELAN, telles que les capacités de contrôle et d'intervention des collectivités territoriales et de leurs groupements en matière de logements insalubres ou dangereux. Après une première lecture par le Sénat, le texte a été transmis à l'Assemblée nationale le 12 juin 2019 et l'étude des dispositions n'a pas avancé depuis. Le constat est sans appel, la crise du logement en France est un fléau qui ne fait pas partie des priorités les plus urgentes. Mais l'espoir n'est pas vain. Il semble falloir le placer dans la lutte contre le dérèglement climatique.

6- La loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets précise les conditions dans lesquelles il est interdit aux propriétaires d'offrir à la location des biens immobiliers énergivores. L'article 160 de la loi modifie le titre Ier de la loi du 6 juillet 1989 déjà amendé par la loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat afin de lutter contre les « passoires thermiques ». La notion de logement décent est au cœur de la mesure. Dès 2025, il sera interdit de louer les logements les moins bien isolés (classés G), dès 2028 pour ce sera le cas pour les logements classés F, et à partir de 2034, les logements classés E seront interdits à la location. De tels logements seront considérés comme indécents, ce qui permettra au locataire d'exiger de son propriétaire qu'il effectue des travaux et plusieurs mécanismes d'information, d'incitation et de contrôle viendront renforcer ce droit du locataire. En cela, la lutte contre le réchauffement climatique apparaît plus efficace que les textes relatifs au logement et à l'urbanisme.

7- Ainsi, la décision de la cour d'appel d'Aix-en-Provence soumise à commentaire s'insère dans un contexte particulier, celui du mal-logement,

contre lequel les leviers traditionnels peinent à lutter, à tel point que des mécanismes moins attendus, à l'instar du droit de l'environnement, doivent être mobilisés.

Défaut de demande d'infirmité / Annulation dans le dispositif des conclusions d'appel. Petit essai de comparaison avec la forme de la déclaration d'appel

MAXIME SCHEFFER
ATER à Aix-Marseille Université,
Faculté de Droit et sciences politiques,
Laboratoire de Droit privé et de Sciences criminelles, EA 4690,
maxime.scheffer@univ-amu.fr

Droit et pratique de l'appel / Objet de la demande / Forme de la demande / Demande d'infirmité ou d'annulation du jugement dans le dispositif des conclusions d'appel (non) / Confirmation du jugement dont appel (oui) / Demande d'infirmité ou d'annulation du jugement dans le dispositif de la déclaration d'appel (non) / Sanction par la confirmation du jugement dont appel (non).

CA Aix, 1ère et 9e ch. réunies, 11 mai 2023, n° 22/09486 : *Juris-data*
n° 008684

Depuis le 17 septembre 2020, date d'un arrêt dans lequel la Cour de cassation adopte, de son propre aveu, une nouvelle interprétation de la procédure d'appel avec représentation obligatoire, telle qu'issue du Décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, il ne faut pas oublier de demander dans le dispositif de ses conclusions d'appel, l'infirmité ou l'annulation du jugement, au risque d'une confirmation – faut-il préciser : d'office ? – du jugement dont appel. C'est une charge procédurale de plus qui s'applique à tous les appels interjetés depuis. Cependant, la règle ne vaut que pour les conclusions d'appel. Un arrêt récemment rendu par la Cour de cassation le confirme. Pour combien de temps encore ?

Note : 1- « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé »¹. Il s'agit de l'une des principales règles du droit du procès civil que la notion de « *saisine du juge* » synthétise². Le principe dispositif ou « *de la libre*

¹ C. pr. civ., art. 5.

² V., sur laquelle : N. Cayrol, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, coll. « Cours », 4e éd., 2022, n°s 414 et s., pp. 191 et s. *Adde.*, du même auteur : « La saisine du juge » in Mélanges G. Wiederkehr, *De code en code*, Paris, Dalloz, coll. « Études, mélanges, travaux », 2009, pp. 99-110.

disposition»¹ l'explique (le principe de neutralité est son corolaire). Ce sont les parties qui, par leurs prétentions respectives (ce qu'elles demandent au juge), déterminent l'objet du litige². Et l'on sait qu'elles fixent leurs demandes – la précision n'est pas anodine pour la suite de notre commentaire – dans l'acte introductif d'instance et les conclusions en défense³. Mais les règles techniques de la procédure civile sont-elles toujours, çà et là, en adéquation totale avec les principes ?

2- *A priori*, oui, d'autant que l'auteur de la norme n'est pas n'importe qui (Cornu et Foyer... Motulsky aussi). Dans cette perspective, la question peut d'ailleurs paraître osée. Il n'en demeure pas moins que certaines interprétations ont pu et peuvent susciter, depuis les premières réformes dont le Nouveau Code de procédure civile a fait l'objet (dès l'année 1998), quelques réserves. Parmi les dernières en date, il y a, sans doute, la question de la forme de l'objet de la demande dans le dispositif de la déclaration et les conclusions d'appel. Mis en perspective avec la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation⁴, un arrêt rendu au mois de mai par les 1^{re} et 9^e chambres réunies de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence laisse, à cet égard, un peu songeur. Voici qu'en effet, la forme de la demande dans la déclaration d'appel (II) n'est pas ou plus la même que dans les conclusions (I). En l'occurrence, elle est plus stricte dans les conclusions que dans l'acte introductif d'instance que constitue la « DA ». N'est-ce pas celle-ci qui, pourtant, en tant qu'acte introductif d'instance, « fixe », non pas, il est vrai, les moyens de fait et de droit de l'appelant, mais la demande qui est la sienne ? Sans compter qu'en principe, seule la DA opère un effet dévolutif...

I- La forme de la demande dans le dispositif des conclusions d'appel

3- Comme souvent en cause d'appel, le problème à l'origine de l'arrêt à l'étude est purement procédural. Dès lors, il serait tout à fait possible de faire

¹ S. Guinchard, C. Chainais, Fr. Ferrand et L. Mayer, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 36^{ème} éd., 2022, n° 517, pp. 432-433. *Adde.*, C. Chainais, « Le principe dispositif : origines historiques et droit comparé » in L. Flise et E. Jeuland (ss. dir.), *Le procès civil est-il encore la chose des parties ? Actes des 5^{èmes} rencontres de procédure civile*, Paris, IRJS éd., coll. « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », t. 65, 2015, pp. 9-34 et, spéc., p. 10-11.

² C. pr. civ., art. 4, al. 1^{er}.

³ C. pr. civ., art. 4, al. 2.

⁴ Cass. 2^e civ., 25 mai 2023, n° 21-15.842, *Publié au Bulletin*.

abstraction du rapport de droit substantiel des parties à l'instance. Pour autant, il vaut mieux en dire quelques mots. Car derrière la forme (B), le fond, tôt ou tard, finit toujours par remonter à la surface (A).

Nous le verrons à la fin de ce « petit essai de comparaison avec la forme de la déclaration d'appel ».

A- La toile de fond du problème

4- En l'espèce, un couple d'époux divorce. En octobre 2017, le juge aux affaires familiales (ci-après « JAF ») dit que l'autorité parentale sera exclusivement exercée par la mère, que la résidence des enfants sera fixée au domicile maternel, qu'un droit de visite et d'hébergement est réservé au père, et, pour finir, que la contribution paternelle à l'entretien et l'éducation des enfants est fixée à 200 euros par mois. Plusieurs années après, fin 2021, un autre JAF intervient et réitère le dispositif du jugement précédent. Sur quoi l'ex-épouse, le créancier en attente de paiement, fait signifier à son ex-conjoint, une saisie attribution d'un montant de 19 900 euros.

5- L'ex-époux, le débiteur, conteste la mesure et saisit le juge de l'exécution (ci-après « JEX »). Le JEX le déboute et valide la saisie attribution. Qui plus est, l'ex-époux est condamné aux dépens, ainsi qu'au paiement de la somme de 1500 euros sur le fondement de l'article 700. Il interjette appel. Dans le dispositif de ses conclusions, toutefois, l'ex-époux débiteur ne sollicite, ni la réformation, ni l'infirmité de la décision du JEX. À dire vrai, il ne le fait qu'au sujet des frais irrépétibles : « réformer le jugement dont appel en ce qu'il a condamné monsieur [X] [F] à verser à madame [N][V] la somme de 1500 € en application de l'article 700 du code de procédure civile ». Pour la chambre 1-9, cela pose problème.

B- Le problème de la forme de la demande dans le dispositif des conclusions d'appel

6- D'office, en effet, elle soulève le fait que les conclusions d'appel ne sollicitent pas, comme elles le devraient, la réformation du jugement. Comme l'exige dans une telle hypothèse le code de procédure civile, soit l'exercice par le juge de son pouvoir de relever d'office un moyen de droit¹, la Cour provoque les observations préalables des parties. Concrètement, elles sont admises à produire des notes en délibéré, ce qui constitue un moyen commode pour concilier l'objectif de traitement du contentieux dans un délai raisonnable avec

¹ C. pr. civ., art. 16, al. 3.

le respect du contradictoire. Ces notes ou, plus exactement en l'espèce, la note de l'appelant, ne permettront pas d'échapper à la substitution du relevé d'office au soulevé d'office¹.

7- Le relevé d'office dont il s'agit, c'est la confirmation du jugement dont appel. Pourquoi ? Parce que, précisément, « *il n'en est demandé ni réformation, ni infirmation* ». C'est là qu'outre l'article 954 du code de procédure civile, tel qu'issu de la réforme du 6 mai 2017², la Cour d'appel cite « *un arrêt de principe* [de la Cour de cassation] *du 17 septembre 2020* ». Selon cet arrêt, « *il résulte des articles 542 et 954 du code de procédure civile que lorsque l'appelant ne demande dans le dispositif de ses conclusions ni l'infirmation ni l'annulation du jugement, la cour d'appel ne peut que confirmer le jugement* »³. Les cas sont semblables et, partant, les solutions identiques (règle de justice oblige). Il y a toutefois une difficulté, tenant au fait que, s'agissant du libellé de l'objet de la demande, le formalisme de la DA apparaît plus souple, alors même qu'en principe, comme nous l'avons déjà souligné, seul l'acte d'appel emporte dévolution des chefs critiqués du jugement.

II- L'autre forme de la demande dans le dispositif de la déclaration d'appel

8- Dans le dispositif de la DA, la forme est plus souple (A), puisque la Cour de cassation n'exige pas ce qu'elle exige quant à la forme de la demande dans les conclusions d'appel. C'est étrange. S'il n'est pas nécessaire de préciser dans la DA – puisqu'il s'agit d'une requête unilatérale⁴ –, les moyens de fait et de droit qui viennent au soutien des prétentions de l'appelant, encore faut-il que celui-ci les précise (B). Or, l'objet de la DA n'est-il pas, justement, l'infirmation ou l'annulation du jugement dont appel ?

¹ Nous faisons une distinction entre les deux : le soulevé d'office n'impliquant pas nécessairement le relevé d'office, parce que, précisément, le juge peut se raviser après avoir provoqué les observations préalables des parties. Ce qui n'est pas le cas, ici. *Comp.*, J. Héron, Th. Le Bars et K. Salhi, *Droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ., coll. « Domat », 7^e éd., 2019, n° 286, pp. 238-239 qui réservent le verbe « soulever » aux moyens de fait et de droit que les parties invoquent à l'appui de leurs prétentions.

² La précision est importante pour la suite de notre critique.

³ Cass. 2^e civ., 17 septembre 2020, n° 18-23.626, *Publié au Bulletin*.

⁴ Cf., *infra*, n° 11.

A- Une forme plus souple de la demande dans le dispositif de la déclaration d'appel

9- Au visa des articles 901, 4^o, et 562 du code de procédure civile, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation précisait, il y a quelques semaines, qu'« *aucun de ces textes, ni aucune autre disposition¹ n'exige que la déclaration d'appel mentionne, s'agissant des chefs du jugement expressément critiqués, qu'il en est demandé l'infirmité* »². Quoique l'on puisse en penser, il en résulte, au regard de l'arrêt de principe du 17 septembre 2020³, un net décalage entre la forme de la demande dans le dispositif de la DA et dans le dispositif des conclusions d'appel. Certes, les actes de la procédure et, surtout, les textes que visent la Cour de cassation dans l'un ou l'autre des arrêts ci-dessous référencés, ne sont pas les mêmes. Pour la forme de la demande dans le dispositif des conclusions d'appel, elle vise les articles 542 et 954 du code de procédure civile. Pour la forme de la demande dans le dispositif de la DA, elle vise plutôt les articles 901, 4^o, et 562 du même code. Pour autant, il existe au moins, semble-t-il, un texte de référence commun aux deux courants jurisprudentiels, susceptible de justifier une remise en cause de cette différence de régime. Ce texte de référence commun, c'est le décret du 6 mai 2017⁴.

B- Quid du renvoi de l'article 901, al. 1^{er}, au dispositif de l'article 58 ancien (54 nouveau) et donc, in fine, au dispositif de l'article 542 ?

10- Qu'elle interprète (arrêt du 17 septembre 2020) ou ne fasse qu'appliquer, sans interpréter (arrêt du 25 mai 2023), les dispositions susvisées, la Cour de cassation le fait toujours dans les décisions à l'étude, au regard du décret du 6 mai 2017, ce qui, soit dit en passant, pose aussi la question de la durée de vie de ces

¹ Nous soulignons.

² Cass. 2e civ., 25 mai 2023, n° 21-15.842, *Publié au Bulletin. V.*, pour une « *interview* » sur cette décision : M. Barba et R. Laffly, « *Objet de l'appel : pas de sujet ?* », *D. actu*, 26 juin 2023.

³ Cf., *supra*, n° 7.

⁴ Décr. n° 2017-891 du 6 mai 2017 ; *JORF.*, n° 0109 du 10 mai 2017

différentes solutions¹. Or, il y a dans l'ancienne version² de l'alinéa 1^{er} de l'article 901³, un renvoi important : le renvoi au dispositif de l'article 58 ancien du code de procédure civile, lequel est devenu, pour rappel, l'article 54 depuis le décret du 11 décembre 2019⁴. Il résulte de celui-ci que la requête ou la déclaration doit préciser « l'objet de la demande »⁵. Or, qu'est-ce que l'objet de la demande dans la DA ? L'article 542 du code de procédure civile le précise : la réformation ou l'annulation par la cour d'appel du jugement attaqué. C'est dire s'il y a bien dans l'arrêt du 25 mai 2023, au moins virtuellement, le dispositif de l'article 542 du code de procédure civile. De quoi en déduire que la DA devrait, comme pour les conclusions d'appel, préciser, dans son dispositif, qu'il est demandé l'infirmité ou l'annulation du jugement attaqué. Quand la Cour de cassation affirme ainsi, qu'« *aucun de ces textes* [les articles 901, 4^o et 562 du code de procédure civile], ni aucune autre disposition⁶ *n'exige que la déclaration d'appel mentionne, s'agissant des chefs du jugement expressément critiqués, qu'il en est demandé l'infirmité* », elle néglige, peut-être, le renvoi de l'article 901, alinéa 1^{er}, au dispositif de l'article 58 ancien, 54 nouveau du code de procédure civile.

III- Essai critique après comparaison

11- S'agissant de la différence de régime introduite par l'arrêt de principe du 17 septembre 2020, entre la forme de la demande dans le dispositif de la DA et celle de la demande dans le dispositif des conclusions d'appel, nous pourrions dès lors parvenir à la conclusion qu'elle n'est pas vraiment justifiée. Certes, en tant que requête unilatérale⁷, la DA est soumise (par nature) à des exigences

¹ V. sur cette question pratique : Ch. Lhermitte, « Objet de l'appel : la messe est dite ? », *Le blog GDL*, 26 mai 2023 ; consultable depuis le site internet du cabinet de Me Lhermitte.

² La version actuelle renvoie à l'article 54 du code de procédure civile, tel qu'il a été réécrit par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 ; *JORF*, n° 0288 du 12 décembre 2019, et qui précise aussi que l'assignation ou la requête doivent préciser l'objet de la demande.

³ Certes, l'arrêt du 25 mai 2023 ne vise pas l'alinéa 1^{er} de l'article 901. C'est implicite toutefois, puisqu'il annonce le 4^o.

⁴ Décr. préc.

⁵ C. pr. civ., art. 58, al. 1^{er}, 3^o. V. en ce sens, pour aujourd'hui, l'article 54.

⁶ Nous soulignons encore.

⁷ V° « Demande en justice. – Demande initiale » par Y. Desveiges et O. Staes, *JCL. Pr. civ.*, 21 avril 2020 (date de la dernière mise à jour : 14 avril 2022), n° 27.

formelles moins strictes que « *les écritures qualificatives* »¹, assignation² et conclusions (d'appel, ici). Alors que celles-ci doivent préciser « *les moyens de fait et de droit* »³ qui constituent le support nécessaire des prétentions de l'appelant, celle-là ne le doit pas. C'était le cas avant le décret du 11 décembre 2019⁴, c'est encore le cas depuis⁵. Toujours est-il qu'aujourd'hui comme hier, la DA doit préciser l'objet de la demande. Or, pour celui qui interjette appel, l'objet de la demande – c'est l'article 542 du code de procédure civile qui le dit –, c'est, par la critique du jugement rendu par une juridiction du premier degré, « *sa réformation ou [...] son annulation par la cour d'appel* ». C'est ce que doit préciser, au risque d'une confirmation d'office du jugement attaqué, le dispositif des conclusions d'appel. C'est ce que devrait donc préciser, en toute logique, le dispositif de la DA.

12- Cependant, si la conclusion est logique, est-elle opportune en pratique ? Elle présenterait, pour l'appelant, un inconvénient de taille. La sanction que constitue la confirmation d'office du jugement dont appel, en cas de défaut de demande d'infirmité ou d'annulation dans le dispositif de ses écritures, interviendrait, alors, plus tôt dans le déroulement de la procédure. La différence de régime mise en exergue dans ce commentaire, quoique discutable, permet finalement à l'appelant de se rattraper, *in extremis*, au moment où il est tenu de conclure, la Cour de cassation ne sanctionnant pas le défaut de demande d'infirmité ou d'annulation dans le dispositif de la DA⁶. Il est même possible de se demander à la lecture de l'arrêt rendu par les chambres 1-9 réunies de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, s'il s'agit, dans tous les cas où la confirmation du jugement est prononcée d'office, d'une sanction en procédure civile digne de ce nom.

13- Certes, c'est ce que laisse penser, en premier lieu la référence à l'arrêt de principe du 17 septembre 2020 dans les motifs décisifs de cette décision. Il faut toutefois revenir au fond du litige. Car, en effet, l'ex-époux avait fini par payer, volontairement, ce qu'il devait à son ex-épouse. Il est vrai que l'emploi de l'adverbe « *volontairement* » est, ici, un peu fort de café. S'il a fini par s'acquitter des sommes mises à sa charge au titre du paiement d'une pension alimentaire, c'est

¹ V. sur lesquelles : G. Bolard, « Les écritures qualificatives », *JCP G*, n° 12, 22 mars 2000, I, 214. *Adde.*, G. Bolard et G. Flécheux, « L'avocat, le juge et le droit », *D.*, 1995, 21.

² C. pr. civ., art. 56, al. 1^{er}, 2^o.

³ C. pr. civ., art. 954, al. 1^{er}.

⁴ C. pr. civ., art. 901, al. 1^{er} et 58, al. 2, 3^o, anciens.

⁵ C. pr. civ., art. 901, al. 1^{er} et 54, al. 2, 2^o, nouveaux.

⁶ Cass., 2^e civ., 25 mai 2023 préc.

parce qu'il était menacé d'une radiation, pour défaut d'exécution du jugement attaqué. Le moyen tiré de l'article 524 du code de procédure civile (inexécution de la décision attaquée pourtant exécutoire à titre provisoire) avait été soulevé par l'intimé. Une ordonnance d'incident a ainsi été prononcée, déboutant l'ex-épouse de sa demande de radiation, son ex-conjoint ayant entre-temps payé les 19 000 euros. N'est-ce pas ce qui explique pourquoi, en l'espèce, l'appelant ne sollicitait dans ses conclusions d'appel que l'infirmité du chef du dispositif du jugement le condamnant au paiement des frais irrépétibles ? Dans cette optique, l'arrêt à l'étude ne peut être qu'approuvé. Reste que l'on aurait pu invoquer à la place de l'arrêt de principe du 17 septembre 2020, l'article 12, alinéas 1 et 2 du code de procédure civile, en combinaison avec l'article 5 du même code. Au fond, si la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a exercé un pouvoir d'office, ce n'est pas tant un pouvoir d'office sanctionnateur, que son pouvoir de requalification de l'objet de la demande.

Faute inexcusable exclusive d'indemnisation du piéton : illustration pratique

IOLANDE VINGIANO-VIRICEL

Docteur en droit

Chargée de recherches juridiques (IDIT)

Ingénieure de recherches associée au CUREJ (EA4703)

iviricel@idit.fr

Responsabilité civile / Responsabilité en cas d'accident de la circulation / Cause exonératoire de responsabilité en cas d'accident de la circulation / Faute inexcusable de la victime de l'accident / Faute volontaire de la victime / Faute d'une exceptionnelle gravité / Victime sous l'emprise de divers produits stupéfiants / Victime ayant traversé à pied de nuit de manière intempestive sans raison valable une voie de grande circulation munie de glissières de sécurité ininterrompues destinées à empêcher les piétons de traverser / Absence d'éclairage public / Victime sans vêtement lumineux ou réfléchissant / Danger bravé évident / Automobiliste ayant mis en garde la victime / Pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve soumis / Rejet.

Cass. 1ère civ., 20 avril 2023, n° 21-22.374, *Juris-data* n° 022046

Sur pourvoi : CA Aix, 1ère et 6ème ch. réunies, 27 mai 2021, n° 19/04189,

Juris-data n° 008380

Commets une faute inexcusable cause exclusive de l'accident de la circulation dont il est victime, le piéton décède après avoir été percuté alors qu'il traversait une voie de grande circulation à pied, de nuit, et sans vêtement lumineux ou réfléchissant et après avoir consommé des stupéfiants. Ce comportement volontaire, malgré les avertissements reçus préalablement au choc, caractérisait une faute inexcusable en lien de causalité avec l'accident survenu et justifiait l'exclusion d'indemnisation.

Observations : 1- Droit à indemnisation versus limites d'indemnisation. En France, les victimes d'accident de la circulation bénéficient d'un régime juridique d'indemnisation unique permettant de mettre en cause l'assureur des véhicules impliqués. Ces dispositions favorables, associées aux exigences d'assurance automobile¹, distinguent néanmoins droit à indemnisation et *quantum* de l'indemnisation, ce dernier étant apprécié selon la qualité de la victime (conductrice ou non conductrice). Dans cette mesure, si au titre de son droit à indemnisation une victime peut être désintéressée par le *solvens* (l'assureur du véhicule impliqué) et ce dans des délais encadrés par la loi², ce dernier dispose néanmoins de la possibilité de limiter l'étendue de cette indemnisation. En effet, en application des articles 3 et 5 de la loi du 5 juillet 1985, dite loi *Badinter*, une faute simple a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages aux biens subis par les victimes non conductrices (art.5) alors que la preuve d'une faute inexcusable ou intentionnelle est exigée pour limiter ou exclure l'indemnisation des dommages corporels (art. 3). La faute inexcusable de la victime est appréciée restrictivement, une jurisprudence constante la définissant comme une «*faute volontaire d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience*»³.

En l'espèce, la victime est décédée après avoir été percutée par un véhicule en circulation, alors qu'elle se déplaçait à pied. Le droit à indemnisation de la victime n'était pas discuté : il s'agissait bien entendu d'un accident de la circulation impliquant un véhicule terrestre à moteur⁴, et à ce titre soumis aux dispositions de la loi *Badinter*. En revanche, le comportement de la victime soulevait la question de savoir si une faute inexcusable pouvait limiter son droit à indemnisation.

La Cour de cassation, saluant une décision motivée des juges d'appel aixois, valide la caractérisation de faute inexcusable et rejette le pourvoi. Cette décision qui s'inscrit dans la suite logique des précédents judiciaires mérite néanmoins

¹ V. not. : L. n° 58-208 du 27 février 1958 instituant d'une obligation d'assurance en matière de circulation de véhicules terrestres à moteur, *JORF* du 28 février 1958, p. 2148.

² L. n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation (1), *JORF* du 6 juillet 1985.

³ Cass. 2e civ., 20 juillet 1987, n° 86-16.236 : *Bull. civ.* 1987, II, n° 160.

⁴ Sur les critères d'application de la loi *Badinter*, V. not. notre ouvrage « Véhicule autonome : qui est responsable ? », *LexisNexis*, coll. Actualité, 2019, n° 44 à 46.

quelques lignes dans la mesure où il existe assez peu d'exemples de faute inexcusable exclusive du droit à l'indemnisation d'une victime non conductrice¹.

2- Appréciation du comportement de la victime non conductrice, cause exclusive de l'accident. Les décisions caractérisant une faute inexcusable de la victime non conductrice ne sont pas légion. Au contraire, ces dernières années, la Cour de cassation avait même écarté l'état mental du périmètre de la faute inexcusable, en admettant que la victime, dans un état de confusion mentale au moment de l'accident ou, à tout le moins, d'absence momentanée de discernement, ne commettait pas de faute inexcusable exclusive d'indemnisation². Le pourvoi faisait d'ailleurs référence à cet arrêt en évoquant le manque de discernement de la victime. Sous l'effet de stupéfiants, celle-ci aurait été « *privé du discernement nécessaire lui permettant d'avoir conscience du danger encouru* ». Ce faisant le pourvoi critiquait donc la caractérisation du comportement de la victime, la faute commise par celle-ci ne pouvant être assimilée à une faute inexcusable.

En effet, une double exigence, de surcroît cumulative, est exigée quant à la nature de la faute et à la causalité avec l'accident survenu. Ce qui limite les illustrations pratiques de ce qu'est une faute inexcusable exclusive du droit à indemnisation des victimes non conductrices. En l'espèce, la Cour de cassation a relevé la motivation abondante des juges du fond préalablement à la caractérisation du comportement de la victime. Il est vrai que le comportement de la victime était saisissant. La victime « *qui était sous l'emprise de divers produits stupéfiants, a traversé à pied, de nuit, de manière intempestive, sans raison valable, une voie de grande circulation munie de glissières de sécurité ininterrompues destinées à empêcher les piétons de traverser, en l'absence d'éclairage public et sans être habillé d'un vêtement lumineux ou réfléchissant* ». La nature de la faute, « *un comportement volontaire d'une exceptionnelle gravité exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience* » pouvait difficilement être discutée tant la victime avait multiplié les comportements fautifs (consommation de stupéfiants, traversée à pied et de nuit et de manière intempestive une voie de grande circulation, absence de vêtement lumineux. . .). Il en allait de même s'agissant de la preuve du rôle causal de ce comportement puisque l'arrêt d'appel « *énonce ensuite que le danger bravé était évident alors même qu'un automobiliste avait, juste avant l'accident, stationné son véhicule et l'avait interpellé en le mettant en garde et en l'exhortant à ne pas rester sur la chaussée* ». En conséquence, même si intrinsèquement la victime avait pu ne pas être consciente du danger encouru,

¹ Pour une illustration récente d'une faute limitative d'indemnisation du conducteur, V. notre note sous Cass.2eme civ. 11 mai 2023, n° 22-22.884, « Faute de conduite exclusive d'indemnisation du conducteur », *Jurisprudence automobile*, 2023, à paraître.

² Cass. 2e civ., 2 mars 2017, n° 16-11.986, *Publié au Bulletin*.

celle-ci avait été alertée préalablement à l'accident mais n'avait pas tenu compte de l'avertissement reçu et poursuivi sa traversée inconsidérée. Dès lors, la faute inexcusable pouvait être prononcée, excluant ainsi toute indemnisation de la victime. Sans révolutionner la définition de la faute inexcusable exclusive de l'indemnisation de la victime non conductrice, l'arrêt en apporte une illustration pratique fort utile à l'enseignement des dispositions de la loi *Badinter*.

Biens / Immobilier / Empiètement

L'empiètement par intermittence existe, et avec l'évidence requise en référé !

JEAN CAPIEZ
Doctorant à Aix-Marseille Université
Laboratoire de Théorie du droit, EA892
capiez.jean@gmail.com

Biens / Propriété immobilière / Empiètement (oui) / Immeuble mobile

CA Aix, 1ère et 2e ch., 16 février 2023, n° 21/17085 : *Juris-data* n° 2023-004797

Président : G. Pacaud
Avocats : Me R. Gomes, Me S. Möller

L'arrêt qualifie d'empiètement le fait qu'une porte déborde chez le voisin, mais seulement lorsqu'elle est ouverte. L'identification des cas similaires auxquels devrait s'appliquer la solution révèle que son évidence n'est qu'apparente, car cela produirait des résultats parfois absurdes. La notion d'empiètement en ressort déformée, à tel point qu'il devient difficile de comprendre les cas qu'elle est censée couvrir.

Note : 1 – Il est habituel de dédaigner les décisions de référé : on n'y dit que des choses évidentes (et provisoirement !), puisque ce critère gouverne. C'est pourtant précisément ce qui peut faire leur intérêt : il y a de fausses évidences, qui interrogent les frontières des qualifications lorsqu'on y regarde de plus près.

Il s'agit ici de l'empiètement, constitué « avec l'évidence requise en référé »¹ pour une porte qui dépasse sur le terrain du voisin, mais seulement lorsqu'elle est ouverte. L'empiètement est ainsi étendu aux débordement discontinus (I), car on l'applique à propos d'éléments mobiles de l'immeuble (II). Cette extension soulève, au-delà du cas d'espèce, d'importantes difficultés (III) qui imposent de modifier profondément la notion (IV). Pour s'éviter tous ces problèmes, il serait possible, en référé, de se contenter d'une référence au trouble manifestement illicite (V).

I- L'extension de l'empiètement aux débordements discontinus

2- L'admission radicale de l'intermittence. L'empiètement ici dénoncé est très original, car à la fois intermittent et rare. Il ne se produit que lorsque la porte est ouverte, alors qu'elle est presque toujours fermée. Il s'agit, en cela, d'un cas extrême de discontinuité, contenant virtuellement toutes les formes plus douces². Si le juge accepte cette forme d'intermittence, il devra à plus forte raison en accepter les formes plus légères, où l'empiètement est plus souvent présent qu'absent. L'affirmation de la compatibilité entre l'intermittence et l'empiètement est totale. Le droit de propriété de l'empîété le mérite probablement : s'il est absolu et exclusif, il importe peu que l'empiètement soit discontinu ; celui-ci doit cesser.

3- La permanence de l'empiètement classique. Pourtant, cette admission radicale de l'intermittence contraste nettement avec la permanence caractéristique des empiètements habituellement reconnus. Cette exigence n'est jamais formalisée, mais toujours présumée, de la même manière que nous ne précisons pas « comestible » lorsque nous discutons de nos préférences alimentaires. Cela se constate d'abord dans la jurisprudence suprême, qui s'inscrit toujours dans le cadre de ce présumé, malgré son hétérogénéité. Les

¹ « L'ouverture de la remise, par l'extérieur, se fait, sans contestation possible sur le fonds [du voisin], ce qui réalise, avec l'évidence requise en référé, un empiètement ». Malgré le manque de clarté de la formule (« par » l'extérieur), il s'agit bien d'une ouverture « vers » l'extérieur : « cette ouverture des portes vers l'extérieur », « l'ouverture de cette dernière qui se ferait ainsi régulièrement sur le fonds [de l'empîeteur] et non plus sur le fonds [du voisin] », « ouvrir vers l'extérieur les portes [...] alors que cette ouverture occasionne un empiètement ».

² F. Rouvière. « La méthode casuistique : l'apport des cas critiques pour la construction des catégories juridiques », RRJ : *Cahiers de Méthodologie Juridique*, 2018, p. 1981-1995 – Y. Thomas, « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », in J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *Penser par cas*, Éd. EHESS, 2005, p. 45-73.

empiètements admis différent en termes d'assiette (de petit à grand¹), de localisation (en surface, en sous-sol² ou en l'air³), ou encore de contenu (par adjonction d'une construction, ou, plus originalement, pas soustraction de matière chez le voisin⁴) ; mais ils ont pour point commun systématique d'être permanents. Cela se constate ensuite dans les définitions doctrinales de la notion, renvoyant à des constructions⁵ et éléments permanents⁶ érigés directement sur le fonds du voisin⁷, ce qui le prive *totalemment* (donc en permanence) de la jouissance de son bien⁸, ainsi accaparée par l'empiéteur⁹. Cela se constate enfin dans les sanctions habituelles : il s'agit de retirer l'ouvrage qui dépasse, ou au moins la partie qui dépasse, ce qui est difficilement pensable sans débordement constant.

II- Un glissement causé par la nature de l'objet

4- La mobilité réelle, cause du glissement. Cette intermittence originale résulte directement des particularités de l'objet en cause. Alors que l'empiètement implique normalement un élément fixe du bâti, ce qui postule la permanence du dépassement, il implique ici un élément mobile, rendant l'intermittence possible. Plus l'objet est mobile, moins le concept d'empiètement

¹ Cass. 3e civ., 20 mars 2002, n° 00-16.015 : *Juris-data* n° 2002-013615 (0,5cm) ; *D.* 2002. 2507, obs. B. Mallet-Bricout ; *RTD civ.* 2002. 333, obs. T. Revet – Civ. 3e, 26 juin 1979, n° 78-10.567 – Cass. 3e civ., 4 mars 2021, n° 19-17.616 : *Juris-data* n° 2021-002990, *RDI* 2021. 350, obs. Bergel.

² Cass. 3e civ., 11 février 2015, n°13-26023 : *JurisData* n° 2015-002232 ; *AJDI* 2015. 460, obs. N. Le Rudulier ; *JCP G* 2015. doct. 546. n°4, obs. Périnet-Marquet ; *RTDI* 2-2015, p. 46, obs. M. Pinchaux.

³ Cass. 3e civ., 10 novembre 2016, n° 15-19.561 : *Juris-data* n° 2016-023328.

⁴ Cass. 3e civ., 11 février 2015, n° 13-26023, *préc.*

⁵ J.-C. Planque, « Comment sanctionner un empiètement minime », *D.* 2004, p. 2819 – A. Cayol, obs. ss Cass. 3e civ. 11 février 2015, *précité*, *Dalloz actualité* 27 février 2015 – Vocabulaire juridique Cornu, v° « *Empiètement* » : « *ex. construction réalisée sur un fonds en mordant sur la ligne divisoire* ».

⁶ F. Malbosc-Cantegril, « L'empiètement », *Droit et Ville* 2015/2, n° 80, p. 179 s., n° 7 (un végétal, un bâtiment [...] un mur de séparation [...] avancée de toit [...] balcon [...] une cave ou un garage).

⁷ *Ibid.* : « *ouvrage fait en partie seulement sur le terrain d'autrui* » – J.-C. Planque, *préc.* : « *sur le terrain d'autrui* ».

⁸ F. Malbosc-Cantegril, *Ibid.*, n° 11a : « *privation totale d'usage et de jouissance pour le propriétaire qui en est victime* ».

⁹ J.-C. Planque, *préc.* : « *priver le propriétaire du fonds qui la supporte de l'usage d'une partie de ce dernier au profit du constructeur* » – F. Malbosc-Cantegril, *Ibid.* n° 11a : « *usurpation de la propriété d'autrui* ».

semble approprié. En ce sens, Thibaut Dantzer avait relevé dans ces colonnes, le manque d'orthodoxie d'une décision aixoise appelant « *empiètement* » le fait qu'un bateau dépasse sur le fonds voisin¹, alors que l'empiètement est une affaire purement immobilière.

5- L'immobilité fictive, condition de possibilité du glissement. Ce cas était bien plus problématique, car il portait sur un meuble². Ici, ce problème ne se pose pas. Les portes ne sont probablement pas meubles, car cette qualification les ferait sortir de l'assiette de la vente immobilière ; le vendeur pourrait les emporter avec lui. Il s'agit plus vraisemblablement d'un immeuble. Non par nature, faute d'incorporation au bâtiment³, mais par destination, en raison de l'affectation au service le plus élémentaire de l'immeuble, à savoir sa fermeture⁴. L'originalité de l'objet tient donc à son statut juridique d'immeuble, lequel ne l'empêche pas d'être mobile, en réalité. L'empiètement classique s'accommode très mal d'une telle combinaison, bien plus largement qu'au cas d'espèce.

III- L'impertinence de l'empiètement classique pour les immeubles mobiles

6- Étrangeté de la notion d'empiètement. L'application de l'empiètement à ces objets produirait, en surface, des effets terminologiques douteux. En effet, il faudrait utiliser ce terme à propos des autres meubles fictivement immobilisés par destination. Ainsi, l'animal servant à l'exploitation du fonds pourrait être un moyen d'empiètement⁵, s'il passait la tête par-dessus la clôture. Il en irait de même pour les ustensiles aratoires (motobineuse, etc.). Faudrait-il voir ces choses comme des constructions sur le terrain d'autrui, lorsqu'elles y reposent intégralement... ?

¹ Th. Dantzer, obs. ss Aix, 1-5 ch. A, 7 octobre 2019, n° 17/20852, n° 2018/550 : *Juris-data* n° 2019-023752, *Bulletin d'Aix* 2020-1, p. 141 s.. Ce cas semblait viser un empiètement quasi-permanent, car le bateau était stationné dans une remorque.

² V. tout de même R. Jambu-Merlin, « Le navire, hybride de meuble et d'immeuble ? », in *Études J. Flour, Répertoire Defrénois*, 1979, p. 305-318.

³ Le dégon dage suppose un simple soulèvement, lequel n'occasionne aucune détérioration ni descellement.

⁴ Cette explication semble nettement préférable à celle reposant sur l'attache à perpétuelle demeure : aucun dispositif de scellement n'est présent, et on ne saurait raisonner par analogie avec les niches pratiquées exprès pour recevoir une statue, car les dimensions des cadres sont standardisées.

⁵ Il s'agit bien d'un immeuble par destination (ou du moins soumis à ce régime) s'il est placé au service du fonds, v. C. civ., art. 524.

7- Inadaptation des effets de la notion. Cette curiosité terminologique n'est pas l'essentiel. L'importance des notions tient principalement aux effets qu'elles produisent. Or, il est immédiatement perceptible que les modalités de sanction de l'empiètement classique font peu de sens concernant ces immeubles mobiles. La démolition ou le rabotage ne conviennent que peu à l'animal, à la motobineuse ou à la porte. La fiction juridique les immobilisant est nettement rattrapée par la réalité : ce sont des choses déplaçables ; il suffirait de déplacer, ou de restreindre leur possibilité de déplacement. En ce sens, notre arrêt décide que l'inversion du sens d'ouverture de la porte constitue une solution toute trouvée¹. Les sanctions de l'empiètement peuvent-elles être ainsi adaptées, sans trahir la notion ?

IV- La délicate adaptation des sanctions

8- L'insuffisance de l'adaptation du degré. L'adaptation pourrait d'abord se réclamer du courant jurisprudentiel du « *moindre mal* ». La sanction est désormais modulée selon le strict nécessaire : la démolition n'est plus systématique², si des mesures moins intrusives suffisent (rabotage³, grattage d'enduit⁴). Cela pourrait justifier la spécificité des sanctions qu'il faudrait retenir pour les immeubles mobiles, en restant dans le cadre de l'empiètement. Cela dit, ces adaptations jurisprudentielles ne concernent que le degré de la sanction, et non son contexte, ni sa nature. Il s'agit toujours d'une soustraction de la matière causant un empiètement permanent, ce qui ne correspond pas à notre cas.

9- L'adaptation de la nature de la sanction. Pour contourner le problème, il faudrait admettre une adaptation de la nature même de la sanction. A notre connaissance, une seule décision suprême permet de soutenir cette idée. L'empiètement consistait, d'une manière très inhabituelle, en des prélèvements souterrains. Il a été jugé que cela méritait remise en état, ce qui suppose l'adjonction de matière, soit l'inverse du sens habituel. Une telle variation dans les modalités de résolution pourrait justifier l'inclusion du déplacement de l'immeuble mobile.

10- Modification des caractères de l'empiètement par l'adaptation. Seulement, ces adaptations dans les sanctions rétroagissent sur le champ

¹ « *Le simple dégonflage de ces portes pour les placer sur des gonds existants antérieurs permettrait l'ouverture de cette dernière qui se ferait ainsi régulièrement sur le fonds [de l'empiéteur]* », « *une solution de bon sens est toute trouvée* ».

² Pour un exemple antérieur évocateur (démolition pour 0,5 cm), v. Cass. 3e civ., 20 mars 2002, *préc.*

³ Cass. 3e civ., 10 novembre 2016, n° 15-25.113, *préc.*

⁴ Cass. 3e civ., 23 juin 2015, n° 14-11.870.

d'application de la notion. Dans le cas de la porte, l'inversion du sens d'ouverture ne consiste pas réellement à faire cesser un empiètement actuel (en raison de l'intermittence), mais à prévenir les débordements futurs. Il ne s'agit plus de faire cesser un empiètement actuel ; il s'agit de le prévenir, ou de faire cesser un empiètement virtuel. L'extension de la notion devient vertigineuse, car presque tous les immeubles déplaçables pourraient un jour se trouver chez le voisin : faut-il considérer qu'il y a empiètement en puissance ? Si oui, comment y remédier ? Ce serait évidemment absurde, mais on perçoit là que l'extension de la notion impose de renoncer à une bonne perception de ses frontières.

V- La superfluité du recours à l'empiètement

11- La suffisance du trouble manifestement illicite. L'adaptation de la qualification d'empiètement n'avait donc rien de certain ; elle n'est décidément pas taillée pour ces cas. Dès lors, on pourrait transposer ici le conseil de Thibaut Dantzer : mieux vaut s'en tenir à la qualification de trouble illicite. En référé, nous disposons du cadre procédural idéal pour le faire, car la cessation du trouble manifestement illicite est prévue par les textes¹, ce qui n'est toujours pas le cas ailleurs².

12- Particularités du cas. Ici, ce fondement ne pouvait pas être utilisé, car c'est l'empiéteur lui-même qui se plaignait d'un trouble, en reprochant au voisin une construction l'empêchant d'ouvrir sa porte vers l'extérieur. L'empiètement ne servait pas à établir le trouble, mais à le nier : l'empiéteur ne saurait se plaindre qu'on l'empêche d'empiéter³. L'empiètement est donc opposé comme pur moyen de défense, ce qui invite à relativiser la portée de la décision, qui n'aborde la notion que de manière incidente. Il reste que son application à des immeubles mobiles soulève de sérieuses questions !

¹ CPC, art. 835.

² Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, art. 1268 : « *En matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur* ». J'ignore ce que devient cette proposition. Rien n'indique l'abandon du texte, mais il a été déposé au Sénat il y a plus de trois ans (29 juillet 2020).

³ « *Le trouble manifestement illicite dont se plaignent les [empiéteurs] du fait de la construction d'un auvent régulier [...], qui leur interdirait d'ouvrir vers l'extérieur les portes de leur remise, alors que cette ouverture occasionne un empiètement sur le fonds adverse, [...] n'est donc pas caractérisé, avec l'évidence requise en référé* ».

L'application subsidiaire de l'article 2242 du Code civil en matière de saisie immobilière

BENJAMIN DERRAR

Docteur en droit, chargé d'enseignements à Aix-Marseille Université,
Faculté de droit et sciences politiques,
GREDDIAUC, EA3786
benjamin.derrar@laposte.net

Saisie immobilière / Désistement / Délai de prescription / Effet interruptif de prescription / Extinction du délai de prescription / Extinction de l'instance.

Cass. 2e civ., 26 octobre 2023, n° 21-12.580, *Juris-data* n° 2023-018022
Sur pourvoi : CA Aix, chambre 1-9, 12 novembre 2020, n° 20/02255

L'effet interruptif de la prescription attaché à la délivrance de l'assignation à comparaître à l'audience d'orientation consécutive à un commandement valant saisie immobilière produit ses effets jusqu'à l'extinction de la procédure de saisie immobilière.

Observations : 1- *Specialia Generalibus derogant*. Il est de ces adages, héritages du droit romain, que le civiliste affectionne particulièrement. Véritable couteau suisse dans sa boîte à outils, l'adage guide (parfois) le juriste dans le labyrinthe de l'inflation normative. Plus qu'un adage, ce *principe* trouve résonance, depuis la réforme du droit des obligations, à l'article 1105 du code civil qui dispose que « *les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ».

Par sa simplicité apparente¹, l'adage s'est imposé comme élément principal de résolution des conflits de normes lorsqu'une règle générale s'oppose à une règle spéciale². Au soubassement de ce principe est, en réalité, dissimulé un mécanisme aux subtilités étonnantes - la subsidiarité³ - qui permet au Droit d'assurer, à tout égard, sa parfaite complétude en dépit des silences et des lacunes législatives. Pour le formuler simplement : en l'absence de règle spéciale, il faut en revenir aux règles générales. A ce titre le code civil fait figure de matrice du droit civil. L'arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 26 octobre 2023 en est la parfaite illustration.

2- Une banque qui avait consenti un crédit immobilier à un couple de consommateurs immobilier en cessation de paiement leur fait délivrer un premier commandement de payer valant saisie immobilière. En raison de la

¹ G. Lardeux, « *Specialia generalibus derogant* » ou la simplicité apparente des fausses évidences », *RDC* 2008, p. 1251.

² H. Barbier, « L'essor des règles d'identification des conflits de normes en droit des contrats », *RTD civ.* 2016. 837.

³ C. Habre, *La subsidiarité en droit privé*, th., Paris II, LGDJ, Point Delta, 2015.

péremption de ce premier commandement, la banque leur en fait délivrer un second et assigne ses débiteurs devant le juge de l'exécution en vue de la vente forcée de leur bien immobilier.

3- Par un premier arrêt du 3 juin 2016, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, confirmant la solution des premiers juges, ordonne la radiation du commandement à la suite du désistement de la banque et rejette les demandes reconventionnelles des débiteurs à l'encontre de leur créancier. Le pourvoi formé contre cet arrêt est rejeté le 11 janvier 2018 par la Cour de cassation¹, qui retient l'incompétence du juge de l'exécution pour trancher les contestations élevées à l'occasion de la procédure de saisie immobilière dès lors que le créancier se désiste de la procédure².

4- Dans les suites de la procédure, la banque fait pratiquer une saisie-attribution à l'encontre de ses débiteurs qui saisissent le juge de l'exécution en invoquant la prescription biennale de l'article L. 213-8 du code de la consommation. Alors que la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, le 12 novembre 2020, admet l'extinction de la prescription, l'arrêt d'appel est cassé par la deuxième chambre civile le 26 octobre 2023. C'est donc la question de l'extinction du délai prescription biennale qui cristallise l'intérêt de l'arrêt commenté et, plus exactement, la question de la date de fin de l'effet interruptif née de la demande en justice.

5- Pour la cour d'appel, dans son arrêt du 12 novembre 2020, la créance de la banque est prescrite. Elle ordonne donc la mainlevée de la saisie-attribution en retenant que l'interruption de prescription née de la demande en justice produit ses effets le 3 juin 2016. Elle juge en effet que *le créancier s'étant désisté de la procédure de saisie immobilière et le juge de l'exécution n'étant plus, dès lors, compétent pour trancher les contestations* (voir : Cass. 2e civ., 11 janvier 2018, pourvoi n° 16-22.829) *l'effet interruptif de prescription avait cessé avec l'arrêt de la cour d'appel du 3 juin 2016* ».

6- Sur le fondement de l'article 620 du code de procédure civile, la Cour de cassation casse la décision d'appel en relevant d'office un moyen de pur droit. En l'absence de disposition spéciale réglementant la computation des délais en matière de procédure de saisie immobilière, les juges du Quai de l'horloge font application des règles générales de la prescription extinctive du code civil. Ils retiennent, au triple visa des articles 2241, 2242 et 2244 du code civil, que l'effet interruptif avait produit ses effets jusqu'au prononcé de l'arrêt de rejet de la Cour

¹ Cass. 2e civ., 11 janvier 2018, pourvoi n° 16-22.829, D. 2018. 1223, obs. A. Leborgne.

² Solution largement commentée : N. Le Rudelier, « Saisie immobilière : désistement de procédure et compétence du JEX », *AJDI* 2018. 452 ; S. Piédelièvre, « Désistement et compétence du juge de l'exécution », *RDBF* n° 2, mars 2018, comm. 45.

de cassation du 11 janvier 2018 ayant mis fin définitivement à la procédure de saisie immobilière. La solution est parfaitement cohérente. On sait que la demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription¹ et que l'interruption résultant de la demande en justice produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance². L'on sait également, en vertu de l'article 2244 du code civil, que le délai de prescription est également interrompu par une mesure conservatoire prise en application du code des procédures civiles d'exécution, ce qui est le cas du commandement valant saisie immobilière³. Ainsi, c'est au jour de l'extinction définitive de l'instance, soit à la date de rendu de l'arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 2018 rejetant le pourvoi contre l'arrêt d'appel du 3 juin 2016, que l'effet interruptif a cessé.

Les causes d'extinction définitive d'instance étant nombreuses⁴, il reste à savoir si la deuxième chambre civile maintiendra la cohérence de sa solution par une application distributive de celle-ci aux différentes hypothèses d'extinction de l'instance : *décès de l'une des parties, caducité de la demande en justice, transaction, acquiescement, désistement accepté par le défendeur...*

Pas de partage des frais d'état des lieux par voie d'huissier en cas de non-respect des règles de forme légale !

BENJAMIN DERRAR
Docteur en droit et chargé d'enseignements à Aix-Marseille Université,
Faculté de droit et sciences politiques,
GREDDIUC, EA3786
benjamin.derrar@laposte.net

Bail d'habitation / Etat des lieux par voie d'huissier / Non-respect du formalisme légal / Frais à la charge exclusive du bailleur / Retard de restitution du dépôt de garantie / Dégradations locatives / Arriéré de loyer / Imputation des dettes locatives sur le dépôt de garantie.

Cass. 3e civ., 26 octobre 2023, n° 22-20.183, *Juris-data* n° 019446
Sur pourvoi : CA Aix, chambre 1-7, 16 juin 2022, n° 20/05680

¹ Article 2241 C. civ.

² Article 2242 C. civ.

³ Civ. 2e, 13 avril 2023, n° 21-14.540, *RTD civ.* 2023. 730, obs. N. Cayrol ; Civ. 2e, 17 mai 2023, n° 21-19.356, *Gaz. Pal.*, obs. O. Salati.

⁴ Article 1 C. proc. civ., « *Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi.* ».

Dans le cadre d'un bail d'habitation, si le locataire n'a pas été convoqué dans les formes et délais de l'article 3-2 de loi du 6 juillet 1989, le bailleur qui a pris l'initiative de faire établir l'état des lieux par un huissier de justice ne peut obtenir le remboursement de la moitié de son coût.

Observation : 1- Si l'actualité locative est marquée, sur le plan politique et juridique, par la lutte contre l'occupation illicite¹, l'arrêt commenté rappelle que l'abondant contentieux entre bailleurs et locataires ne s'est pas tari pour autant. Avec la loi ALUR², qui avait opéré une profonde réforme de la loi du 6 juillet 1989³ tendant à améliorer les rapports locatifs, le contrat de bail d'habitation est devenu l'écrin « consumériste » de la protection du locataire⁴. A ce titre, la fin du contrat de bail, instant privilégié du solde des comptes entre bailleur et locataire, cristallise une partie du contentieux locatif. La législation d'ordre public entourant la restitution du dépôt de garantie et l'établissement de l'état des lieux forment alors deux chausse-trappes sur lesquels le bailleur doit éviter de s'enfermer.

2- En l'espèce, une SCI avait donné à bail un appartement et une cave à un couple de locataire. Après la résiliation du bail, la bailleuse avait saisi le tribunal d'instance en condamnation des locataires au paiement d'un arriéré locatif, ainsi qu'en remboursement de réparations locatives et de la moitié du coût du procès-verbal d'état des lieux de sortie, établi par un huissier de justice. Les locataires avaient demandé, à titre reconventionnel, la restitution du dépôt de garantie ainsi que le paiement d'une certaine somme au titre de la majoration de retard. La cour d'appel d'Aix-en-Provence, avait rejeté les demandes de la bailleuse et l'avait condamnée à restituer le dépôt de garantie et à leur payer une certaine somme au titre de la majoration de retard. L'arrêt est cassé et annulé par la troisième chambre civile qui, statuant au fond, rejette la demande de la bailleuse en remboursement de la moitié du coût de l'établissement de l'état des lieux de sortie et la condamne à la restitution du dépôt de garantie déduction faite des arriérés de loyers et du montant des dégradations locatives. Les modalités d'établissement de l'état des lieux de sortie par voie d'huissier et les règles de restitution du dépôt de garantie avaient ainsi cristallisé le contentieux.

¹ Depuis, notamment, l'entrée en vigueur de la loi n° 2023-668 du 27 juillet 2023 visant à protéger les logements contre l'occupation illicite sanctionne les squatteurs et facilite les expulsions, *JORF* n° 0173 du 28 juillet 2023.

² Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, *JORF* n° 0072 du 26 mars 2014.

³ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, *JORF* du 8 juillet 1989.

⁴ B. Derrar, *Les protections du consommateur immobilier*, Thèse, coll. Centre Pierre Kayser, PUAM, 2022.

3- D'abord en ce qui concerne l'état des lieux. Le 24 mars 2014, la loi ALUR¹ et son décret du 30 mars 2016² avaient considérablement réformé les règles entourant l'établissement des états des lieux (d'entrée et de sortie) qui doivent, depuis lors, être établis selon des modalités précisées par décret en Conseil d'État, dans les mêmes formes et en autant d'exemplaires que de parties lors de la remise et de la restitution des clés. De manière générale, ils sont dressés par les parties ou leur mandataire à l'amiable et au contradictoire. Si l'état des lieux ne peut être établi dans ces conditions d'ordre public³, il doit être dressé par un commissaire justice, sur l'initiative de la partie la plus diligente, à frais partagés par moitié entre le bailleur et le locataire et à un coût fixé par décret. Dans ce cas, les parties en sont avisées par le commissaire de justice au moins sept jours à l'avance, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Toutefois, la loi restait muette sur les sanctions applicables en cas de non-respect de ce formalisme d'ordre public. Une approche théorique aurait pu permettre de résoudre la difficulté. Constituant un ordre public de protection⁴, la sanction du non-respect du formalisme prescrit par la loi devait nécessairement être favorable à celui qu'elle entendait protéger⁵ (ici, le locataire). Une approche pratique consiste, à l'inverse, à l'analyse de la jurisprudence.

4- Pour certaines cours d'appel, la *ratio legis* du texte visait à assurer la présence des deux parties lors de l'établissement de l'état des lieux. Ainsi, les frais relatifs au constat du commissaire de justice pouvaient être, pour moitié, mis à la charge du locataire, dès lors que celui-ci avait été présent y compris si le formalisme légal n'avait pas été respecté⁶. A l'inverse, pour un locataire non averti de la date de l'état des lieux et qui n'a pu s'y rendre, le partage des frais est rejeté⁷. La troisième chambre civile retient, toutefois, une lecture plus littérale de la lettre de l'article 3-2 de la loi du 6 juillet 1989 et juge que le seul manquement aux règles de forme relatif à l'établissement de l'état des lieux empêche le partage des frais d'huissier entre les parties⁸. C'est cette lecture littérale que retient la cour d'appel d'Aix-en-Provence le 16 juin 2022 : « *bien que [le locataire] ait été présent au constat d'état des lieux, il n'en demeure pas moins que les délais légaux de convocation n'ont pas été respectés. Il convient*

¹ Loi ALUR du 24 mars 2014, *préc.*, art. 3-2.

² Décret n° 2016-382 du 30 mars 2016.

³ L'ensemble des articles du Titre I de la loi du 6 juillet 1989 sont d'ordre public (Loi du 6 juillet 1989, *préc.*, art. 2).

⁴F. Niboyet, « La décence, ordre public du bail d'habitation », *D.* 2010. 1192.

⁵ G. Couturier, « L'ordre public de protection, Heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in Mél. Flour, *Deffrénois*, 1979, p. 95.

⁶ CA Montpellier, ch. 01 C, 11 octobre 2016, n° 14/06200, *Juris-data* n° 2016-028059.

⁷ CA Chambéry, ch. 02, 31 janvier 2013, n° 10/02320 *Juris-data* n° 2013-002288.

⁸ Cass. 3e civ, 27 mai 2003, n° 02-12.253 P, *AJDI* 2003. 589, note Y. Rouquet.

donc de rejeter la demande de remboursement de la moitié des frais du constat d'huissier formée par [le bailleur] ». Cohérente, la troisième chambre civile confirme la solution dans l'arrêt commenté du 26 octobre 2023

5- Ensuite, en ce qui concerne le dépôt de garantie. Le dépôt de garantie est destiné à garantir l'exécution de ses obligations locatives par le locataire. Il sert à garantir non seulement le paiement du loyer mais encore les dettes dont le locataire peut être débiteur à l'occasion de l'exécution du contrat comme les frais de dégradations locatives. La « vie » du dépôt de garantie est précisément encadrée par la loi du 6 juillet 1989 tant au moment de sa constitution que de sa restitution. En son article 22, elle dispose que « *le dépôt de garantie est restitué dans un délai maximal d'un mois à compter de la remise des clés par le locataire lorsque l'état des lieux de sortie est conforme à l'état des lieux d'entrée, déduction faite, le cas échéant, des sommes restant dues au bailleur et des sommes dont celui-ci pourrait être tenu* ». Alors que la cour d'appel avait condamné la bailleuse à restituer aux locataires le montant du dépôt de garantie et à leur verser une majoration de retard de 10 %, la troisième chambre civile, statuant au fond, rejette, par une stricte application du texte, la demande en restitution du dépôt de garantie et en condamnation de la bailleuse au paiement de la majoration de retard, le montant du dépôt de garantie devant s'imputer sur les condamnations prononcées à l'encontre des locataires (arriéré de loyer et dégradations locatives). Sur le fond, on retiendra la nécessité d'accomplir une convocation du locataire en bonne et due forme avant toute réalisation, par voie d'huissier, des états des lieux d'entrée et de sortie. Cet arrêt rappelle également aux propriétaires immobiliers et aux gestionnaires locatifs que les subtilités de la loi de 1989, qui exigent de leur part la plus grande prudence, peuvent constituer des chausse-trappes dans leur relation avec le locataire qu'un conseil juridique avisé permet souvent d'éviter.

Application de la théorie des moins-values dans le calcul de l'indemnité d'expropriation !

*BENJAMIN DERRAR
Docteur en droit et chargé d'enseignements à Aix-Marseille Université,
Faculté de droit et sciences politiques,
GREDAUC, EA3786
benjamin.derrar@laposte.net*

Expropriation / Utilité publique / droit de délaissement / Indemnité d'expropriation / Calcul de l'indemnité / Moins-values sur la valeur du terrain / Construction irrégulière / Prescription de l'action en démolition.

Cass. 3e civ., 9 novembre 2023, n° 22-18.545, *Juris-data* n° 019925

Sur pourvoi : CA Aix, chambre des expropriations, 5 mai 2022,
n° 20/00061, *Juris-data* n° 0026

La prescription de l'action en démolition des constructions réalisées sans autorisation d'urbanisme ne fait pas obstacle à l'application, par le juge de l'expropriation, d'un abattement sur la valeur du terrain.

Note : 1- « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »¹. Ces mots, écrits aux premières heures de la Révolution, représentent à la fois l'un des fondements les plus majestueux mais encore les plus symboliques de l'institution civile qu'est le droit de propriété². Vénéré par les uns³, conspué par les autres⁴, le « roi » des droits réels s'est frayé, à travers les siècles, un chemin vers la gloire sans céder aux assauts des droits et libertés fondamentales concurrents⁵. Balloté par l'Histoire entre guillotine et consécration « quasi » religieuse⁶, le droit de propriété cherche encore à parfaire son état d'équilibre. Tant à l'échelon national que supranational, la propriété s'incline (parfois) devant d'autres préoccupations d'intérêts collectifs ou particuliers : le droit au logement⁷, la protection des consommateurs⁸, le droit de la puissance publique à lever l'impôt⁹, la protection de l'environnement¹⁰... Dans l'ordre interne, la procédure d'expropriation pour utilité publique apparaît comme l'une des plus anciennes limites consacrées au droit de propriété. Elle trouve son premier fondement juridique à l'article 545 du Code civil¹¹ et sa justification dans la nécessité d'arbitrer l'intérêt privé et le besoin d'intérêt général servi par la

¹ Article 17 de la Déclaration du 26 août 1789 des droits de l'homme et du citoyen.

² F. Zenati-Castaing, La propriété, mécanisme fondamental du droit, *RTD civ.* 2006. 445.

³ Le législateur de 1804 consacre la propriété comme « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue » (C. civ., art. 544).

⁴ Y. Jégouzo, La propriété c'est le vol, *AJDA* 2005. 1081.

⁵ N. Tarnaud, La pierre d'aujourd'hui, *AJDI* 2015. 499.

⁶ J.-P. Chazal, Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale, *RTD civ.* 2020. 1.

⁷ CEDH, sect. II, 21 février 2010, *Ferreira c/ Portugal*, n° 41696/07.

⁸ Civ. 1ère, 17 janvier 2018, no 17-10.255 P: D. 2018. Chron. C. cass. 748, obs. Le Gall.

⁹ CEDH, 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c/ Pologne* [GC], n° 35014/97, 163.

¹⁰ CEDH, sect. II, 27 novembre 2007, *Hamer c/ Belgique*, n° 21861/03 : D. 2008. 884, note Marguénaud.

¹¹ « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité ».

puissance publique. Outre le principe même de l'expropriation, le contentieux se cristallise (souvent) sur le montant de l'indemnité d'expropriation comme l'illustre l'arrêt commenté.

2- En l'espèce, des propriétaires en indivision d'une parcelle grevée d'un emplacement réservé par le PLU pour l'extension du cimetière communal avait exercé leur droit de délaissement en vertu de l'article L. 241-1 du Code de l'expropriation. Faute d'accord entre les parties sur le prix de la parcelle, la commune avait saisi le juge de l'expropriation afin qu'il ordonne le transfert de propriété à son bénéficiaire et fixe le prix de cession. Contestant l'abattement qui tenait compte de l'illicéité des constructions édifiées sur la parcelle, les propriétaires indivis s'étaient pourvus en cassation. Dans son arrêt, publié au Bulletin, du 9 novembre 2023, la Haute cour rejette le pourvoi au motif que l'irrégularité des constructions « *constituait une moins-value justifiant un abattement, quand bien même la prescription de l'action en démolition serait acquise* ».

3- Les contours de la notion d'abattement pour construction illicite doivent être explicités (I) et intégrés plus largement dans la théorie globale des moins-values qu'applique le juge de l'expropriation pour évaluer l'indemnité d'expropriation (II).

I- Les contours de la notion d'abattement pour construction illicite devant le juge de l'expropriation

4- Pour saisir les contours de la notion d'abattement pour construction illicite, la lecture des faits décrits dans l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence apparaît nécessaire. La cour d'appel avait en effet retenu qu'une partie significative des constructions présentes sur la parcelle délaissée avait été édifiée sans permis de construire. Elle en avait déduit qu'il y avait lieu d'appliquer un abattement sur la valeur du bien pour tenir compte de l'illicéité des constructions en dépit de l'expiration du délai de 10 ans pour agir en démolition fixé par l'article L. 480-14 du Code de l'urbanisme. Il n'est pas nécessaire de revenir sur les motivations de la cour d'appel retenant l'irrégularité des constructions (en raison du défaut de preuve d'un permis de construire intégrant les édifices litigieux). Toutefois, la justification de l'abattement trouve sa source tant dans leur caractère illicite (A) que dans l'inadéquation du projet de construction de l'expropriant avec la nature des édifices irréguliers (B).

A- Première justification de l'abattement : le caractère illicite des constructions

5- Le caractère illicite des constructions fondait en lui-même une justification à l'abattement. De manière générale, l'indemnité d'expropriation est fixée soit à l'amiable, soit par le juge de l'expropriation (C. expr., art. L. 311-5). A ce titre, l'indemnité allouée à la personne expropriée doit intégrer l'intégralité du préjudice « *direct, matériel et certain* » causé par l'expropriation (C. expr., art. L. 321-1) sans toutefois qu'il ne puisse s'agir de réparer la douleur morale éprouvée par le propriétaire à raison de la perte des biens expropriés¹. Le montant de l'indemnité est ainsi fixé d'après la consistance des biens à la date de l'ordonnance portant transfert de propriété (C. expr., art. L. 322-1). Ainsi, sauf le cas où elles apparaissent spéculatives dans le but d'obtenir une indemnité plus élevée, les améliorations, agrandissements, embellissements faits à l'immeuble peuvent donner lieu à indemnité (C. expr., art. L. 322-1). Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt commenté, les constructions litigieuses étant frappées d'illicéité, elles ne pouvaient intégrer l'évaluation de la consistance du terrain visé par la procédure d'expropriation : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*² !

6- Les prémices de cette solution était déjà à l'œuvre dans un arrêt rendu par la même cour d'appel le 7 avril 2002³. Dans cette affaire, il était acquis aux débats que la maison litigieuse avait été surélevée sans permis de construire. La cour d'appel en avait conclu que l'indemnisation des propriétaires ne pouvait tenir compte de cette surélévation réalisée de manière irrégulière et devait prendre pour base la seule surface du rez-de-chaussée et du premier étage.

B- Seconde justification de l'abattement : l'inadéquation du projet de l'expropriant avec la nature des édifices irréguliers

7- L'inadéquation du projet de construction de l'expropriant (l'extension du cimetière communal) avec la nature des édifices irréguliers justifiait également l'abattement à valoir sur l'indemnité d'expropriation. Il est en effet établi que, d'une part, la parcelle en litige faisait l'objet, sur toute sa surface, d'un emplacement réservé au sein du PLU de la commune pour l'agrandissement du cimetière communal. D'autre part, il ressort de la lecture de l'arrêt d'appel que

¹ Cons. const., déc. 21 janvier 2011, n° 2010-87 QPC, *AJDA* 2011, p. 134, obs. Brondel.

² « *Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude* ».

³ CA Aix, 7 avril 2002, n° 2022/0021, *Juris-data* n° 2022-005762.

les constructions irrégulières constituées un centre équestre comportant des parties habitables composées de 3 logements ainsi qu'un bâtiment à usage professionnel comportant : sous-sol à usage d'écurie, remise, boxes à chevaux, deux selleries, salle de réception, dégagement, cuisine placard, couloir et une ancienne studette. Le tout se trouvant dans un état de vétusté avancé. Ainsi, c'est la nature et l'étendu des édifices illicites qui rendait nécessaire leur démolition compte tenu de l'opération projetée (l'extension du cimetière de la commune) ayant donné lieu à déclaration d'utilité publique puis à l'arrêté de cessibilité. L'opération de démolition constituant une charge pour l'expropriant, elle constituait une moins-value justifiant un abattement à valoir sur l'indemnité d'expropriation indépendamment de la prescription de l'action en démolition.

II- Le périmètre jurisprudentiel de la théorie des moins-values devant le juge de l'expropriation

8- La détermination du montant de l'indemnité d'expropriation par voie judiciaire est fondée sur un principe de réparation intégrale du préjudice inspiré du droit commun de la responsabilité civile. En vertu de l'article L. 321-1 du Code de l'expropriation « *les indemnités allouées couvrent l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain causé par l'expropriation* ». Pour ce faire, le juge de l'expropriation doit distinguer dans la somme allouée, l'indemnité principale et, le cas échéant, les indemnités accessoires en précisant les bases sur lesquelles ces diverses indemnités sont allouées (C. expr., art. L. 321-3). Il convient donc de distinguer ce qui peut donner lieu à indemnité et ce qui n'y donne pas droit. Par abus de langage, on parlera de « *plus-value* » et de « *moins-value* » sur la valeur du bien soumis à l'expropriation. Ainsi, la théorie des moins-values se dessine en négatif de celle des plus-values. L'analyse de la jurisprudence permet de circonscrire le périmètre de chacune d'entre elles.

9- Au terme de la théorie des plus-values, il convient d'intégrer les pertes de revenu, les manques à gagner, les frais de réemploi ou les charges de réinstallation comme « *les frais d'hypothèque et les intérêts d'un emprunt supportés en vue d'exécuter sur l'immeuble des travaux d'amélioration auxquels la procédure d'expropriation a mis obstacle* »¹. Il s'agit également de tenir compte des immeubles bâtis et non pas de la seule valeur du sol² mais aussi de la valeur du tréfond, la propriété du sol entraînant celle du sous-sol³ ainsi que de tous les éléments susceptibles de

¹ CE, 3 mars 1976, *Girouard* : *Lebon* 119.

² Civ. 3e, 8 février 2012, n° 10-27.448 P : *BICC* 2012, n° 680 ; Civ. 3e, 16 mars 2023, n° 22-11.429 P : *RDI* 2023. 284, obs. Hostiou

³ Cass. 3e civ., 21 novembre 2019, n° 18-22.935 : *AJDI* 2020. 129.

valoriser le fond comme une grotte comportant des vestiges préhistoriques¹. Il en est de même pour l'indemnisation du syndicat des copropriétaires pour la valeur des parties communes², pour la perte d'un droit au bail sur un local commercial exproprié³, pour la perte d'un droit réel immobilier dans le cadre d'un bail à construction⁴. Par ailleurs, la Cour de cassation a déjà précisé que l'indemnisation du preneur, du fait de l'expropriation d'un terrain qui lui a été donné à bail à construction, pour perte de la propriété des constructions édifiées par lui sur le terrain loué durant la durée contractuelle du bail n'exclut pas celle du bailleur pour perte de la propriété de ces biens lui revenant en fin de bail⁵. Le locataire dispose également d'un droit à indemnisation. C'est le cas pour les constructions qu'il a régulièrement édifiées sur le terrain loué et dont il est resté propriétaire pendant la durée de la location lorsqu'une clause d'accession insérée au bail prévoit que le bailleur deviendra propriétaire desdites constructions à l'issue du bail⁶. C'est également le cas pour le preneur d'un bail à ferme qui subit un préjudice économique du fait de l'expropriation nonobstant l'inexistence des indemnités d'éviction dans le statut du fermage⁷.

10- Au terme de la théorie des « moins-values », l'analyse de la jurisprudence révèle, en miroir, que tout événement susceptible de réduire la valeur du bien soumis à l'expropriation ou à en diminuer les utilités justifie d'un abattement à valoir sur la valeur du bien. Un abattement est ainsi justifié lorsque la parcelle expropriée subie un encombrement (matériel professionnel, décharge de voitures)⁸ ou lorsque l'immeuble soumis à expropriation est occupé par un locataire (exploitant agricole, locataire d'habitation, commerçant louant un fonds de commerce)⁹. Un abattement est également appliqué pour un local industriel occupé par des grévistes¹⁰. Enfin, chaque fois, que l'immeuble exproprié se trouve en état de délabrement avancé ou de vétusté justifiant sa démolition, un abattement est appliqué¹¹. Ainsi, l'abattement pour construction irrégulière intègre la théorie des moins-values susceptible d'influencer la méthode d'évaluation de l'indemnité d'expropriation. On ne peut donc

¹ Cass. 3e civ., 14 avril 1999 : *JCP* 1999. II. 10091, concl. Weber ; *AJDI* 1999. 1148, obs. Lévy.

² Cass. 3e civ., 11 octobre 2006, n° 05-16.037 P : *RDI* 2007. 342, obs. Morel.

³ Cass. 3e civ., 24 mai 2006. *AJDI* 2007. 46, obs. Morel.

⁴ Cass. 3e civ., 17 juillet 1997, n° 95-70.038 P.

⁵ Cass. 3e civ., 31 mars 2004, n° 02-15.754 P : *AJDI* 2004. 822, obs. Morel.

⁶ Cass. 3e civ., 4 avril 2002, n° 01-70.061 P.

⁷ Cass. 3e civ., 30 juin 1992, n° 91-70.220 P.

⁸ Cass. 3e civ., 19 juillet 1984 : *Bull. civ.* III, n° 14.

⁹ Cass. 3e civ., 14 mars 1979 : *Bull. civ.* III, n° 67.

¹⁰ Cass. 3e civ., 19 janvier 1984 : *D.* 1984. IR 73, obs. Carrias.

¹¹ Cass. 3e civ., 15 mars 2018, n° 17-14.066, *RDI* 2018. 274, note Hostiou.

qu'attirer l'attention des propriétaires sur les effets, à long terme, des constructions sans autorisation d'urbanisme y compris lorsque la prescription de l'action en démolition est acquise. L'abattement pour construction illicite rejoint désormais la liste des effets stochastiques des constructions sans autorisation.

Quel est le point de départ et la nature du délai pour agir en requalification d'une convention de pâturage en bail rural ?

BENJAMIN DERRAR
Docteur en droit et chargé d'enseignements à Aix-Marseille Université,
Faculté de droit et sciences politiques,
GREDIAUC, EA3786
benjamin.derrar@laposte.net

Bail rural / Baux ruraux successifs / Convention de pâturage / Tacite reconduction / Délai pour agir / Prescription quinquennale / Délai de droit commun / Article 2224 du Code civil / Action en requalification en bail rural.

Cass. 3e civ., 16 nov. 2023, n°21.18-360, *Juris-data* n° 2023-020425
Sur pourvoi : CA Aix, 1^{er} avril 2021, n° 19/11766

En application de l'article 2224 du code civil, l'action en requalification en bail rural d'une convention pluriannuelle de pâturage initiale se prescrit à compter de sa conclusion et l'action en requalification de chaque convention née par tacite reconduction se prescrit à compter de leur prise d'effet respective.

Note : 1- Cet arrêt, honoré d'une publication au Bulletin, rendu le 16 novembre 2023 par la troisième chambre civile sur pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 1^{er} avril 2021, intéresse la double question de la nature du délai pour agir en requalification d'une convention de pâturage en bail rural et celle du point de départ de ce délai.

2- En l'espèce, une SCI a conclu un contrat nommé « convention pluriannuelle de pâturage » portant sur des biens agricoles et un immeuble d'habitation pour une durée de 5 ans avec clause de tacite reconduction à terme. A l'occasion d'un litige les opposant à la SCI sur la réalisation de travaux, les preneurs l'ont assignée en référé afin d'obtenir sa condamnation à faire effectuer les travaux. La SCI ayant délivré congé, l'affaire fut renvoyée devant le tribunal paritaire des baux ruraux pour qu'il soit statué au fond sur la nature de la convention de pâturage **(I)** ainsi que sur la nature et le point de départ du délai pour agir en requalification **(II)**.

I- La nature du délai de l'action en requalification de bail rural

3- La question de la nature du délai pour mener l'action en requalification est intimement liée à celle de la nature du contrat à requalifier. La question est d'autant plus prégnante que le cadre contractuel imposé par la loi est rigide et teinté d'ordre public¹. En effet, il existe en matière immobilière une myriade de textes d'ordre public, relevant souvent d'un ordre public de protection, instituant un cadre contractuel obligatoire et fortement contraignant qu'il est parfois tentant, par principe ou par réflexe, à tort ou à raison, de contourner par une convention *ad hoc* aux termes de laquelle la dénomination choisie par les parties prête à confusion. Il en va ainsi du statut contraignant des baux commerciaux, de celui des baux ruraux, mais également des règles d'ordre public régissant le bail d'habitation ou de celles applicables au secteur protégé de la construction d'immeuble d'habitation.

4- S'interroger sur la nature du délai pour agir en requalification c'est se poser finalement la question du *quantum* du délai applicable et donc de la source juridique à invoquer. Faut-il se fonder sur le délai de droit commun² ou au contraire invoquer un délai porté par un texte spécial³ ? Pour y répondre, il est utile de ralentir le cours du temps de la procédure et de se questionner sur la nature du contrat en litige au moment où l'action en requalification est introduite par la partie qui en fait la demande. A cet instant, lorsque l'action est enregistrée et jusqu'au moment où le juge statue sur sa recevabilité, le sort du contrat n'est pas encore tranché au fond. Par conséquent, la nature du contrat n'est pas encore juridiquement établie lorsque la question du délai pour agir se pose. Le juge, et avant lui le plaideur, a alors plusieurs hypothèses de réflexion. Il lui est loisible d'invoquer le délai de prescription issu du droit commun des contrats dans la mesure où le contrat en litige ne revêt encore aucune qualification spéciale. Il peut tout aussi bien se fonder sur le délai spécial que comporte le régime dont l'application est invoquée par l'une des parties (celle qui agit en

¹ S. Crevel, « Requalification du bail rural : une requalification à la Pyrrhus », *Droit rural* n° 10, octobre 2023, comm. 92.

² Article 2224 du *C. civ.*, « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ».

³ Quelques exemples : le bail commercial (délai biennale de l'article L. 145-60 du Code de commerce) ; le bail d'habitation (délai triennale de l'article 7-1 de la loi du 6 juillet 1989) ; le contrat de travail (délai biennale de l'article L. 1471-1 du Code du travail).

requalification). On notera que dans cette seconde hypothèse l'application du régime spécial précède, par anticipation, la qualification du contrat.

5- Classiquement, la position de la Haute cour fait la part belle au texte spécial. En matière de requalification d'un contrat en bail commercial, les juges retiennent le délai biennal de l'article L. 145-60 du Code de commerce¹. La solution est identique en matière de contrat de travail, lorsqu'il s'agit de la requalification d'un CDD en CDI, les juges retenant le délai biennal de l'article L. 1471-1 du Code du travail. C'est en appliquant la théorie de la reconnaissance judiciaire (ou juridictionnelle) que la solution trouve son fondement, le juge ne faisant que « reconnaître » la nature du contrat telle qu'elle était à son origine compte tenu des critères de qualification imposés par les textes d'ordre public et en dépit de l'appellation erronée retenue, volontairement ou involontairement, par les parties. La qualification retenue du contrat l'emporte ainsi sur l'appréciation de la recevabilité de l'action menant à sa requalification.

6- L'explication peut également être trouvée dans la lettre de ces textes spéciaux par lesquels le législateur a retenu une formulation générale prévoyant que « toutes actions dérivant d'un contrat de bail sont prescrites par trois ans », ou encore que « toute action portant sur l'exécution du contrat de travail se prescrit par deux ans » et, concernant le bail commercial, que « toutes les actions exercées en vertu du présent chapitre se prescrivent par deux ans ». Pour autant, l'arrêt commenté rendu en matière de bail rural semble offrir une autre grille de lecture.

7- La troisième chambre civile, par un moyen relevé d'office, et au visa de l'article 2224 du Code civil, fait application du délai de prescription du droit commun des contrats qui prévoit que « les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer » au détriment du texte spécial de l'article L. 417-7 du Code rural et de la pêche maritime qui dispose que « toute action résultant du bail se prescrit par cinq ans, à partir de la sortie du preneur ». Bien que le *quantum* du délai soit identique entre les deux textes, le point de départ, quant à lui, varie. Alors que le Code rural évoque « la sortie du preneur » donc la fin du bail, l'article 2224 du Code civil évoque « le jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant [d'] exercer [l'action en requalification] » c'est-à-dire « le jour de la conclusion du contrat »².

¹ Cass. 3e civ., 14 septembre 2017, n° 16-23.590, D. 2017. 1832 ; *AJDI* 2017. 775, obs. Dumont-Lefrand ; *RTD civ.* 2017. 869, obs. Barbier ; *Deffrénois* 2018/1. 27, note Ruet ; Civ. 3e, 25 mai 2023, n° 22-15.946, *RTD civ.*, obs. H. Barbier, *AJDI* 2023. 601 obs. J.-P. Blatter.

² « Il en résulte que l'action en requalification en bail rural de la convention pluriannuelle de pâturage initiale se prescrit à compter de sa conclusion » (solution de l'arrêt commenté : Cass. 3e civ., 16 novembre 2023, n° 21.18-360).

II- Le point de départ du délai pour agir en requalification en bail rural

8- En retenant, au moyen d'un relevé d'office, le délai de l'article 2224 du Code civil, la Cour de cassation fixe le point de départ de l'action en requalification au jour de la conclusion du contrat. La solution est constante. La Cour avait en effet déjà retenu, aux termes d'un arrêt rendu le 14 septembre 2017, que « le point de départ de la prescription biennale applicable à la demande tendant à la requalification d'une convention en bail commercial court à compter de la date de la conclusion du contrat, peu important que celui-ci ait été renouvelé par avenants successifs »¹. Le 25 mai 2023, elle retient que « même en présence d'une succession de contrats distincts dérogoratoires au statut des baux commerciaux, le délai de prescription court à compter de la conclusion du contrat dont la requalification est recherchée »². La solution est identique en matière de requalification de contrat de travail. La Haute cour retient que « le délai de prescription de l'action en requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, fondée sur l'absence d'une mention au contrat susceptible d'entraîner sa requalification, court à compter de la conclusion de ce contrat »³. La position de la Cour de cassation se maintient en matière de bail rural : « la qualification du *bail* s'apprécie à la date de sa conclusion »⁴.

9- En matière de bail rural, comme en ce qui concerne le bail commercial et le contrat de travail, on peut en effet estimer que c'est au jour de la formation du contrat que sont réunies les conditions d'application du statut prévu à l'article L. 411-1 du Code rural et de la pêche maritime à savoir « toute mise à disposition à titre onéreux d'un immeuble à usage agricole en vue de l'exploiter pour y exercer une activité agricole ».

10- Il restait enfin à trancher la question du devenir des conventions successives issues de la convention pluriannuelle, ce qui posait la question de leur nature juridique. La Haute cour rappelle à cet égard une solution constante : la tacite reconduction fait naître un nouveau contrat de bail⁵. Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, la solution est désormais consacrée dans le Code civil aux

¹ Cass. 3e civ., 14 septembre 2017, n° 16-23.590.

² Cass. 3e civ., 25 mai 2023, n° 22-15.946.

³ Cass. soc., 3 mai 2018, n° 16-26.437, D. 2018. 1017 ; Dr. soc. 2018. 765, obs. Mouly.

⁴ Cass. 3e civ., 6 septembre 2018, n° 16-20.092, *AJDI* 2019, p. 129, note F. Roussel.

⁵ Cass. 3e civ., 10 juin 1998, n° 96-15.626, *RDI*, 1998. 696, obs. F. Collart-Dutilleul ; *RTD civ.*, 1999. 93, obs. J. Mestre.

articles 1214 et 1215. En vertu de ces textes, « lorsqu'à l'expiration du terme d'un contrat conclu à durée déterminée, les contractants continuent d'en exécuter les obligations, il y a tacite reconduction. Celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat » et « le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée ». Par conséquent, si l'action en requalification en bail rural de la convention pluriannuelle de pâturage initiale se prescrit à compter de sa conclusion, l'action en requalification de chaque convention née ensuite par tacite reconduction devait en toute logique se prescrire à compter de sa prise d'effet.

Droit commercial / Droit des procédures collectives

La nécessaire caractérisation de la qualité de dirigeant de fait

BIENHEUREUXABELAM
Docteurant à la Faculté de Droit de l'Université de Toulon
Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude ESCARRAS
Bienheureuxabelam@gmail.com

Liquidation judiciaire / Insuffisance d'actif / Action en comblement de passif / Établissement financier / Associé majoritaire / Caractérisation du dirigeant de fait

CA Aix, 3-2 ch., 26 janvier 2023, n° 23, *Juris-data* n° 13256

Présidente : M. Lis-Schaal
Avocats : Me P.-Y. Imperatore, Me A. Diesbeccq, Me G. Allgier, Me L. Limoni, Me A. Emeneux, Me P. Scigle, Me S. Piazzi, Me B. Amigues, Me S. Coiffet, Me D. Perin, Me P. Tabouret, Me S. Badic, Me J.-F. Tognaccioli, Me F. Jacquemart

Une construction juridique théorique séduisante fondée sur des écrits de doctrine et l'emploi de termes généraux tels que la confiscation des pouvoirs, la vampirisation des ressources et la mainmise psychologique, juridique et financière manifeste ne sauraient être suffisants pour pallier l'absence de caractérisation des actes positifs de gestion.

Observations : 1- Lorsqu'une société rencontre des difficultés, il est de coutume d'en rechercher les causes afin de les résoudre. Puis, lorsque sa situation devient telle qu'il faille la liquider, il importe de rechercher la responsabilité de chaque acteur, d'autant plus lorsque la liquidation laisse apparaître une insuffisance d'actif. En effet, l'insuffisance d'actif est une sanction civile visée par l'article L. 651-2 du Code de commerce qui permet de faire supporter à un

dirigeant de droit ou de fait tout ou partie de l'insuffisance d'actif dès lors qu'il est établi à son encontre une ou plusieurs fautes de gestion ayant contribué à ladite insuffisance.

Par ailleurs, si l'identification des dirigeants de droit ne soulève, par principe, aucune difficulté, tel n'est cependant pas le cas du dirigeant de fait¹. En effet, le dirigeant de fait est défini comme celui qui exerce en toute indépendance une activité positive de gestion et de direction de la personne morale². Si cette définition issue de la doctrine³ est aujourd'hui admise de façon constante par la jurisprudence⁴, force est de constater que sa caractérisation n'est pas toujours chose aisée, d'où la nécessité d'une intervention ponctuelle de la Cour de cassation pour rappeler la nécessité pour les juridictions de fond de caractériser l'acte positif de gestion caractérisant la direction de fait⁵.

C'est d'ailleurs dans ce sens que s'inscrit la décision objet de la présente analyse. Il s'agissait en l'espèce de la cession d'un groupe réalisée par le biais d'une opération de LBO ou *Leveraged Buy Out* et dont l'acquisition a été financée par différents moyens dont un emprunt bancaire. La conjoncture économique ayant entraîné des difficultés pour la société holding, celle-ci, malgré les nombreuses tentatives de redressement, a dû déclarer sa cessation des paiements. Par la suite, une décision du tribunal de commerce a d'abord arrêté différents plans de cession pour l'ensemble des sociétés du groupe avant de prononcer leur liquidation. Ces différentes procédures ayant été clôturées par une insuffisance d'actif, une action en responsabilité pour insuffisance a été enclenchée à l'encontre des dirigeants de droit, mais aussi des banques et de l'associé majoritaire, en qualité de dirigeants de fait. Saisie de cette demande, la cour d'appel infirme la position du tribunal qui avait retenu la responsabilité des différents défendeurs. Partant, dans le cadre des présentes, le choix a été fait de porter une attention particulière au raisonnement de la cour quant à la caractérisation du dirigeant de fait. Ainsi, il s'agira de mettre en évidence les éléments retenus par la cour pour écarter la qualité de dirigeant de fait aussi bien des banques que de l'associé majoritaire.

¹ Jean-Marc Moulin, « Qualification de dirigeant de fait », *Gaz. Pal.* 2016, n° 725.

² J. Heinich, « Caractérisation de la direction de fait et de la contribution à l'insuffisance d'actif », *Rev. soc.* 2019, p. 414, note sous com. 21 novembre 2018, n° 17-22.433.

³ J.-L. Rives-Lange, « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 », *D.* 1975. 41. in J. Heinich, « Les dirigeants de fait : du neuf dans de l'ancien », *RJ Com.* 2018, n° 5, p. 373.

⁴ V. pour illustration : Cass. com. 9 juin 2022, n° 21-13.588.

⁵ V. pour illustration : Cass. com. 24 janvier 2018, n° 16-23.649 ; com. 17 décembre 2003, n° 01-03.263.

2- L'absence de déduction systématique de la qualité de dirigeant de fait en raison du contenu du contrat. Pour combler l'insuffisance d'actif de la société débitrice, le liquidateur a recherché la responsabilité des banques intervenues lors du concours financier lié à la réalisation de la cession de la société holding. Pour soutenir sa demande, ce dernier s'est essentiellement fondé sur le déséquilibre anormal de la structure financière ainsi que la privation de pouvoirs résultant des clauses dites draconiennes du contrat de prêt.

Cependant, après avoir relevé que l'existence d'un déséquilibre est inhérente à la structure d'une LBO, la cour a jugé que la qualité de dirigeant de fait des banques ne pouvait être retenue en raison du défaut de caractérisation des actes positifs de gestion. En effet, la cour relève que l'insertion dans une convention des clauses usuelles, inhérentes à la pratique et acceptées par chacune des parties ne peut avoir pour effet de priver les dirigeants de droit de leur pouvoir de direction ni caractériser des actes positifs de gestion. Cette position se justifie au regard de la jurisprudence constante de la Cour de cassation qui met à la charge des juridictions une obligation de caractériser les actes positifs de nature à caractériser une gestion de fait¹. Par conséquent, « *une construction juridique théorique séduisante fondée sur des écrits de doctrine et l'emploi de termes généraux tels que la confiscation des pouvoirs, la vampirisation des ressources et la mainmise psychologique, juridique et financière manifeste ne sauraient être suffisants pour pallier l'absence de caractérisation des actes positifs de gestion (...)* », nécessaire à la caractérisation du dirigeant de fait.

3- L'insuffisance de la qualité d'associé majoritaire dans la caractérisation du dirigeant de fait. La cour d'appel d'Aix-en-Provence a également été saisie de la question du dirigeant de fait de l'associé majoritaire. Autrement dit, la détention de la majorité des parts sociales d'une société suffit-elle à elle seule à caractériser la qualité de dirigeant de fait de son détenteur ? Les juges aixois ont répondu par la négative en rappelant que la qualité de dirigeant de fait ne pouvait pas découler de la seule qualité d'associé majoritaire. Il en résulte qu'en l'espèce, la participation de l'associé majoritaire aux décisions de nomination et de révocation des organes de gestion et de direction ne constitue point un acte de gestion dès lors que « *ces décisions ne constituent pas des actes de gestion ou de direction mais l'application des statuts légaux dans le cadre de la SAS* ». Ainsi, l'associé majoritaire, membre du conseil de surveillance, qui participe à la désignation d'un directeur général ne réalise aucun acte de gestion ou de direction. Il en résulte que l'exercice d'une prérogative légale ne peut caractériser une immixtion condamnable. De même, la mise à disposition d'un salarié, s'assimilant à un prêt

¹ Cass. com. 26 juin 2001, n° 98-20.115 - Cass. com. 12 juillet 2005, n° 02-19.860.

de main d'œuvre à but non lucratif, n'est pas plus de nature à caractériser un acte de gestion. Cette solution se justifie au regard de la position de la Cour de cassation, laquelle, dans un arrêt où se posait la question de la responsabilité pour insuffisance d'actif de l'associé majoritaire en qualité de gérant de fait, avait rappelé non seulement la nécessité de caractériser un acte positif de gestion, mais aussi que « lorsque le faisceau de présomptions se réduit à un indice unique, ce seul fait ne peut être considéré comme un ensemble de présomptions correspondant à la définition légale »¹.

Il résulte de ce qui précède que la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants de fait reste un mécanisme permettant de sanctionner toute immixtion dans la gestion de la société ayant contribué à son insuffisance d'actif. Mais pour être efficace, celle-ci doit se reposer sur un faisceau d'indices et ne pas se suffire en une simple déduction basée sur un contenu contractuel ou sur la qualité d'associé majoritaire. En effet, la direction de fait ne se présume pas, elle se caractérise.

Droit de la santé publique / Hospitalisation sans consentement

Le contrôle du respect des règles procédurales par les magistrats en matière d'hospitalisation psychiatrique sans consentement

FANNY CHARLENT
Docteur en droit
Avocate inscrite au Barreau des Alpes-de-Haute-Provence
fanny.charlent@gmail.com

Hospitalisation du malade mental / Droits du malade mental hospitalisé

CA Aix, chambre 1-11, 19 octobre 2023, n° 23/00158, *Juris-data* n° 019480
CA Aix, chambre 1-11, 9 novembre 2023, n° 23/00172, *Juris-data*
n° 020706

Le contentieux des hospitalisations sans consentement prend progressivement un autre tournant en ce que les magistrats contrôlent davantage le respect des conditions légales. L'étude de la jurisprudence de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence permet d'appréhender les irrégularités susceptibles, ou pas, d'aboutir à une levée de la mesure.

¹ Cass. com. 25 janvier 1994, n° 91-20.007.

Observations : 1- Si le principe consacré par la législation française est celui de l'exigence du consentement de la personne pour faire l'objet de soins psychiatriques¹, une exception est prévue dans l'hypothèse où le patient présente des troubles mentaux rendant impossible son consentement et nécessitant une surveillance médicale constante. Ces soins psychiatriques sans consentement trouvent leur origine dans plusieurs procédures distinctes : l'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril imminent² et l'admission sur décision d'un représentant de l'Etat³. Chacune de ces procédures requiert le respect de conditions procédurales. Par les deux arrêts commentés, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence statue sur les modalités d'application de ces règles en matière d'hospitalisation à la demande d'un tiers.

Il est intéressant d'observer que le contentieux des hospitalisations psychiatriques sans consentement a évolué ces dernières années. Si pendant longtemps les décisions d'admission et de poursuite de l'hospitalisation étaient peu remises en question par les magistrats, frileux d'aller à l'encontre d'un avis médical, le non-respect d'une règle procédurale justifie désormais une mainlevée de la mesure dès lors qu'il en résulte un grief pour le patient. Ainsi, en la matière, le rôle de l'avocat consistera essentiellement à s'assurer du respect de ces règles procédurales.

2- Bien que la Cour d'appel ne retienne pas d'atteinte aux droits du malade mental hospitalisé justifiant une levée de la mesure dans les deux affaires commentées, l'apport en est intéressant et doit être mis en perspective avec la jurisprudence de cette juridiction.

Dans la première affaire, le conseil du patient avait soulevé une irrégularité tenant en l'absence d'avis médical de plus de quarante-huit heures en violation de l'article L. 3211-12-4 alinéa 3 du Code de la santé publique. Il résulte en effet de cette disposition qu'un psychiatre de l'établissement d'accueil de la personne admise en soins psychiatriques sans consentement doit adresser au greffe de la cour d'appel un avis se prononçant sur la nécessité de poursuite de l'hospitalisation complète « *au plus tard quarante-huit heures avant l'audience* ». Si la juridiction a retenu que l'avis médical versé au dossier est effectivement daté de moins de quarante-huit heures, aucune atteinte aux droits de la patiente ne peut être caractérisée en ce que ce document est destiné à appréhender la situation de la patiente à la date la plus proche possible de l'audience avec les éventuelles améliorations obtenues.

¹ CSP, art. L. 3211-1.

² CSP, art. L. 3212-1 à L. 3212-12.

³ CSP, art. L. 3213-1 à L. 3213-11.

Dans la seconde affaire, le patient a été hospitalisé à la demande de son épouse et le préfet a pris, par la suite, un arrêté en raison du risque grave d'atteinte à l'ordre public. L'avocat du patient a soulevé l'irrégularité de la procédure du fait de l'absence de notification au tiers demandeur. Les juges ont conclu à la régularité de la procédure en ce que le tiers étant à l'origine de la mesure, l'absence de notification ne constitue pas une irrégularité de procédure.

3- Les causes d'irrégularité de la procédure sont nombreuses en la matière et sont régulièrement évoquées devant les magistrats dès lors qu'il s'agit généralement des seuls moyens de défense que l'avocat du patient peut utilement développer. L'étude de la jurisprudence de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dévoile ainsi de nombreux enseignements et permet d'identifier des points de vérification à effectuer en tant que conseil. Les présents développements viseront spécifiquement la jurisprudence récente relative à l'hospitalisation à la demande d'un tiers dans la continuité des deux arrêts commentés. Si certaines règles procédurales sont communes aux différentes procédures, chacune est régie par des règles propres, à l'origine de causes d'irrégularité spécifiques.

La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a eu l'occasion d'appréhender comme étant une irrégularité nécessitant une levée de la mesure le caractère tardif de la notification des décisions et des droits au patient dans l'hypothèse où il ne résulte pas des pièces produites que les décisions aient fait l'objet de tentatives de notifications qui auraient été reportées du fait de l'état de santé du patient¹. Cette exigence procédurale de notification participe des règles appréhendées comme fondamentales par les magistrats. L'irrégularité est retenue, quand bien même le patient a fait appel de la décision du juge des libertés et de la détention et que le retard dans les notifications l'a privé de l'exercice de ses droits et des recours contre les décisions de l'administration pendant seulement quelques jours.

En matière d'hospitalisation psychiatrique à la demande d'un tiers, il importe de noter que la demande formée par un incapable majeur rend la procédure irrégulière et justifie la mainlevée de la mesure d'hospitalisation, cette irrégularité faisant nécessairement grief au patient².

Il est également intéressant de relever que les juges ont également fondé leur décision de mainlevée de l'hospitalisation sans consentement sur la qualité du signataire de la demande de contrôle de plein droit de la mesure³. Le juge des

¹ CA Aix, ord., 30 juin 2022, n° 22/00103, *Juris-data* n° 2022-014277 (Décision de maintien des soins psychiatriques notifiée le cinquième jour et les droits y afférents le sixième jour) - CA Aix, ord., 6 février 2023, n° 23/00018, *Juris-data* n° 2023-003372 (retard de trois jours).

² CA Aix, ord., 5 juillet 2023, n° 23/00092, *Juris-data* n° 2023-014855.

³ CA Aix, ord., 16 juin 2023, n° 23/00081, *Juris-data* n° 2023-014745.

libertés et de la détention avait été saisi d'une demande de contrôle de plein droit de la mesure d'hospitalisation sous contrainte par requête du directeur du centre hospitalier portant le tampon et la signature du responsable du service des admissions de l'hôpital sans qu'il ne soit justifié d'aucune délégation de pouvoir en violation des articles L. 3211-12-1, R. 3211-7 et R. 3211-10 du code de la santé publique.

La juridiction d'appel d'Aix-en-Provence s'est par ailleurs positionnée à plusieurs reprises sur la question de la justification médicale de la mesure. Par un arrêt d'octobre 2022¹, les juges ont retenu que le médecin préconise une poursuite de la mesure en hospitalisation partielle avec maintien du programme de soins pour conclure qu'il résulte de cet avis médical que l'alliance thérapeutique est correcte ainsi que l'observance du traitement et que la mesure d'hospitalisation complète peut être levée. Plus récemment, c'est l'emploi par le certificat médical de situation de termes strictement identiques à ceux employés dans un avis médical antérieur sans mention de la nécessité de poursuite de la mesure qui a justifié la levée de l'hospitalisation². Il s'agit sûrement du point sur lequel l'évolution du positionnement des juges est la plus marquante en ce que progressivement les professionnels du droit se saisissent du contenu des documents médicaux.

4- L'étude de la jurisprudence en la matière témoigne de la réelle prise en considération des droits des personnes privées de libertés et il faut évidemment s'en féliciter. Ce positionnement se dresse dans la continuité directe du mouvement observé en matière de respect de la dignité et des droits des personnes détenues et de l'élaboration, sur le fondement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et du travail du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, d'un droit de la privation de liberté³.

¹ CA Aix, ord., 4 octobre 2022, n° 22/00145.

² CA Aix, ord., 28 février 2023, n° 23/00032, *Juris-data* n° 2023-005081 - CA Aix, ord., 17 août 2023, n° 23/00126, *Juris-data* n° 2023-017472.

³ M. Giacomelli, E. Gallardo (Dir.), *L'élaboration d'un droit de la privation de liberté*, LexisNexis, 2020.

Maintien des soins psychiatriques sans consentement

FANNY CHARLENT

Docteur en droit

Avocate inscrite au Barreau des Alpes-de-Haute-Provence

fanny.charlent@gmail.com

Hospitalisation sans consentement / Programme de soins / Erreur matérielle dans la décision du juge des libertés et de la détention (oui) / Rectification d'erreur matérielle (oui) / Droits du malade mental hospitalisé / Caractère anticipé du certificat médical (oui) / Grief (non) / Maintien des soins psychiatriques sans consentement (oui)

CA Aix, ord., 24 novembre 2022, n° 22/00169, *Juris-data* n° 023052

La patiente, hospitalisée initialement en raison d'une décompensation hallucinatoire et délirante avec idées suicidaires et d'angoisse, a bénéficié d'un programme de soins dont la poursuite a été jugée nécessaire. Son conseil a relevé l'existence d'erreurs matérielles entachant la décision du juge des libertés et de la détention prononçant la poursuite du programme de soins. Les juges ont reconnu l'erreur dans l'orthographe du nom de l'hébergeant. Sur l'absence de mention de l'adresse du centre hospitalier dans l'ordonnance, les juges ont indiqué que cette précision n'est pas nécessaire dès lors que le centre hospitalier est identifié. Concernant enfin l'erreur alléguée sur le nom du représentant du ministère public, les juges l'ont écarté dans la mesure où il a remis un avis écrit du fait de son absence à l'audience.

Le conseil de la patiente a ensuite soulevé l'irrégularité de la procédure en raison d'une part, de l'absence de mention sur la convocation de la possibilité de consultation du dossier médical et, d'autre part, de l'irrespect des délais d'établissement du certificat médical mensuel. Le premier moyen a été rejeté en raison de la convocation de la patiente à l'audience par courrier remis contre signature, lequel contenait les mentions relatives à la consultation des informations concernant sa santé. Sur le deuxième moyen, les juges ont constaté le non-respect des délais mais l'ont rejeté du fait de l'absence de démonstration d'un grief.

Les juges ont conclu au maintien des soins psychiatriques sans consentement de la patiente du fait de la persistance d'un délire de persécution empêchant la collaboration avec la curatrice et les assistances sociales et d'un refus du traitement.

Un voleur repentant au Carlton

JEAN CAPIEZ
ATER à Aix-Marseille Université
Laboratoire de Théorie du droit, EA892
capiez.jean@gmail.com

Droit civil / Droit des biens / Propriété immobilière / Action en justice / Prescription

CA Aix, chambre 1-1, 21 mars 2023, n° 19/14713 : *Juris-data* n° 004318

Les bijoux (plus d'un million d'euros !) d'un client de l'hôtel disparaissent mystérieusement au cours d'un changement de chambre, réalisé avec l'aide du personnel. Ils réapparaissent, tout aussi mystérieusement, une semaine plus tard dans le coffre de la chambre initiale. Les clients sont tout de même indemnisés.

1 – L'habituelle affichette déclinant toute responsabilité de l'hôtel ne fonctionne toujours pas. C'est logique : la responsabilité de l'hôtelier en cas de vol est d'ordre public.

2 – Le fait que les bijoux aient été restitués ne change rien à la constitution du délit de vol, constatée par le juge civil car nécessaire à l'engagement de la responsabilité de l'hôtelier. L'interprétation stricte de sa définition légale l'impose, puisqu'elle vise la « soustraction », sans exiger que celle-ci soit définitive. On se souvient en particulier d'une décision, dont l'intérêt principal était ailleurs, qui affirmait que des documents pouvaient être volés pendant le temps nécessaire à leur reproduction¹.

3 – Si la restitution n'exclut en rien le vol, elle exclut logiquement tout préjudice matériel. Les clients reçoivent en revanche 12 000 euros au titre de leur préjudice moral, tenant à la dramatique impossibilité de porter les bijoux lors du Festival de Cannes, à la conviction temporaire d'avoir définitivement perdu les bijoux, et à la pénibilité du dépôt de plainte. On ignore le poids de chacun de ces éléments dans le montant finalement retenu. Il serait même possible qu'ils aient juste servi à viser un poste indemnisable, sans déterminer sa valeur.

Je me demande si la Cour n'a pas tout simplement opéré le calcul à partir du prix des bijoux, puisqu'elle a accordé très exactement 1% de ce montant². Cette hypothèse serait difficile à vérifier, car il ne doit pas exister beaucoup de cas similaires : la valeur des bijoux était colossale (plus d'un million d'euros), et ils ont été restitués, de sorte que le préjudice moral n'a été que temporaire. Je doute donc que ce rapport de proportion, à le supposer ici pertinent, puisse s'appliquer ailleurs.

L'action en restitution des fruits perçus par le possesseur de l'immeuble d'autrui

Droit civil / Droit des biens / Propriété immobilière / Action en justice / Prescription
Possession de l'immeuble d'autrui / Action en restitution des fruits / Action réelle immobilière /
Prescription trentenaire / Action prescrite (non) / Restitution (non) / Possesseur de bonne foi

THIBAUT DANIZER
Docteur en droit
dantzerthibaut@gmail.com

CA Aix, chambre 1-5, 19 janvier 2023, n° 19-13.322, *Juris-data* n° 004615

Président : M.-F. Brengard
Conseillers : H. Giami, L. Vignon

L'action en restitution des fruits perçus par le possesseur de l'immeuble d'autrui fondée sur l'article 549 du Code civil est une action réelle immobilière qui se prescrit par trente ans.

1- En 1999, le syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier Étoile Mermoz loue à la société Decaux publicité extérieure un espace de mur sur lequel il lui est permis d'installer et d'exploiter un panneau publicitaire. En 2015, le contrat de location est résilié et en 2016, la SCI Villa Lily assigne le syndicat des copropriétaires en restitution des loyers perçus, évalués à 65 416, 18 euros. Elle apporte au soutien de sa prétention qu'elle est le propriétaire du mur donné à bail à la société Decaux publicité extérieure et qu'elle a donc droit, par accession, aux fruits perçus par le syndicat des copropriétaires, conformément à l'article 549 du Code civil.

2- L'affaire est portée à l'attention de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence (CA) qui donne partiellement raison à la SCI. D'un côté, elle retient que l'action en restitution des fruits est recevable car elle se prescrit par « trente ans » étant « fondée sur la propriété immobilière par accession et qui porte donc sur un droit réel immobilier ». D'un autre côté, la CA considère qu'aucune restitution ne peut être accordée sur ce fondement car le possesseur est de bonne foi.

3- Cette solution est intéressante car elle a mérite de se positionner pour la première fois sur la nature de l'action en restitution des fruits perçus par le possesseur de l'immeuble d'autrui. Toutefois, ce mérite doit être relativisé car la justification avancée par les juges aixois ne paraît pas mener, en droit commun, à leur conclusion. En effet, nous pensons que l'action en restitution des fruits perçus par le possesseur de l'immeuble d'autrui est une action en revendication imprescriptible car elle est fondée sur le droit de propriété de la SCI sur l'immeuble litigieux. Pour cause, le droit d'accession évoqué par les juges du fond au soutien de leur position n'est pas, en l'espèce, un droit distinct du droit de propriété de la SCI.

4- Le « droit d'accession » du propriétaire, tel que visé par les juges aixois et évoqué à l'article 546 du Code civil, n'est pas un droit autonome, distinct du droit de propriété. Il s'agit du *fructus* du droit de propriété. Cette conclusion s'impose au regard de sa définition qui est : « *le pouvoir de faire siens les fruits du bien* ». Dès lors, compte tenu de cette relation hiérarchique entre le droit d'accession et le droit de propriété, similaire à celle des poupées russes, nous pensons qu'il ne peut pas être considéré que le fondement de l'action de la SCI est un droit réel immobilier autonome. Il s'agit, ni plus ni moins, du droit de propriété lui-même pris dans l'une de ses composantes. En conséquence, il convient de retenir que l'action en restitution engagée par la SCI est une action en revendication imprescriptible.

5- Ce changement de nature de l'action est particulièrement important en pratique car il influence le régime juridique de l'action. En matière immobilière, l'action prescriptible par trente devient imprescriptible et en matière mobilière, l'action prescriptible par cinq ans devient imprescriptible.

Notifications des conclusions et communication simultanée des pièces en cause d'appel : temps utile et ordonnance de clôture

Notification des conclusions et communication simultanée des pièces en cause d'appel / Article 906 du code de procédure civile / Absence de sanction prévue par le texte (oui) / Office du juge / Devoir du juge de veiller au bon déroulement de l'instance / Contrôle de la communication « en temps utile » des pièces en cause d'appel / Respect des droits de la défense / Principe du contradictoire / Ordonnance de clôture / Recevabilité des pièces communiquées après la notification des conclusions mais avant l'ordonnance de clôture (oui) / Violation du contradictoire (non).

MAXIME SCHEFFER
ATER à Aix-Marseille Université,
Faculté de Droit et sciences politiques,
Laboratoire de Droit privé et de Sciences criminelles, EA 4690,
maxime.scheffer@univ-amu.fr

CA Aix, 1ère et 9e ch. réunies, 3 mars 2022, n° 20/10235 : *Juris-data*
n° 006945

Tel que modifié par le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, l'article 906 du Code de procédure civile prévoit que les conclusions sont notifiées et les pièces communiquées simultanément par l'avocat de chacune des parties à celui de l'autre partie. Certes, aucune sanction n'est prévue par le texte en cas de notification des conclusions et communication non simultanée des pièces qui figurent dans le bordereau. Cependant, comme le rappelait récemment la deuxième chambre civile de la Cour de Cassation, « le juge est toutefois tenu de rechercher si ces pièces ont été communiquées en temps utile » (Cass. 2e civ., 19 mai 2022, n° 21-14.616, Publié au Bulletin). C'est ce que fait la Cour d'appel, ici. Il est vrai que les pièces n'ont pas été communiquées au moment de la

notification des conclusions. Mais l'ayant été avant l'ordonnance de clôture, elles n'en demeurent pas moins recevables. C'est donc l'ordonnance de clôture qui permet de déterminer la communication des pièces en temps utile et non pas les délais pour conclure. Une solution qui vaut tant pour l'appelant que l'intimé.

Observations : 1- Alors que s'ouvrent les révisions estivales de l'examen du CRFPA – où, quoique plus courte que les autres, l'épreuve de procédure civile ne doit pas être négligée –, qu'il soit permis de traiter, dans ce numéro du Bulletin d'Aix, la question de la notification des conclusions et de la communication simultanée des pièces en cause d'appel. Certes, il n'est pas impossible que la thématique lasse certains avocats aixois, et l'on songe spécialement aux spécialistes de la procédure d'appel qui officient dans les anciens cabinets d'avoués. La plupart n'apprendront rien, ici, qu'ils ne savent déjà. Pour autant et, sans doute parce qu'il a été «assez mal rédigé», l'article 906 du Code de procédure civile continue de nourrir un bon nombre d'incidents et rejoint, ainsi, les fameux chausse-trapes de la procédure d'appel. Un récent arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de Cassation, qui plus est, publié au Bulletin, en témoigne. L'arrêt d'appel à l'étude mérite d'être lu à la lumière de celui-ci.

2- Chacun sait que la forme des conclusions d'appel est strictement réglementée par le Code de procédure civile. Écritures qualificatives – et récapitulatives – obligent, elles doivent bien-sûr formuler (faut-il ajouter «expressément»?) les prétentions des parties et les moyens de fait et de droit sur lesquels elles sont fondées ; une obligation réglementaire qui n'est que l'expression d'un devoir déontologique élémentaire de l'avocat. Elles doivent aussi indiquer, pour chaque prétention, les pièces invoquées et leur numérotation. De sorte que, pour le bon ordre, un bordereau récapitulatif des pièces doit être annexé aux conclusions. Voici les formes prescrites par l'article 954, alinéa 1er, du Code de procédure civile. Qu'il s'agisse des conclusions de l'appelant ou de l'intimé. Le principe du contradictoire s'applique à l'attaque comme à la défense.

3- L'article 906 du même code ajoute la précision suivante : «Les conclusions sont notifiées et les pièces communiquées simultanément par l'avocat de chacune des parties à celui de l'autre partie ; en cas de pluralité de demandeurs ou de défendeurs, elles doivent l'être à tous les avocats constitués. Copie des conclusions est remise au greffe avec la justification de leur notification.

Les pièces communiquées et déposées au soutien de conclusions irrecevables sont elles-mêmes irrecevables ». Les pièces visées dans le bordereau annexé aux conclusions doivent donc être communiquées dans le trait de temps de leur notification. Pour autant, l'article 906 du Code de procédure civile ne dit rien de

la sanction de cette obligation procédurale. Ce qui est relativement étonnant en cause d'appel où les irrecevabilités, caducité, etc., sont nombreuses.

4- Dans le silence de la loi, lato sensu, il arrive que l'irrecevabilité des pièces communiquées après la notification des conclusions soit soulevée, selon les cas, par l'avocat de l'appelant ou l'avocat de l'intimé. Tel était le cas, en l'espèce. Les conclusions de l'appelant avaient été notifiées le 28 décembre 2020 sans que, toutefois, la communication des pièces visées dans le bordereau ne soit faite spontanément. Après quelques péripéties – très classiques – dans le déroulement de l'instance (première fixation, renvoi, report de la clôture de l'instruction, etc.), l'appelant avait fini par s'y soumettre, les 10 et 12 novembre 2021. Les pièces étaient-elles irrecevables ?

5- « Non » dit la Cour d'appel. « Il n'y a pas lieu de les écarter des débats dès lors qu'elles ont été communiquées en première instance et, pour les plus récentes, avant l'ordonnance de clôture et qu'il ressort des dernières écritures [de l'adversaire] qu'il a pu en prendre connaissance, les discuter et y répondre ». Voilà quelque chose d'assez évident. Cependant, la pratique de l'appel cherche à créer une sanction, ici, en tout cas lorsqu'elle lui profite. Mais, hors le cas où les pièces sont communiquées après l'ordonnance de clôture – ce qui peut justifier un rabat plutôt qu'une fin de non-recevoir –, cette défense assez peu confraternelle devrait ne jamais être accueillie. Pourquoi ? Sans doute parce que le contradictoire n'est pas violé. Mais aussi et, peut-être même surtout, parce qu'il en va du bien jugé. Que peut faire le juge sans les pièces visées dans le bordereau annexé aux conclusions qui, elles, pour rappel, sont recevables ? Il devra logiquement rejeter les prétentions qu'elles contiennent. *Idem est non esse aut non probari*. Ce débouté automatique est-il souhaitable ? Nous ne le croyons pas tant que le contradictoire et, partant, les droits de la défense, n'ont pas été violés.

6- Par ailleurs, la logique de gestion des flux² – qui peut conduire à prononcer les sanctions les plus sévères pour purger le rôle du tribunal – n'a aucune prise en la matière. Pour le juge gestionnaire, prononcer l'irrecevabilité des pièces communiquées après la notification des conclusions n'est d'aucune utilité, lorsqu'il s'agit de réduire le stock des affaires pendantes devant la juridiction saisie du litige. En faisant preuve d'un peu de cynisme, si un président de chambre peut trouver quelques intérêts à prononcer d'office la caducité d'une déclaration d'appel, pour défaut de justification du paiement du timbre fiscal – parce que ce sera toujours une affaire de moins à traiter –, tel n'est pas le cas de l'irrecevabilité des pièces de l'appelant ou de l'intimé. Dès lors, les pièces communiquées tardivement du point de vue des délais pour conclure, mais « en temps utile » du point de vue de l'ordonnance de clôture, restent recevables et méritent, ainsi et, toujours, un sérieux examen de la part du juge.

Procédure civile

Zoom sur... la réforme de la procédure d'appel

MAXIME SCHEFFER
Docteur en Droit à Aix-Marseille Université,
Faculté de Droit et sciences politiques,
Laboratoire de Droit privé et de Sciences criminelles, EA 4690,
maxime.scheffer@univ-amu.fr

Réforme de la procédure d'appel / Décret du 29 décembre 2023 portant simplification de la procédure d'appel en matière civile / Simplification ou complexification de la procédure d'appel ?

Décret n° 2023-1391 du 29 décembre 2023 portant simplification de la procédure d'appel en matière civile

Le décret du 29 décembre 2023 propose, selon l'intitulé que lui a donné la Chancellerie, une « simplification » de la procédure d'appel en matière civile. Comme souvent lorsqu'une réforme de la procédure civile est entreprise, la question se pose de savoir si les bonnes intentions du législateur se réaliseront en pratique. À cet égard, si le décret à l'étude comporte des éléments de simplification incontestables, tels que la suppression des renvois à la procédure suivie devant le tribunal judiciaire, l'augmentation des délais pour conclure dans le cadre de la procédure ordinaire avec représentation obligatoire à bref délai, etc., la clarification de la forme du dispositif de la déclaration et des conclusions d'appel masque des éléments de complexification, sources d'augmentation des charges procédurales pesant sur l'appelant. Dans le prolongement de notre « Zoom sur... la réforme de la procédure civile » paru dans le numéro 2020-1 du Bulletin d'Aix après la publication au Journal Officiel de l'important décret du 11 décembre 2019, voici donc notre « Zoom sur... la réforme de la procédure d'appel ».

Note : 1- On se souvient qu'en partenariat avec l'École des Avocats du Sud-Est, le Laboratoire de Droit privé et de sciences criminelles de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille Université avait organisé et tenu à l'Hôtel de Maliverny, le 20 janvier 2020, un atelier intitulé : « *Les procédures civiles après le 1^{er} janvier 2020 : rupture ou continuité ?* ». Au cœur de ces échanges entre praticiens et universitaires était, bien sûr, le décret du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile¹. En complément de l'atelier, nous proposons quant à nous, déjà au sein des colonnes du *Bulletin d'Aix*, un commentaire des points clés de la réforme, tels que la simplification des modes de saisine (assignation et requête

¹ Décr. n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 ; *JORF*, n° 0288 du 12 décembre 2019.

seulement), le préalable obligatoire amiable devant le tribunal judiciaire à peine d'irrecevabilité susceptible d'être relevée d'office par le juge¹, l'extension de la représentation obligatoire par avocat, le règlement interne des questions de compétence², l'augmentation des pouvoirs du JME, la procédure participative de mise en état et l'exécution provisoire de droit³. Naturellement, le nouveau « Noël du procédurier » (pour reprendre l'expression consacrée par la doctrine⁴) que constitue le décret du 29 décembre 2023 portant simplification de la procédure d'appel en matière civile⁵, nous invite à remettre, ici, l'ouvrage sur le métier.

2- On le fera cependant plus modestement que la première fois, deux arguments pouvant être avancés à l'appui de ce choix. En premier lieu, on peut souligner que le nombre d'articles que comporte le décret du 29 décembre 2023 (dix-sept au total) n'a rien de comparable avec celui du 11 décembre 2019 (cinquante-sept). En second lieu et, peut-être même surtout, le décret à l'étude ne propose pas vraiment une réforme mais plutôt, selon l'intitulé qui est le sien, une « simplification » de la procédure d'appel en matière civile. Certes, nul n'est dupe. Ce n'est pas parce que la Chancellerie annonce une simplification de la procédure civile qu'en pratique, simplification il y aura. Parfois, c'est d'ailleurs tout le contraire qui se produit, à savoir la complexification de la procédure civile, le plus souvent par l'augmentation des charges processuelles pesant sur les parties à l'instance. Le nouveau décret s'inscrit-il dans ce genre de perspective que d'aucuns qualifieraient peut-être d'orwellien (« *novlangue* » oblige) ? On verra qu'en effet, s'il y a dans le décret, une part non négligeable de simplification (I), les éléments de complexification de la procédure d'appel ne sont pas en reste (II).

¹ C. pr. civ., art. 750-1. *Adde*, pour ce qui est de nos observations sur l'annulation par le Conseil d'État de l'article 750-1 : « Le (faux) flou de l'annulation de l'article 750-1 du Code de procédure civile », *LEDIU.*, novembre 2022, n° DIU201d9, obs. ss. CE., 6e-5e ch. réunies, 22 septembre 2022, nos 436939 et 437002 et, toujours de nous, « Retour de l'article 750-1 devant le tribunal judiciaire », *LEDIU.*, juin 2023, n° DIU201r2, obs. ss. Décr. n° 2023-357, 11 mai 2023 ; *JORF.*, n° 0110 du 12 mai 2023.

² C. pr. civ., art. 82-1.

³ M. SCHEFFER, « Zoom sur... la réforme de la procédure civile » in *Bull. d'Aix*, 2020-1, janvier-avril 2020, pp. 43-82.

⁴ V., pour la première utilisation de l'expression : P. Bertin, *Le Grand Noël du procédurier : commentaires des innovations du nouveau Code de procédure civile à l'usage du praticien du tribunal de grande instance*, *Gaz. Pal.*, 1976, I et, pour l'utilisation la plus récente de l'expression, L. Cadiet, « Du petit Noël du procédurier aux étrennes du ministre », *Procédures*, février 2023, repère 2, p. 52. *Adde*, C. Bléry, « Cru 2018 : un petit Noël du procédurier », *D. actu.*, 8 janvier 2019.

⁵ Décr. n° 2023-1391 du 29 décembre 2023 portant simplification de la procédure d'appel en matière civile.

I- Simplification

3- Parmi les éléments de simplification du décret du 29 décembre 2023, il est bien entendu possible d'évoquer le clair découpage que le décret opère au sein de la procédure ordinaire avec représentation obligatoire entre, d'une part, la procédure à bref délai et, d'autre part, la procédure avec désignation d'un CME. Aussi est-il possible d'évoquer d'autres aspects, tels que la suppression du critère d'indivisibilité de l'objet du litige qui était, il faut bien l'admettre, jusqu'ici, plutôt source de complication qu'autre chose. Et, partant de cette idée que la simplification de la procédure civile peut dépendre de l'introduction d'une dose de managérialisation, c'est-à-dire d'un développement des processus, nous pourrions même ranger parmi les nouveautés simplificatrices : l'invitation systématique à conclure une convention de procédure participative aux fins de mise en état. Pour autant, nous insisterons seulement dans les développements qui suivent sur l'effet simplificateur de la suppression des renvois à la procédure suivie devant le tribunal judiciaire (A) et l'allongement de certains délais (B).

A- La suppression des renvois à la procédure TJ

4- L'un des intérêts majeurs du décret est d'avoir supprimé les multiples renvois aux dispositions applicables à la procédure suivie devant le tribunal judiciaire. Selon la notice qui l'accompagne, le décret réalise ainsi « l'autonomisation des dispositions relatives à la procédure d'appel ». C'est *a priori* heureux. Comme a pu l'écrire sur le réseau social « X » (ex « Twitter ») le Professeur Jérémie Jourdan-Marques, « *autant il est normal (bien que pas toujours très pratique) que les règles communes à toutes les juridictions s'appliquent à l'appel, autant il était inapproprié que les règles applicables au TJ s'appliquent à la CA* »¹. Cependant, il faut immédiatement souligner avec cette doctrine qu'en l'état, le CME perd son pouvoir de statuer sur toutes les fins de non-recevoir possibles et imaginables dans la mesure où il tenait ce pouvoir d'un renvoi de l'article 907 à l'article 789, al. 1^{er}, 6^o. Pour connaître les pouvoirs désormais spécifiques du CME, il faudra consulter l'article 913-5 du code de procédure civile. Ce texte en donne, en effet, une liste limitative : pouvoir de prononcer la caducité de l'appel ou de le déclarer irrecevable, pouvoir de déclarer les conclusions irrecevables en application des articles 909 et 910, pouvoir de déclarer les actes de procédure irrecevables en application de l'article 930-1 (remise par voie électronique des actes de procédure), etc.

¹ <https://twitter.com/JeremyJourdanM/status/1742229642885394900>.

B- L'allongement de certains délais

5- Si l'allongement des délais pour conclure est un signe du « *choc de simplification* » alors, ici aussi, simplification de la procédure d'appel en matière civile il y a. Certes, le décret n'allonge pas les délais pour conclure dans le cadre de la procédure avec désignation du CME. Mais de toute façon, si la Chancellerie a pu l'envisager un temps¹, c'était, semble-t-il, moins par mansuétude pour le justiciable et les avocats en prise directe avec les redoutables « *chausse-trappes* » des délais Magendie que par souci de mieux partager la responsabilité des longs délais de traitement du contentieux en cause d'appel². Ce tour de passe-passe avait ému les praticiens, le plus souvent, il est vrai, spécialistes de l'appel³. La Chancellerie s'est heureusement ravisée pour n'augmenter que les délais pour conclure dans le cadre de la procédure à bref délai – avec un délai de signification de la DA passant de dix jours à vingt jours⁴ et un délai pour conclure d'un à deux mois⁵ –, et pour conférer au juge compétent le pouvoir d'augmenter les délais pour conclure, que ce soit dans le cadre de cette procédure ou dans le cadre d'une procédure avec désignation d'un CME. Il faudra cependant veiller demain à ce que l'augmentation des délais pour conclure ne soit pas décidée par le juge en considération des seules contraintes du calendrier de la juridiction. Pour le dire autrement et, plus concrètement, il ne faudrait tout de même pas que le juge soit contraint de prolonger d'office et systématiquement le délai réglementaire de neuf mois prévu pour le dépôt des trois premiers jeux de conclusion à quatorze mois, en raison de l'impossibilité dans laquelle il se trouverait de rendre une décision dans les dix mois du fait d'un volume trop important de dossiers à traiter par la juridiction.

II- Complexification

6- S'il est permis de dire que le décret du 29 décembre 2023 complexifie la procédure d'appel, c'est parce qu'il augmente les charges procédurales pesant sur les parties à l'instance et, plus particulièrement, les charges de l'appelant. Cela

¹ Le projet de réforme envisageait de porter le délai de dépôt des trois premiers jeux de conclusions de neuf à quatorze mois !

² Les derniers chiffres clés de la justice le confirment : https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/2023-10/Chiffres_Cle%CC%81s_2023_En_ligne_0.pdf.

³ Voy., par. ex., le message suivant de M^e Ch. Simon sur LinkedIn : <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:7132625852462166016/>.

⁴ C. pr. civ., art. 906-1, al. 1er.

⁵ C. pr. civ., art. 906-2.

se mesure en effet aux formes que doivent désormais prendre les dispositifs de la déclaration (A) et des conclusions d'appel (B)¹.

A- Une nouvelle formalité dans le dispositif de la DA

7- Pour rappel, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation n'exigeait pas que la DA comporte la mention de son objet, à savoir que l'appelant sollicite expressément « l'infirmité ou l'annulation du jugement »². Nous l'avions d'ailleurs rappelé à l'occasion d'un commentaire d'arrêt rendu le 11 mai 2023 par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence³. L'objet de l'appel ne devait être précisé que dans le dispositif de ses conclusions. Si, par négligence, il ne le faisait pas, il résultait de la jurisprudence de la Cour de cassation que les juges du fond n'avaient pas d'autres choix que de confirmer le jugement attaqué. Une sanction sévère dont nul n'ignore plus aujourd'hui l'origine, à savoir un arrêt de la deuxième chambre civile du 17 septembre 2020 et qui, en cela, proposait, de l'aveu même de la Cour de cassation, une nouvelle interprétation des articles 542 et 954 du code de procédure civile⁴. Cette sanction, un second arrêt, rendu un an après le premier⁵, tenta certes de la tempérer avec l'alternative de la caducité de la DA relevée d'office par le juge. Pour des raisons que nous avons déjà exposées dans une contribution parue dans un numéro de *La Semaine Juridique*⁶, la tentative devait rester vaine. Le décret à l'étude a-t-il trouvé la solution dans l'harmonisation du formalisme de la DA et des conclusions d'appel⁷ ? Car en effet, il résulte désormais de l'article 901, al. 1^{er}, 6^o, nouveau, du code de procédure civile que la

¹ On rappellera ici au lecteur que le décret à l'étude entrera en vigueur le 1^{er} septembre 2024.

² Cass. 2e civ., 25 mai 2023, n° 21-15.842, *Publié au Bulletin*. V., pour une « interview » sur cette décision : M. Barba et R. Laffly, « Objet de l'appel : pas de sujet ? », *D. actu*, 26 juin 2023.

³ CA Aix, 1ère et 9e ch. réunies, 11 mai 2023, n° 22/09486 : *Juris-data* n° 2023-008684.

⁴ Cass., 2e civ., 17 septembre 2020, n° 18-23.626, *Publié au Bulletin* : *Juris-data* n° 2020-013427.

⁵ Cass., 2e civ., 30 septembre 2021, n° 20-15.674, *Inédit* : *Juris-data* n° 2021-015535.

⁶ M. Scheffer, « Dispositif des conclusions d'appel : application en région d'une nouvelle politique jurisprudentielle », *JCP G*, n° 39, 2 octobre 2023, act. 1108, obs. ss., CA Aix, 1ère et 9e ch. réunies, 6 juillet 2023, n° 21/10620 : *Juris-data* n° 2023-012482.

⁷ Voy., déjà de notre part sur ce point : « Défaut de demande d'infirmité/annulation dans le dispositif des conclusions d'appel. Petit essai de comparaison avec la forme de la déclaration d'appel », publication au *Bull. d'Aix*, version numérique précédente.

DA doit faire mention de « *l'objet de l'appel en ce qu'il tend à l'infirmité ou l'annulation du jugement* ». Il y a là un bris de jurisprudence qui ne se fait pas nécessairement en faveur de l'appelant car, *in fine*, l'alignement des régimes se fait par une charge procédurale de plus dont la sanction n'est pas douteuse : la confirmation du jugement dont appel ! Et l'on veillera de ne pas solliciter « *l'infirmité ou l'annulation du jugement* » en laissant ainsi au juge d'appel le soin de faire le tri. Car, comme le précise là encore sur « X » le Professeur Jérémie-Jourdan-Marques¹, en procédant de la sorte, le « *job* » n'est pas fait, puisqu'on ne précise pas l'objet de l'appel. Autrement-dit, il faudra examiner attentivement le dossier et décider si l'on sollicite, soit l'infirmité, soit l'annulation. Voici au prix de quoi s'opère donc la simplification de la procédure d'appel en matière civile. . . au prix d'une charge de plus.

B- Une nouvelle formalité dans le dispositif des conclusions d'appel

8- Charge de plus il y a aussi désormais dans le dispositif des conclusions d'appel. On vient de voir que la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation invite à fortement les ciseler. Il faudrait être à l'avenir d'autant plus minutieux dans le travail de rédaction des conclusions d'appel que l'article 954, al. 2, nouveau, exige qu'elles mentionnent « *les chefs du dispositif du jugement* » (nouvelle formule) critiqués. La sanction de cette nouvelle formalité n'est certes pas précisée. Mais il n'est pas impossible d'imaginer qu'elle puisse être la suivante : l'obligation pour les juges d'appel de ne pas statuer sur les chefs du dispositif du jugement critiqués dans le dispositif de la DA mais non plus dans le dispositif des conclusions d'appel. Cela ferait un peu penser à la sanction de ces moyens non repris dans les conclusions récapitulatives. On peut surtout invoquer à l'appui de cette sanction l'article 915-2 nouveau, lequel prévoit désormais la faculté pour l'appelant principal de « *compléter, retrancher ou rectifier, dans le dispositif de ses premières conclusions [...], les chefs du dispositif du jugement critiqués* ». Cette nouveauté participe sans aucun doute d'un mouvement de simplification de la procédure d'appel mais s'accompagne immédiatement d'un élément de complexification, puisqu'en contrepartie, « *la cour d'appel est saisie des chefs du dispositif ainsi déterminés* »². Si l'appelant a oublié dans le dispositif de ses conclusions d'appel un chef du dispositif du jugement qu'il critiquait expressément dans le dispositif de la DA, n'est-ce pas plutôt parce qu'il a fait le choix de le retrancher ? La

¹ <https://twitter.com/JeremyJourdanM/status/1742229701819617404>.

² Nous soulignons.

jurisprudence de demain se dirigera peut-être vers une présomption de retranchement. Il faudra espérer qu'elle ne soit pas irréfragable.

Procédure civile / Honoraires de l'avocat

L'irrecevabilité du recours formé contre l'ordonnance de taxe ne dispense pas l'avocat de la faire rendre exécutoire

JEAN CAPIEZ
ATER à Aix-Marseille Université
Laboratoire de Théorie du droit, EA892
capiez.jean@gmail.com

Procédure civile / Honoraires de l'avocat / Ordonnance de taxe du bâtonnier / Irrecevabilité du recours / Titre exécutoire (non) / Besoin de solliciter le Président du tribunal judiciaire

CA Aix, 5 avril 2022, n° 21/12944

L'irrecevabilité du recours formé contre l'ordonnance de taxe du bâtonnier laisse l'avocat sans titre exécutoire. Il peut alors toujours saisir le tribunal judiciaire pour y remédier, ce que les textes ne permettent pourtant pas. Il fallait l'y autoriser, pour combler une faille qui aurait permis aux clients de ne jamais payer leur avocat.

Observations : Le bâtonnier qui se prononce sur les honoraires dus à un avocat rend une ordonnance non-exécutoire. Pour qu'elle le devienne, l'intervention d'un véritable juge est nécessaire. Lequel ?

Deux cas faciles sont envisageables, car un texte y répond¹. Si personne ne conteste l'ordonnance, il faut saisir le président du tribunal judiciaire, qui la rendra exécutoire. Si l'une des parties la conteste, elle doit saisir premier président de la Cour d'appel. Ce dernier ne la rend alors pas exécutoire, mais produit une nouvelle décision exécutoire en elle-même.

Mais voilà un cas difficile, auquel le texte ne répond pas : que se passe-t-il lorsque, dans la deuxième hypothèse, le premier président de la Cour d'appel se limite à déclarer le recours irrecevable ?

Il est délicat d'y voir une décision exécutoire, puisque le juge ne s'est pas prononcé au fond sur le montant des honoraires, pas plus qu'il n'a confirmé la

¹ Décr. n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, art. 178 : « Lorsque la décision prise par le bâtonnier n'a pas été déferée au premier président de la cour d'appel (...), elle peut être rendue exécutoire par ordonnance du président du tribunal judiciaire à la requête, soit de l'avocat, soit de la partie ».

décision du bâtonnier¹. Les juges aixois retenaient pourtant l'inverse en 2016, au motif que le texte applicable donne force exécutoire sans distinguer entre l'irrecevabilité et la recevabilité² (ce qui est inexact, on le verra). Notre arrêt rejette cette analyse, s'alignant ainsi sur une récente décision de la Cour de cassation³.

L'avocat n'est donc muni d'aucun titre exécutoire. Reste qu'il peut toujours, selon ces deux derniers arrêts, saisir le tribunal judiciaire à cette fin. Selon nous, c'est ici que se trouve le vrai problème.

En effet, le texte applicable dispose que le tribunal judiciaire peut intervenir « lorsque la décision prise par le bâtonnier n'a pas été déférée » à la Cour d'appel. *A contrario*, il ne le peut donc pas en cas de recours. Et, puisque le texte ne distingue pas entre la recevabilité et l'irrecevabilité du recours, le tribunal judiciaire ne devrait jamais pouvoir être saisi après la Cour d'appel.

L'erreur de l'arrêt de 2016, qui utilisait cet argument, était de faire comme si le texte tranchait le caractère exécutoire de la décision de la Cour d'appel, alors qu'il ne traite que des cas dans lesquels le tribunal judiciaire peut être saisi, ce qui est différent.

L'impossibilité de saisir le tribunal judiciaire conduirait toutefois à des conséquences dramatiques pour les avocats, ce qui peut expliquer la contrariété de la décision avec les textes. Le mauvais payeur n'aurait qu'à organiser son irrecevabilité devant la Cour d'appel, par exemple en formant un recours volontairement tardif⁴. L'avocat ne disposerait alors d'aucun titre exécutoire, et ne pourrait en obtenir aucun : il ne pourrait jamais se faire payer. Pour refuser que l'irrecevabilité devant la Cour d'appel confère un titre exécutoire, il fallait permettre d'en obtenir un au tribunal judiciaire.

¹ La Cour d'appel ne peut dire le recours irrecevable puis confirmer la décision. Il faut en passer par le tribunal judiciaire (Cass. 1ère civ., 13 octobre 1999, n° 96-22.883, *Bull.* 1999, 271. 177).

² CA Aix, 24 novembre 2016, 4e ch. A, n° 16/02975.

³ Cass. 2e civ. 27 mai 2021, n° 17-11.220 : *Juris-data* n° 2021-007868 ; *JCP G*, 2021. 35. 862, note H. Herman – *Procédures* 2021. 7. 187, obs. Y. Strickler – *D. actu.* 7 juin 2021, obs. J.-D. Pellier – *Rev. prat. rec.* 2021. 6, chron. O. Cousin ; *RTD civ.* 2021. 704, obs. N. Cayrol.

⁴ Décr. n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, art. 176 : « La décision du bâtonnier est susceptible de recours devant le premier président de la cour d'appel (...). Le délai de recours est d'un mois ».

L'avocat dispose de l'éternité pour faire rendre exécutoire l'ordonnance de taxe du bâtonnier

JEAN CAPIEZ
ATER à Aix-Marseille Université
Laboratoire de Théorie du droit, EA892
capiez.jean@gmail.com

Procédure civile / Honoraires de l'avocat / Ordonnance de taxe du bâtonnier / Procédure pour faire rendre exécutoire / Délai pour saisir le Président du tribunal judiciaire / Imprescriptibilité

CA Aix, ch. 1-1, 6 décembre 2022, n° 22/08261 : *Juris-data* n° 020955

Président : O. Brue
Avocat : P.-Y. Imperatore

L'arrêt accorde l'éternité à l'avocat pour demander au président du tribunal judiciaire que l'ordonnance de taxe du bâtonnier soit rendue exécutoire. La solution comme sa justification sont problématiques.

Observations. Il est rare que les décisions sur les honoraires des avocats soient intellectuellement stimulantes (financièrement, elles le sont un peu plus souvent : 600 000 euros ici). Voilà pourtant un arrêt marquant sur le sujet.

Pour le comprendre, rappelons que le bâtonnier peut être saisi en cas de conflit d'honoraires entre l'avocat et son client. L'ordonnance qu'il rend n'a pas force exécutoire. Elle ne peut en bénéficier que par l'intervention d'un "vrai" juge. Il s'agit du président du tribunal judiciaire, si aucun recours n'a été formé contre l'ordonnance, ou si le recours devant le premier président de la Cour d'appel a été déclaré irrecevable.

Sous quel délai faut-il saisir le président du tribunal judiciaire ? L'arrêt opte pour l'imprescriptibilité. Les justifications qu'il propose à cette solution indignent méthodologiquement mais plaisent techniquement.

Méthodologiquement, il est rappelé que le spécial déroge au général. Or, la procédure d'« *exécutoirisation* » (on utilisera désormais ce mot) est spéciale. Il ne faudrait donc pas lui appliquer les délais de droit commun. Et puisqu'aucun délai spécial n'a été prévu, il n'y a pas lieu d'appliquer quelque délai que ce soit. Ce raisonnement ne convainc pas du tout.

On concèdera que, dans la « *bulle* » du spécial, il était possible de faire parler le silence sur les délais. Puisque ce qui n'est pas interdit est permis, il n'y a, à *æ stude*, aucune raison d'interdire la demande passé un certain temps.

Reste que, pour déroger au commun, il ne suffit pas que le spécial se taise. La dérogation doit être expresse. La fonction complétive et subsidiaire du droit

commun l'impose. L'article 1105 du Code civil en fournit un exemple typique¹. L'oublier impliquerait de refuser d'appliquer le dol à la vente au motif que le chapitre sur la vente n'en parle pas, ce qui n'est pas moins sérieux que de refuser d'appliquer les délais de droit commun dans le silence des textes spéciaux. Cette forme de raisonnement a déjà été dénoncée par Atias².

Techniquement, la référence au lien entre action et prescription convainc davantage. L'idée est que la prescription frappe l'action (1), que n'incarne aucunement la demande d'exécutoirisation (2). Elle ne saurait donc être frappée par la prescription.

1) *La prescription ne frapperait que les actions*. Cela rappelle l'interrogation classique : la prescription éteint-elle l'action (conception processualiste) ou le droit au fond (conception substantialiste) ? Personne n'a décisivement tranché cet insoluble problème, sur lequel on se gardera de prendre position.

2) *L'exécutoirisation n'incarnerait aucune action*. Les juges l'expliquent par la définition légale de l'action³, qui vise le droit d'être entendu sur le « fond » de la prétention, pour que le juge la dise « bien ou mal fondée »⁴. Cette profondeur contraste avec les limites de la procédure d'exécutoirisation, dans laquelle le juge ne contrôle que la « légalité objective de la demande ».

Ce caractère non-substantiel expliquerait ainsi l'« *aprescriptibilité* » : le délai n'est pas infini (imprescriptibilité), il est juste impensable. C'est cohérent avec le régime appliqué à la requête en rectification d'erreur matérielle, elle aussi superficielle donc éternelle⁵. On aurait plus simplement pu raisonner par analogie avec l'exequatur, comme les moyens s'y risquaient, d'autant plus que la

¹ « Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales [...]. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de **ces** règles particulières », *i.e.* celles qui sont établies dans les dispositions explicites propres à chaque espèce de contrat.

² C. Atias, « La chose dans le contrat : un bien en général ou des biens spéciaux », in *La relativité du contrat*, 1999, colloque Nantes, LGDJ, p. 67 s., spéc. p. 80 : « Parce qu'une loi spéciale régit tel domaine, les principes du Code civil s'en trouvent bannis par définition » (défavorable à ce raisonnement *a contrario* déplacé).

³ Les motifs visent de la « demande », mais je suppose qu'il s'agit d'une confusion, puisque l'article auquel il est renvoyé vise bien l'action, dont il était question dans la phrase qui précède celle-ci.

⁴ CPC, art. 30.

⁵ Cass. 2e civ., 7 juin 2018, n° 16-28.539, *D. actu.* 4 juillet 2018, obs. M. Khebir (la Cour de cassation utilise le seul terme de requête, celui d'action étant seulement utilisé par la Cour d'appel).

Cour de cassation a depuis admis son imprescriptibilité, sans toutefois nier qu'il s'agit bel et bien d'une action¹.

Et ensuite ? Procéduralement, la faculté de demander l'exécutoirisation de l'ordonnance du bâtonnier n'est donc pas prescrite. Mais substantiellement, la créance d'honoraires pourrait bien l'être. Est-ce un obstacle que le client pourra faire valoir devant le JEX² ?

Ce dernier ne peut remettre en cause le dispositif de la décision fondant l'exécution forcée³. Il y en a deux, ce qui est inhabituel : l'ordonnance du bâtonnier, qui s'est prononcé au fond, et celle du vrai juge qui l'a rendue exécutoire⁴.

Le JEX peut néanmoins les contredire en se fondant sur la survenance d'un événement postérieur⁵. Or, la prescription en question survient après l'ordonnance du bâtonnier, mais avant l'exécutoirisation. Retenir la prescription est donc autorisé à l'égard de la première, mais interdit à l'égard de la seconde, car elle l'a refusée. Par conséquent, il faudra attendre une nouvelle prescription, dix ans après l'exécutoirisation⁶, alors même qu'elle a déjà pu intervenir avant.

Ne fallait-il donc pas, en amont, refuser de rendre exécutoire l'ordonnance du bâtonnier, non pour la prescription procédurale précédemment rejetée, mais pour prescription substantielle de la créance ? En le refusant, au motif que l'ordonnance est devenue irrévocable, les juges admettent l'immortalité des droits constatés par une décision non-exécutoire.

Les décisions exécutoires se prescrivent pourtant par dix ans⁷. Il faudrait donc, à plus forte raison, soumettre le non-exécutoire à un délai. Pourquoi pas

¹ Cass. 1ère civ., 11 janvier 2023, n° 21-21.168, *D. actu.* 25 janvier 2023, obs. F. Mélin – CA Paris, ch. 3-5, 8 novembre 2022, n° 22/11395.

² Celui-ci peut en effet statuer sur le fond de la contestation (CPCE, art. L. 213-6).

³ CPCE, art. R. 121-1.

⁴ La procédure d'exécutoirisation est à distinguer du recours contre l'ordonnance du bâtonnier devant le premier président de la Cour d'appel. En cas de recours, seule la décision du premier président fondera ensuite les poursuites, puisqu'elle se substituera à celle de bâtonnier.

⁵ Cass. 2e civ., 8 décembre 2022, n° 20-20.233.

⁶ L'arrêt considère que le délai décennal de l'article L. 111-4 du CPCE court à compter de la décision rendant exécutoire l'ordonnance du bâtonnier, et non à partir de l'ordonnance du bâtonnier qui a été rendue exécutoire. Cela semble cohérent, puisque l'idée est que le délai doit courir à compter du moment où l'exécution forcée peut être poursuivie, ce qui n'est pas le cas au stade de l'ordonnance du bâtonnier.

⁷ CPCE, art. L. 111-4 (sauf si l'action en recouvrement de la créance constatée se prescrit par un délai plus long).

celui de droit commun ? Encore faudrait-il que le silence des textes spéciaux n'y déroge pas !

Procédure civile / Délais

Tentative de distinction malheureuse de la différence de nature entre prescription extinctive et forclusion à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence

EMMANUEL SEBASTIANI
Doctorant contractuel à Aix-Marseille Université, Faculté de droit et science politique,
Laboratoire de Théorie du Droit, LTD UR 892
emmanuel.sebastiani@univ-amu.fr

Contrats spéciaux / Vente / Nature des délais / Critère de distinction / Prescription (oui) / Forclusion (non) / Distinction / Délai / Action en garantie des vices cachés

CA Aix, ch. 1-1, 2 mai 2023, n° 22/10044 : *Juris-data* n° 007292

Président : O. Brue
Avocats : Me P. Monnet, Me J. Michel

Par cet arrêt audacieux du 2 mai 2023, la cour d'appel d'Aix-en-Provence précise que le délai de l'action en garantie des vices cachés mentionné au premier alinéa de l'article 1648 du Code civil est un délai de prescription. Ce faisant elle propose une méthode de distinction entre prescription et forclusion.

Observation : 1- Cet arrêt précise la nature du délai de l'action en garantie des vices cachés mentionnée au premier alinéa de l'article 1648 du Code civil. En effet, si le deuxième alinéa de cet article précise expressément que l'action doit être introduite « à peine de forclusion », le législateur est resté silencieux en ce qui concerne le premier alinéa : « L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice ». Dans cet arrêt, les juges aixois proposent une justification différente, mais probablement plus convaincante, à une récente solution de la Cour de cassation¹ qui a suscité l'intérêt de la doctrine.

2- Dans l'affaire soumise aux magistrats aixois, une propriété comprenant villa et piscine avait été vendue en 2014. L'acquéreur, constatant plusieurs infiltrations a assigné le vendeur afin que soit ordonnée une expertise *in futurum*.

¹ Cass. ch. mixte, 21 juillet 2023, n° 21-15.809.

Pensant que l'expertise avait suspendu le délai de prescription de l'article 1648, le propriétaire a assigné le vendeur en 2020. Le juge de la mise en état du tribunal a déclaré l'action irrecevable au motif que le délai biennal de l'action en garantie des vices cachés était écoulé. Le délai du premier alinéa de l'article 1648 doit être, selon les juges dracénois, qualifié de forclusion. Le législateur ayant été silencieux il revenait aux juges d'en déterminer la nature.

3- Pour répondre à cette question, la cour d'appel d'Aix-en-Provence interprète le silence de l'alinéa 1 en comparaison à la qualification explicite de forclusion issue de l'alinéa 2. Elle adopte alors un raisonnement *a contrario*¹ bien particulier en qualifiant de prescription le délai issu de l'alinéa 1 et choisit l'option la plus douce dans le silence du texte. Elle affirme que la forclusion doit être écartée en raison de la « *sévérité de son régime* ». Ce raisonnement surprenant révèle que la cour aixoise isolant le premier alinéa du second, les autonomise l'un de l'autre et distingue la nature de l'un en comparaison à l'autre. Considérés comme autonomes l'un de l'autre elle choisit de combler le silence du texte par le concept ayant le régime le plus doux. De cette manière elle conceptualise la forclusion comme une exception à la prescription en raison de sa sévérité. Lui ayant donné le statut d'exception elle réserve à la forclusion une interprétation stricte en raison de son caractère dérogoire. Ce raisonnement ne relève pas alors de l'état du droit tel que l'a agencé le législateur mais d'une administration du droit par le juge : d'un choix de politique juridique².

4- Cette décision aixoise peut être comparée à l'arrêt de la Cour de cassation du 21 juillet 2023³, qui retient la même conclusion mais la justifie plutôt par la volonté du législateur et va aboutir au même constat : le délai d'action en garantie des vices cachés inscrit au premier alinéa de l'article 1648 est un délai de prescription. La différence entre ces justifications qui pourtant aboutissent au même résultat nous renseigne utilement sur la différence de nature entre prescription et forclusion. Cette distinction semble en définitive reposer bel et bien sur la sévérité de la forclusion et donne des éléments de réflexion sur l'office du juge davantage justificatif qu'interprétatif.

¹ Notons ici que la qualification « *a contrario* » est sans doute galvaudée quant à la nature du raisonnement des magistrats d'Aix mais elle nous semble la plus à même de représenter l'opposition qu'elle fait entre le premier et le second alinéa.

² Nous choisissons de définir la notion de politique juridique en reprenant les mots de Frédéric Rouvière : « *La politique juridique est une façon de gouverner le droit de l'intérieur en aménageant un équilibre entre les arguments respectant la supériorité de la lettre sur l'esprit et les arguments laissant une place à l'esprit* » in *Argumentation juridique*, 2023, Paris, PUF, p. 288, n° 291.

³ Cass. ch. mixte, 21 juillet 2023, *préc.*

5- Rappelons avant toute chose que l'enjeu de la détermination de la nature du délai de l'article 1648 alinéa 1 est d'en fixer le régime¹. En effet l'article 2220 du Code civil énonce que la forclusion n'est pas, sauf dispositions contraires, régie par le titre XX relatif à la prescription, dont fait partie l'article 2239 du Code civil prévoyant que la prescription est suspendue lorsque le juge ordonne une demande d'instruction. Ainsi, ce type de suspension ne s'applique pas à la forclusion puisqu'aucune dérogation n'est faite dans cet article à son profit. La doctrine a pu s'interroger quant à savoir si cette absence de suspension, particulièrement stricte à l'égard de celui qui la réclame n'était pas un oubli du législateur lors de la réforme de 2008. Le professeur Malinvaud allait même jusqu'à postuler qu'il s'agissait d'une erreur matérielle du législateur qui serait palliée par le juge, ce dernier devant « [faire] le nécessaire pour réparer cette omission »². Cette prémonition s'est avérée erronée puisque c'est la solution inverse qui semble avoir été retenue par la Cour de cassation qui, depuis 2015³, juge que la suspension prévue par l'article 2239 du Code civil ne s'applique pas aux délais de forclusion. Le juge a donc suivi strictement la règle posée par l'article 2220 du Code civil, renforçant la sévérité du régime de la forclusion.

6- Au-delà de la question de la nature du délai énoncé à l'article 1648 alinéa 1 du Code civil, c'est celle de la distinction générale entre délai de prescription extinctive et délai de forclusion que les juges et la doctrine éprouvent la plus grande difficulté à trancher, et à laquelle le législateur n'a, depuis la réforme du 17 juin 2008⁴ apporté aucune solution.

Nous ne nous attarderons pas sur les diverses théories qui ont pu être échafaudées pour justifier d'une différence de nature entre ces deux notions. Nous nous contenterons de rappeler qu'il avait été envisagé de distinguer les

¹ J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, p. 258.

² P. Malinvaud, « Les difficultés d'application des règles nouvelles relatives à la suspension et à l'interruption des délais », *RD imm.*, 2010, p. 105.

³ Cass. 3e civ., 3 juin 2015, n° 14-15.796.

⁴ Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

deux notions sur le fondement d'une différence de durée¹ ; de terminologie² ; de fonction³ ou d'objet⁴. Ces distinctions ont toutes été jugées dans les travaux préparatoires de l'arrêt du 21 juillet 2023⁵ comme « *ne permettant pas, dans le silence de la loi, de qualifier un délai* »⁶. À l'image de la doctrine, la jurisprudence de la Cour de cassation est éparpillée sur le sujet. Dans un arrêt de 2021 la première chambre civile a affirmé que « *le délai de deux ans prévu par l'article 1648 du code civil constituait un délai de prescription* »⁷ et quelques mois plus tard la troisième chambre optait pour la solution inverse : « *le délai de deux ans (...) prévu par l'article 1648 du code civil, est un délai de forclusion* »⁸. Le brouillard était alors d'autant plus dense que les magistrats se sont passés, dans ces deux arrêts, de préciser la raison de leur divergence⁹. Dans l'arrêt comparé¹⁰ à celui de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, les magistrats ont opté pour plus de pédagogie, après avoir rappelé la divergence de position entre la première et la troisième chambre civile, elle affirme que « *les exigences de la sécurité juridique imposent de retenir une solution unique* »¹¹.

7- Face à la confusion régnant en doctrine et en jurisprudence, et en l'absence de volonté politique de faire cesser ce trouble il appartenait au juge d'utiliser son

¹ Le délai de prescription serait alors plus long que celui de forclusion. La conseillère Mme Fontaine mentionne plusieurs exemples de prescriptions courtes et de forclusions longues pour justifier de l'exclusion du critère de la durée pour discriminer entre les deux types de délais, v. rapport de la conseillère sur le pourvoi de l'arrêt de chambre mixte du 21 juillet 2023 (21.15-809), pp. 15-17.

² C. Brenner, « Définitions, notions voisines et principes de la réforme du 17 juin 2008 », *Droit et procédures – EJT*, 2012, p. 61 : « *Il n'est pratiquement aucun signe objectif qui permette de classer [le délai non qualifié par le législateur] à coup sûr dans la catégorie des délais de prescription ou bien de forclusion* ».

³ La prescription aurait une fonction probatoire tandis que « le délai de forclusion est animé par l'idée de sanctionner un comportement peu diligent » selon le Professeur Frédéric Rouvière, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », *LPA* n° 152, n° 7, p. 7 et s.

⁴ Le délai de prescription concernerait le droit en son entier (thèse substantialiste) alors que la forclusion seulement l'action en justice (thèse processualiste). En ce sens : M. Vasseur, « Délais préfix, délais de prescription, délai de procédure », *RTD civ.*, 1950, p. 439. *Contra* : X. Lagarde, « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008 », *RD*, 2018, p. 469.

⁵ Cass. ch. mixte, 21 juillet 2023, *préc.*

⁶ Rapport de la conseillère Fontaine *op. cit.*, p. 14.

⁷ Cass. 1ère civ., 20 octobre 2021, n° 20.15-070.

⁸ Cass. 3e civ., 5 janvier 2022, n° 20.22-670.

⁹ En ce sens : G. Leroy, « Divergence de jurisprudence relative à la nature du délai de l'action en garantie des vices cachés : forclusion ou prescription ? », *Gaz. Pal.*, 1er mars 2022, spec. n° 3, p. 24.

¹⁰ Cass. ch. mixte, 21 juillet 2023, *préc.*

¹¹ *Ibid.*, n° 14.

pouvoir créateur¹ *praeter legem* en venant combler la lacune résultant du silence de l'alinéa 1^{er} de l'article 1648 du Code civil.

Pour ce faire la cour d'appel d'Aix-en-Provence a rejoint une analyse du Professeur Nicolas Balat qui, pour arriver à cette solution unique, propose de changer de paradigme et de ne pas considérer qu'il s'agit d'une différence de nature mais d'une différence de degré, la forclusion étant « *plus sévère* » que la prescription². Il tire de cette affirmation un adage créé pour l'occasion « *pas de forclusion sans texte* »³ et ainsi traite la forclusion comme un délai d'exception dont l'application ne se justifierait que si le législateur l'a expressément inscrite dans l'article appliqué. Donc, il convenait de qualifier de prescription le délai inscrit au premier alinéa de l'article 1648. Ce principe était resté au rang de proposition doctrinale *de lege ferenda*⁴, mais la cour d'appel d'Aix a audacieusement tenté de l'intégrer à sa jurisprudence en affirmant dans l'arrêt commenté que : « *compte tenu des enjeux attachés à cette qualification, la forclusion doit être qualifiée explicitement, étant relevée la sévérité de son régime (...)* Il doit être jugé que le délai prévu aux dispositions de l'article 1648 du code civil alinéa 1^{er} est un délai de prescription »⁵. C'est donc la sévérité du régime de la forclusion qui justifiait la faveur accordée à la prescription dans le silence du texte. Cet arrêt pouvait alors s'analyser comme une tentative de systématisation des délais de prescription et de forclusion qui pouvait s'étendre au Code civil dans son entièreté.

8- Bien que la Cour de cassation réunie en chambre mixte⁶ ait abouti – dans l'affaire comparée – au même résultat, la justification adoptée en raison de sa différence a tué dans l'œuf toute vocation de généralisation de ce principe. Elle affirme : « *Dans le silence du texte, il convient de rechercher la volonté du législateur* »⁷. La

¹ En ce sens P. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi » in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 604.

² N. Balat, « Forclusion et prescription », *RTD civ.*, 2016, p. 751 et s, spéc. n° 17 et 18, *Contra* : F. Rouvière, « Prescription et forclusion : différence de nature ou de degré », *RTD civ.*, 2017, p. 529.

³ N. Balat, « Forclusion et prescription », *op. cit.*, n° 19.

⁴ On distingue ici nettement le rôle qui revient à la doctrine qui doit systématiser le droit *de lege lata* de celui du juge, parfois créateur v. en ce sens la critique de F. Rouvière qui affirme « *avant de réformer, il faut d'abord interpréter les textes de la façon la plus charitable possible, c'est-à-dire avec un maximum de rationalité (...)* L'œuvre technique de la doctrine consiste justement à venir compléter l'édifice par une interprétation patiente des arrêts et une fréquentation assidue des concepts. Nous sommes de ceux qui pensons qu'il est plus pertinent de changer notre façon de regarder le droit positif que de réécrire les textes qui lui servent d'appui » in « Prescription et forclusion : différence de nature ou de degré », *op. cit.*

⁵ CA Aix, ch. 1-1, 2 mai 2023, n° 22/10044, *Juris-data* n° 2023-007292.

⁶ Cass. ch. mixte, 21 juillet 2023, *préc.*

⁷ *Ibid.*, §15.

Cour de cassation, contrairement à la cour d'appel d'Aix a refusé l'obstacle et invoqué la volonté du législateur pour donner une solution purement circonstanciée au premier alinéa de l'article 1648 du Code civil. Elle ne propose donc aucun élément de distinction entre la prescription et la forclusion mais affirme que pour cette disposition le législateur a entendu soumettre le délai biennal au régime de la prescription.

Elle note que le rapport au président de la République, le rapport de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale ainsi que le rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat mentionnent un délai de prescription pour l'action en garantie des vices cachés du Code civil¹ et non un délai de forclusion.

9- Quoique l'on pense du recours à la volonté du législateur pour compléter les textes², la Cour restreint ici largement son office en ne fournissant qu'une solution circonscrite au premier alinéa. Contrairement à la cour d'appel d'Aix-en-Provence qui dégagait un véritable principe d'interprétation des silences quant à la nature des délais, la Cour de cassation fonde son raisonnement sur des documents parlementaires n'ayant pas de valeur normative et y assigne un objectif, si ce n'est reconstruit, assez abstrait : « *l'objectif poursuivi par le législateur étant de permettre à tout acheteur, consommateur ou non, de bénéficier d'une réparation en nature, d'une diminution du prix ou de sa restitution lorsque la chose est affectée d'un vice caché* »³ et en tire les conséquences « *l'acheteur doit être en mesure d'agir contre le vendeur dans un délai susceptible d'interruption et de suspension* »⁴.

Elle n'en dégage alors qu'une solution à la portée restreinte, circonstanciée à l'alinéa 1, et renonce à utiliser son pouvoir de politique juridique et ainsi d'œuvrer pour la systématisation de ces notions : au contraire elle choisit le *statu quo* dans le chaos conceptuel relatif à la distinction entre délai de prescription et délai de forclusion.

¹ Cass. ch. mixte, 21 juillet 2023, *préc.*, §13.

² Pour critiquer la reconstruction de la volonté d'une législateur fictif Guillaume Leroy affirme que « *le moins que l'on puisse dire est que l'intention du législateur est reconstruite artificiellement et maladroitement.* » in « Dénouement sur la nature du délai de l'action en garantie des vices cachés », *Gazette du palais*, octobre 2023, p. 19.

³ *Ibid.* §14.

⁴ *Ibid.*

Droit pénal et procédure pénale

La section volontaire du flexible de frein d'un véhicule est insuffisante pour caractériser une intention homicide

JULIE FIGUIERE-CROUZET
Doctorante en droit pénal et sciences criminelles
Laboratoire de Droit privé et de sciences criminelles (EA4690)
Faculté de droit et de sciences politiques, Aix-Marseille Université

Qualification pénale / Commencement d'exécution / Tentative d'assassinat / Dégradation de bien / Dommages graves

CA Aix, ch. 5-3, 29 avril 2021, *Juris-data* n° 024383

Président : F. Castoldi
Avocat : Me J. Meterier

Le prévenu qui sectionne les câbles de frein du véhicule de sa conjointe n'est coupable que de destruction volontaire d'un bien et non pas de tentative d'assassinat au sens de l'article 121-5 du Code pénal en l'absence d'éléments suffisants pour caractériser l'intention homicide.

Observations : 1- L'opération de qualification pénale des faits correspond à la « détermination de l'infraction par rattachement du fait en cause à l'infraction définie par la loi »¹ ; autrement dit, à la « détermination de la nature exacte d'une infraction »². Il est fréquent que celle-ci fasse l'objet de désaccords, notamment lorsqu'un même fait est susceptible de relever de plusieurs qualifications pénales, puisqu'en vertu du principe de légalité, la qualification doit « revêtir les faits comme un gant ; elle ne doit être ni trop large, ni trop étroite »³. En effet, les conséquences pratiques de la qualification démontrent l'importance accrue de cette opération, et la dimension morale de l'infraction, en ce qu'elle est moins préhensible que sa dimension matérielle, peut être délicate à appréhender, en témoigne l'arrêt étudié.

2- L'arrêt rendu par la chambre 5-3 de la cour d'appel d'Aix-en-Provence concerne un individu ayant sectionné le flexible de frein du véhicule de sa

¹ G. Cornu, Association Capitant, *Vocabulaire juridique*, coll. Quadrige, 11^e éd., éd. PUF, 2015, 1101 p., v. Qualification.

² B. Bouloc, *Procédure pénale*, coll. Précis, 28^e éd., éd. Dalloz, 2022, 1266 p., n° 700, p. 640.

³ E. Gallardo-Gonggryp, *La qualification pénale des faits*, préface de P. Bonfils, coll. Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles, éd. PUAM, 2013, 542 p., n° 131, p. 101.

conjointe. Initialement, ces agissements ont fait l'objet de poursuites sous la qualification de tentative d'assassinat, le réquisitoire introductif relevant un commencement d'exécution du fait de la dégradation délibérée des câbles de frein du véhicule utilisé par la victime. En outre, la tentative n'aurait été interrompue, tel que le requiert l'article 121-5 du Code pénal, qu'en raison « *de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur* »¹, la victime étant parvenue à conserver la maîtrise de son véhicule en circulation. Aux termes d'un réquisitoire définitif, le parquet d'Aix-en-Provence a requis une requalification des faits en destruction ou dégradation grave², et le requérant a été renvoyé devant le tribunal correctionnel de ce chef.

3- En vue de retenir une qualification criminelle à l'encontre du conjoint de la victime, il appartenait au juge répressif de caractériser la tentative d'assassinat, laquelle se manifeste par un commencement d'exécution. Si la jurisprudence a longtemps été divisée entre conception objective et subjective de cette notion³, il semblerait que le commencement d'exécution se caractérise désormais par la présence concomitante d'un élément matériel et psychologique, ce dernier correspondant à la volonté de l'agent⁴. Ainsi, s'il n'existe aucune définition légale du commencement d'exécution, la chambre criminelle en a dessiné les contours, précisant qu'il se caractérise par des actes tendant « *directement au délit avec intention de le commettre* »⁵, l'adverbe « *directement* » s'entendant comme ayant « *pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime* »⁶. Or, dans les faits de l'espèce, le mis en cause contestait toute intention criminelle, conduisant ainsi le magistrat instructeur à opter pour une qualification délictuelle, faute d'éléments corroborant le dessein homicide.

4- Manifestement, le seul fait de sectionner les câbles de frein d'un véhicule à deux endroits est insuffisant pour caractériser l'*animus necandi*. Pour autant, le commencement d'exécution a déjà pu être considéré comme étant caractérisé à

¹ C. pén., art. 121-5.

² S'agissant des destructions volontaires, c'est la gravité du dommage qui permet de déterminer la nature de l'infraction. Il s'agira d'un délit en cas de dommage grave, réprimé par l'article 322-1 du Code pénal, d'une contravention en cas de dommage léger, prévue par l'article R.635-1 du Code pénal.

³ B. Bouloc, *Droit pénal général*, 27^e éd., éd. Dalloz, 2021, 821 p., p. 248.

⁴ F. Debove, F. Falletti et I. Pons, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 9^e éd., éd. PUF, 2022, 1247 p., p. 228.

⁵ Cass. crim., 8 novembre 1972, n° 72-91.720.

⁶ Cass. crim., 25 octobre 1962, n° 99-82.512; v. égal. Cass. crim., 18 août 1973, n° 73-90.434.

propos de faits pour le moins équivoques¹. En outre, s'il apparaît que les magistrats se sont ici montrés particulièrement attentifs à la caractérisation du dol spécial, la motivation succincte utilisée à l'appui de la décision peut laisser perplexe. En effet, le magistrat instructeur a retenu que la volonté du mis en examen « *de restaurer sa place auprès de son épouse désireuse de le quitter paraît correspondre à une réalité, certes peu rationnelle mais toutefois très tangible* » pour déduire l'absence d'élément moral. Force est de constater qu'une confusion manifeste a ici été opérée avec la notion de mobile, en principe indifférente à la qualification pénale, et ce même dans l'hypothèse d'un mobile louable². En tout état de cause, s'il est audible que le prévenu souhaitait « *restaurer sa place auprès de son épouse* », le procédé employé l'est moins, et suscite des questionnements quant à l'intention du mis en cause dès lors qu'une dégradation moins hasardeuse pouvait indéniablement lui permettre de parvenir à la même fin.

5- C'est par un raisonnement laconique, proche de la pétition de principe, qui « *consiste à postuler ce qu'on devait précisément prouver, à supposer vrai ce qui, en fait, est en question* »³, que les magistrats ont conclu à l'absence d'intention homicide. S'il n'est plus à démontrer qu'en vertu de l'aphorisme *in dubio pro reo*, le juge fait bénéficier le prévenu du doute à défaut de charges suffisantes⁴, il eut été édifiant d'obtenir de plus amples informations sur le contexte conflictuel entourant la relation entre le prévenu et la victime, laquelle fait état de violences « *essentiellement verbales* », ou encore sur le degré d'endommagement du flexible de frein, pouvant potentiellement fournir davantage d'indications quant à la réelle intention du mis en cause.

¹ Cass. crim., 13 janvier 2021, n° 20-85.791 ; P. Beauvais, « Tentative punissable : l'approche pragmatique et subjective de la Cour de cassation », *RSC*, 2021, p. 607 : l'auteur rappelle que si le mis en cause, qui attendait armé dans son véhicule, a premièrement déclaré être venu pour donner la mort à son associée, il se trouvait dans un état d'ébriété, et a également menacé les policiers de leur jeter une grenade, menace étant totalement imaginaire. En outre, l'attente prolongée dans son véhicule a été interprétée comme une « *volonté inébranlable de passer à l'acte* », mais l'auteur propose une autre interprétation tout aussi plausible. En effet, le fait que le mis en cause n'ait pas cherché de façon active sa victime peut s'analyser comme « *le signe diffus d'une forme d'irrésolution* ».

² A. Dejean de la Bâtie, « Droit pénal et mobiles militants : de l'indifférence à la déférence », *AJP*, 2020, p. 21 ; B. Bouloc, « Élément intentionnel de l'infraction : indifférence du mobile », *RSC*, 1993, p. 311.

³ B. Buffon, *La parole persuasive : théorie et pratique de l'argumentation rhétorique*, coll. L'interrogation philosophique, éd. PUF, 2002, 478 p., p. 281.

⁴ S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, 14^e éd., LexisNexis, 2021, 1567 p., p. 469 ; J. Pradel, *Procédure pénale*, 12^e éd., Cujas, 2004, 947 p., p. 329.

6- De surcroît, cette décision semble n'être qu'une illustration de la pratique de la correctionnalisation, qui, occultant les circonstances matérielles de l'espèce¹, applique une qualification délictuelle à des faits potentiellement constitutifs d'un crime. Si ce choix participe à n'en pas douter du désengorgement des rôles de la cour d'assises², il est envisageable qu'il ait été conditionné au résultat de la section d'un organe essentiel de sécurité, et qu'une autre qualification aurait été privilégiée dans l'hypothèse d'une issue fatale pour la victime.

7- En définitive, le recours à la correctionnalisation dans le cas d'espèce surprend moins que le choix de qualification. En effet, faute de pouvoir poursuivre et condamner un individu sous une autre qualification³, un changement de paradigme s'est imposé aux magistrats, les contraignant ainsi à passer d'une atteinte à l'intégrité physique à une atteinte aux biens. Les faits soumis à l'analyse sont à l'évidence révélateurs d'un vide juridique, le fait de faire intentionnellement encourir un risque de blessures ou de mort ne tombant pas, pour l'heure, sous le coup de la loi pénale.

Droit pénal et procédure pénale / Droit de la sanction pénale / Dispense de peine

Une dispense de peine pour recel de téléphone portable en détention ne peut être accordée tant que des téléphones subsistent en milieu pénitentiaire

JULIE FIGUIERE-CROUZET

Doctorante contractuelle en droit pénal et sciences criminelles

Laboratoire de Droit privé et de sciences criminelles (EA4690)

Faculté de droit et de sciences politiques, Aix-Marseille Université

Conditions d'octroi d'une dispense de peine / Recel de téléphone portable et de carte SIM /
Commission d'une infraction en maison d'arrêt / Destruction du produit de l'infraction

CA Aix, ch. 5-3, 1er juillet 2022, *Juris-data* n° 024424

¹ D. Rebut, « Correctionnalisation. – Quelle place pour les cours d'assises ? », *JCP G*, 6 septembre 2010, n° 36, doct. 887.

² S. Detraz, « Correctionnalisation judiciaire légalisée », *JCP G*, 5 juillet 2010, n° 27, act. 758 ; A. Darsonville, « La légalisation de la correctionnalisation judiciaire », *Droit pénal*, mars 2007, n° 3, étude 4.

³ La tentative de délit doit être spécifiquement prévue par la loi : Crim. 5 juin 1886 : *DP 1888. 1. 47*, ce qui n'est pas le cas des violences.

Président : F. Castoldi
Avocat : Me P. Sollacaro

Le fait que les objets utilisés ayant permis la consommation de l'infraction de recel de téléphone portable et de carte SIM illégalement introduits en maison d'arrêt aient été saisis et détruits ne permet pas de considérer que sont remplies les conditions de réparation du dommage causé et de la fin du trouble occasionné par l'infraction requises par l'article 132-59 du Code pénal, même s'il apparaît que le reclassement du coupable est acquis.

Observations : 1- Manifestation la plus parlante du pouvoir d'individualisation¹ du juge répressif², la dispense de peine, prévue à l'article 132-59 du Code pénal, peut être prononcée depuis une loi du 11 juillet 1975³. Cette exemption judiciaire vient récompenser l'individu condamné qui aurait devancé les objectifs de la peine⁴, plus particulièrement celui de réinsertion⁵. Elle est mise en œuvre de façon exceptionnelle⁶, peut-être parce qu'il s'agit d'une faculté laissée à la libre appréciation des juges du fond lorsque les conditions sont réunies⁷, sûrement également en raison de la subjectivité des conditions requises. En témoigne l'arrêt soumis à l'étude.

2- La chambre 5-3 de la cour d'appel d'Aix-en-Provence a eu l'occasion de s'intéresser à la mesure de dispense de peine, et plus particulièrement aux conditions en permettant le prononcé. Par jugement du 14 décembre 2020, le tribunal correctionnel a déclaré le prévenu coupable de recel de téléphone et de carte SIM, mais l'a dispensé de peine. Le délit avait été commis par l'intéressé au cours de sa détention provisoire, à la suite de sa mise en examen du chef de

¹ Principe théorisé par Raymond Saleilles pour qui le but de la peine « est un but individuel qui doit être atteint par l'emploi d'une politique spéciale appropriée aux circonstances, beaucoup plus que par l'application d'une loi purement abstraite, ignorante des espèces et des cas qui lui seraient soumis », (*L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, éd. Félix Alcan 3^e éd., 1898, p. 13).

² E. Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, coll. Manuel, 2021, 6^e éd, p. 1360, n° 1788.

³ Loi n° 75-624 du 11 juillet 1975 modifiant et complétant certaines dispositions de droit pénal, *JORF* 13 juillet 1975, p. 7219.

⁴ J. Brunie, *Les condamnations symboliques en droit positif français*, éd. Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2020, p. 232, n° 304.

⁵ Objectif énoncé par l'article 130-1 2° du Code pénal.

⁶ Pour 516 608 peines et mesures principales prononcées en 2022, 2 611 étaient des dispenses de peines. V. en ce sens les chiffres clés de la Justice, édition 2023, p. 20. <https://www.justice.gouv.fr/chiffres-cles-justice-2023>.

⁷ Cass. crim., 4 avril 2002, n° 01-86.505: « même dans les cas où les conditions de l'article 132-59 du Code pénal sont réunies, l'application de la dispense de peine constitue pour les juges du fond une simple faculté, de l'exercice de laquelle ils ne doivent aucun compte ».

violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Le ministère public a interjeté appel de la décision, sollicitant l'infirmité de la dispense de peine et le prononcé d'une amende de 800 euros. Le 1^{er} juillet 2022, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a infirmé la décision rendue en première instance et condamné le prévenu au paiement d'une amende de 200 euros, lui refusant ainsi le bénéfice de la dispense de peine.

3- Au regard des dispositions de l'article 132-59 du Code pénal, cette mesure « peut être accordée lorsqu'il apparaît que le reclassement du coupable est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé ». Trois conditions cumulatives sont par conséquent requises pour conduire au prononcé d'une dispense de peine : le reclassement du coupable, la réparation du dommage causé par l'infraction et la fin du trouble résultant de celle-ci. La première de ces conditions apparaît incontestablement remplie, tant pour les magistrats du tribunal correctionnel que ceux du second degré. Durant la procédure criminelle d'instruction, laquelle s'est finalement soldée par une décision d'acquiescement, le prévenu déclarait en effet être célibataire, sans enfants, et avait fait les démarches pour le renouvellement de son titre de séjour. En détention, celui-ci a bénéficié du statut d'auxiliaire et a obtenu des diplômes français. Après son incarcération, le prévenu s'est montré désireux de se réinsérer. En effet, sa situation a évolué, ce dont il fait état à l'audience. Il est désormais marié, son épouse attend un enfant, il exerce une activité de technicien en fibre optique en CDI et a également présenté un titre de séjour valable jusqu'en 2031. Cette indéniable progression ne soulève ainsi aucune difficulté pour conclure que le reclassement du coupable est acquis, puisque celui-ci a entrepris les démarches administratives nécessaires pour obtenir sa régularisation. S'il s'agit là d'une condition indispensable, elle n'est toutefois pas suffisante à l'octroi d'une dispense de peine.

4- Le téléphone ainsi que le chargeur découverts lors de la fouille de la cellule individuelle du prévenu ayant été détruits, le tribunal a conclu que le dommage causé par l'infraction et le trouble en résultant avaient pris fin, justifiant alors le prononcé d'une dispense de peine. Telle n'est pourtant pas l'interprétation qu'en fait la cour d'appel, laquelle prend le contrepied de la motivation des magistrats de première instance pour infirmer leur décision. Elle considère ainsi que « le seul fait que les objets utilisés pour commettre l'infraction aient été saisis et détruits et que l'intéressé ait été libéré ne saurait en effet permettre de considérer le dommage causé comme réparé et le trouble en résultant comme cessé ». Cette affirmation emporte difficilement l'adhésion. D'autant plus que la cour l'étaye à l'aide d'un raisonnement qui ne convainc guère davantage. En effet, elle justifie sa décision au motif que les téléphones circulent dans les établissements pénitentiaires, empêchant ainsi de considérer l'infraction en cause comme

«accessoire». Il s'agit même d'un délit dont la commission est à l'origine d'une économie souterraine qui gangrène les lieux de détention.

5- La présence de téléphones en milieu pénitentiaire est une situation «presque banale»¹ puisque le nombre de téléphones portables saisis est en constante augmentation² en dépit de l'interdiction d'utilisation ou de détention de ces objets par le Code pénitentiaire³. C'est manifestement ce qui a conduit les magistrats à refuser d'accorder une dispense de peine au prévenu. Si ce dernier était bel et bien coupable de recel de détention de téléphone portable, il paraît regrettable de lui opposer l'existence de ce phénomène systémique, déjà difficile à endiguer pour les pouvoirs publics⁴. De surcroît, il apparaît que l'usage du téléphone servait principalement à communiquer avec des membres de son entourage, comme en témoigne la découverte d'une feuille manuscrite comportant les numéros de téléphone de sa mère et de son demi-frère. Il semble à ce propos important de souligner le fait que le prévenu était en relation avec ses proches pendant une période de détention provisoire dans le cadre d'une procédure ayant conduit à une décision d'acquittement, alors que celui-ci ne bénéficiait pas de parloir avec sa famille. Cette situation que l'on peut deviner éprouvante pour l'intéressé aurait pu susciter la compréhension des juges d'appel et les inviter à confirmer la décision de première instance, plus particulièrement dans la mesure où les procédures judiciaires à l'encontre de personnes en possession d'un téléphone ne sont pas systématiquement mises en œuvre⁵.

6- Une telle décision soulève une interrogation : un individu coupable de recel de téléphone portable en détention peut-il réellement bénéficier du prononcé d'une dispense de peine ? De toute évidence, non. A en croire le raisonnement de la cour d'appel, tant que les téléphones portables circuleront en nombre dans les lieux de détention, deux des trois conditions permettant de

¹ Crim. 5 juin 2019, n° 18-80.783, *D. actualité*, 1^{er} juillet 2019, obs. M. Recotillet.

² Selon le rapport d'information de l'Assemblée nationale n° 1295 relatif au régime des fouilles en détention, le nombre de téléphones portables saisis est passé de 33 521 en 2016 à 40 067 en 2017 et a connu une multiplication par 6,7 de 2007 à 2016.

https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b1295_rapport-information#_Toc256000025.

³ C. pénit., art. R. 345-11. Le fait de détenir un téléphone portable est une faute disciplinaire du premier degré en vertu de l'article R. 232-4 10° du Code pénitentiaire.

⁴ C. Court, « L'usage du numérique en milieu carcéral », *RSC* 2015, n° 3, p. 701.

⁵ Observatoire international des prisons, *Le guide du prisonnier*, La Découverte, coll. Guides, 2021, p. 399.

prononcer une dispense de peine ne seront pas réunies. Cet arrêt questionne plus largement l'octroi de cette mesure. Devrait-on refuser toute dispense de peine aux conducteurs coupables d'excès de vitesse, au motif que cette infraction est commise par de nombreux usagers de la route¹ ? En l'absence de pourvoi en cassation qui aurait sans doute permis quelques éclaircissements de la part des magistrats du quai de l'Horloge, l'on ne peut que regretter une application aussi sévère des conditions de l'article 132-59 du Code pénal.

¹ Selon le bilan statistique de l'Observatoire National Interministériel de la Sécurité Routière (ONISR), 56% des infractions concernent la vitesse.
<https://www.onisr.securite-routiere.gouv.fr/etat-de-linsecurite-routiere/bilans-annuels-infractions-et-permis-points/bilan-2022-des-infractions-et-du-permis-points#:~:text=L'ONISR%20publie%20en%20octobre,ANTAI%2C%20et%20les%20polices%20municipales.>

ANALYSES SIMPLIFIÉES

Zoom sur quelques arrêts de la CA d'Aix¹

LES MEMBRES AIXOIS DE L'ATELIER REGIONAL DE JURISPRUDENCE DU JURIS-DATA : J. CAPIEZ, T. DANTZER, F. CHARLENT, M. RECOTILLET, M. SCHEFFER, A. SERRANO, I. VIRICEL

Copropriété et abus de majorité

CA Aix, 1ère et 5e ch. réunies, arrêt, 3 février 2022, n° 19/05434,
n° 2021/77, *Juris-data* n° 004494

Désordres dans les parties communes / Assemblée générale des copropriétaires / Reconnaissance de responsabilité d'un copropriétaire / Imputation des charges de remise en état au copropriété / Décision favorisant l'intérêt de la majorité / Non-attribution des charges de remise en état / Décision contraire à l'intérêt du copropriété / Impossibilité de faire valoir ses droits à contester sa responsabilité délictuelle / Abus de majorité(oui).

La majorité des copropriétaires qui juge responsable de la dégradation des parties communes un copropriétaire seul, auquel elle impute les charges de leur remise en état, commet un abus de majorité. Pour cause, la majorité a agi dans son propre intérêt, à savoir « de ne pas supporter le coût de réparations » des parties communes, et a agi au détriment du copropriétaire débiteur des charges de remise en état qui n'est pas en mesure de « faire valoir ses droits à contester sa responsabilité délictuelle », même si la majorité a autorisé le syndic à agir en justice contre ledit copropriétaire. En l'espèce, l'abus de majorité est d'autant plus caractérisé qu'à deux reprises, des décisions judiciaires ont écarté cette responsabilité. En conséquence, le copropriétaire victime de l'abus de majorité est en droit d'obtenir l'annulation de la résolution votée.

¹ Retrouvez l'intégralité des analyses sur <https://www.lexis360.fr/>

Concentration des moyens : le défendeur y est également tenu

CA Aix, 1ère et 9e ch. réunies, 10 février 2022, n° 21/04756 : *Juris-data*
n° 006974

Fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée / Article 122 du code de procédure civile / Principe de concentration des moyens / Application du principe de concentration des moyens au défendeur (oui) / Irrecevabilité des nouveaux moyens de défense (oui) / Contestation du titre exécutoire servant de fondement aux poursuites précédemment rejetées par le JEX/ Irrecevabilité des nouvelles contestations autrement fondées en droit (oui).

À l'instar de celui qui agit en justice, le défendeur est tenu par le principe de concentration des moyens. Ainsi, il doit présenter, dès l'instance relative à la première demande, l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à justifier le rejet total ou partiel des prétentions adverses. En l'espèce, le défendeur a déjà contesté devant le JEX la validité du titre exécutoire servant de fondement aux poursuites et, cela sans succès. Dans cette perspective, il ne peut échapper à la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose précédemment jugée, en soulevant de nouveaux moyens, tels qu'un manquement au droit de la consommation.

Irrecevabilité de la QPC soulevée par l'appelant placé en liquidation judiciaire

CA Aix, 1ère et 9e ch. réunies, 24 février 2022, n° 20/09416 : *Juris-data*
n° 006951

QPC / Article L. 1635 bis P du code général des impôts / Droit de recours effectif à un juge / Irrecevabilité de l'appel pour défaut de justification de paiement du timbre fiscal (oui) / Article 963 du code de procédure civile / Irrecevabilité de la QPC soulevée par l'appelant placé en liquidation judiciaire (oui).

Alors que l'irrecevabilité de l'appel est prononcée d'office par le juge, pour défaut de justification du paiement du timbre fiscal, en application de l'article 963 du code de procédure civile et de l'article L. 1635 bis P du code général des impôts, l'appelant, placé en liquidation judiciaire, ici, forme une QPC. L'article susvisé du code général des impôts porterait atteinte au droit de recours effectif à un juge, en ce qu'il exige de la part d'un justiciable placé en liquidation judiciaire, et donc privé de l'administration et de la disposition de ses biens par l'article L. 622-9 du code de commerce, le paiement d'une taxe fiscale. Mais l'appel étant irrecevable, la QPC l'est aussi.

Hospitalisation sans consentement : maintien de la mesure si le patient présente des troubles nécessitant des soins et une surveillance médicale constante

CA Aix, ord., 8 mars 2022, n° 22/00034, *Juris-data* n° 008969

Hospitalisation sans consentement / Patient présentant des troubles nécessitant des soins et une surveillance médicale constante (oui) / Maintien de la mesure (oui)

L'hospitalisation complète du patient doit être maintenue. Il a été hospitalisé initialement à la suite d'une garde à vue pour des faits de menace de commettre un crime dans un contexte de dissociation psychique et de délire mystique et sexuel. Les conditions fixées par l'article L. 3213-1 du Code de la santé publique demeurent réunies. En effet, si le certificat médical de situation fait état d'une amélioration de l'humeur, d'une diminution de la logorrhée et des éléments mégalomaniacques et d'une adhésion aux soins et aux traitements, il persiste un discours persécutif centré sur le frère, un soignant et un autre patient, l'existence de bizarreries comportementales et d'idées ésotériques.

Domage dans un spa : la victime doit prouver la faute et le lien de causalité imputables à la société exploitante

CA Aix, 1ère et 6e ch. réunies, arrêt, 7 avril 2022, n° 21/07473, n° 2022/153, *Juris-data* n° 008008

Responsabilité civile / Responsabilité contractuelle de l'exploitant de spa / Fait générateur de responsabilité contractuelle / Manquement à l'obligation de sécurité de moyens / Exécution défectueuse de l'obligation contractuelle preuve de l'inexécution contractuelle / Mauvaise qualité des tongs (non) / Pédiluve particulièrement glissant (non) / Absence de rampe de sécurité (non).

Un exploitant de spa, pourvu pour y accéder d'un pédiluve, est tenu en application de l'article 1147 du Code civil, dans sa version applicable à la date de la chute, d'une obligation contractuelle de moyens afin d'assurer la sécurité de ses clients et doit à ce titre prendre toutes les précautions nécessaires pour éviter tout danger possible et prévisible en fonction d'un comportement correspondant à celui d'une personne aux moyens physiques et intellectuels normaux. Il appartient donc à la victime de rapporter la preuve d'un manquement à une obligation de prudence et de diligence commis par la société exploitante et d'un lien de causalité avec le dommage et non pas à l'établissement de démontrer qu'il a rempli toutes les composantes de l'obligation de sécurité de moyens qui lui incombe. Par conséquent, en l'absence de preuve quant à la mauvaise qualité de ces tongs, ou le caractère particulièrement glissant du sol du pédiluve ou encore l'absence de rampe de sécurité, la victime ne peut obtenir d'indemnisation.

Préjudice à la suite de travaux sur les parties communes : contre qui agir ?

CA Aix, 1ère et 2e ch. réunies, arrêt de référé, 19 mai 2022, n° 21/03951, n° 2022/391 : *Juris-data* n° 009030

Copropriété / Travaux sur les parties communes imposés par l'administration / Préjudice subi par un copropriétaire / Désignation du responsable en sa qualité de maître d'ouvrage / Syndicat de copropriétaires(oui) / Commune copropriétaire ayant édicté l'arrêté de péril (non).

Le copropriétaire qui subit un préjudice à la suite de travaux sur les parties communes doit diriger son action contre le syndicat, seul à pouvoir être qualifié de maître d'ouvrage. Cette solution vaut même lorsqu'une commune – également copropriétaire – a édicté l'arrêté de péril à l'origine des travaux, a préfinancé ces derniers, et est désignée comme maître d'ouvrage dans divers documents (factures, procès-verbal d'assemblée générale). Certes, l'entretien d'une telle confusion par la commune soulève la question d'un éventuel excès de pouvoir, qu'il faudrait poser au juge compétent. Mais ces éléments ne changent rien à la partie qu'il convient d'assigner ici. Les demandes de provision et de remise en état dirigées contre la commune se heurtent donc à de trop sérieuses contestations pour être accueillies en référé. Cette erreur ne peut pas être corrigée en demandant que la décision soit rendue « commune et opposable » au syndicat, puisque ce qui importe est de diriger directement l'action principale contre celui-ci.

Action paulienne / prescription / point de départ

Aix, 12 octobre 2023, RG n° 2302948 et RG n° 2301669

L'action paulienne, qui tend à rendre inopposable à un créancier l'acte fait par l'un de ses débiteurs en fraude de ses droits, constitue une action de nature personnelle soumise à la prescription quinquennale de droit commun de l'article 2224 du code civil ; ce délai de prescription court à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer cette action.

Cependant lorsque la fraude du débiteur a empêché le créancier d'exercer son action, le point de départ de celle-ci est reporté au jour où le créancier a effectivement connu l'existence de l'acte fait en fraude de ses droits.

Observations : ces deux arrêts, qui reposent sur la même problématique, s'inscrivent dans la ligne de Cass civ. 3° 8 décembre 2021, pourvoi n° 2018432.

A noter que la cour d'appel a joué ici un rôle régulateur car les deux décisions frappées d'appel, prononcées par les magistrats de la mise en état de deux juridictions distinctes, étaient diamétralement opposées.

Appel-compétence/ banque ayant son siège dans un Etat-membre de l'UE / manquement prétendu de la banque à une obligation de vigilance / Règlement européen du 12 décembre 2012 dit Bruxelles I Bis / consommateur / banque ayant dirigé ses activités vers la France / non / compétence de la juridiction française / non

Aix, 12 octobre 2023, RG n° 2303005

Postes et communications électroniques / indemnité de résiliation / prescription annale / non / nature de l'indemnité de résiliation / clause pénale / non / faculté de dédit / oui

Aix, 5 octobre 2023, RG n° 201685

Observations :

- en ce qui concerne l'exclusion de la courte prescription de l'article L.34-2 du code des postes et communications électroniques, à rapprocher Cass com 29 mars 2023, pourvoi n° 2123104, publié au Bull
- en ce qui concerne la distinction entre clause pénale et indemnité résultant d'une faculté de dédit, à rapprocher, Cass com 10 mars 2021, pourvoi n° 1918091

Cession de créance / Signification au débiteur / formalités de l'article 1690 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 / opposabilité / Identification de la créance / non

Aix, 25 mai 2023, RG n° 1918924

Observations : on sait qu'assouplissant les modalités de la signification d'une cession de créance, la Cour de cassation a admis que la remise au débiteur de conclusions mentionnant une cession de créance et contenant copie de l'acte de cession pouvait équivaloir à une signification de la cession (Cass civ 1^o 1^{er} juin 2022, pourvoi n° 2112276, Bull).

Dans la présente décision, la cour élargit encore ces modalités en admettant que la remise au débiteur d'une assignation mentionnant la cession de créance et comportant, non pas dans le corps même de l'assignation mais au titre des pièces jointes, copie de l'acte de cession, pouvait équivaloir à une signification, rendant opposable cette cession au débiteur.

Encore faut-il que les créances cédées figurant dans l'acte litigieux soient identifiables ce qui faisait défaut en l'espèce.

Appel-compétence / banque ayant son siège dans un Etat membre de l'Union européenne / manquement prétendu à une obligation de vigilance / Règlement européen du 12 décembre 2012 dit Bruxelles I Bis / responsabilité délictuelle / lieu du fait dommageable / compétence de la juridiction française / non

Aix, 15 juin 2023 RG, n° 2213206

Observations : dans cette espèce, la Cour met en oeuvre les critères dégagés par la CJUE et la Cour de cassation(CJUE 16 juin 2016, affaire Universal Music, Cass civ 1° 19 novembre 2014, pourvoi n° 1316689, publié au Bulletin) relatifs à la détermination du lieu du fait dommageable en l'occurrence, elle retient, en l'absence d'autres critères de rattachement, que le lieu où le dommage est survenu n'est pas le lieu où se situe le compte bancaire émetteur des virements litigieux(situé en France) mais celui où l'appropriation induite par le dépositaire des fonds s'est produite, soit en Autriche, lieu où étaient tenus matériellement (par la banque autrichienne dont la responsabilité était recherchée) les comptes de la société dépositaire, auteur des prétendus détournements de fonds.

Réduction supplémentaire de peine

Aix, 21 octobre 2022, n° 22/01061

Au cas d'une condamnation antérieure à la loi du 17 juin 1998, qui édicte l'article 706-47 du code de procédure pénale, elle ne saurait être prise en considération pour l'application de l'article 721-1 avant dernier alinéa du code de procédure pénale.

Retrait de crédit de réduction de peine

Aix, 22 juin 2023, n° 33/00800

L'existence d'un accord informel entre les juges de l'application des peines, le Parquet exécution des peines et l'établissement pénitentiaire, à l'occasion de la mise en œuvre de la réforme issue de la loi du 22 décembre 2021, afin de limiter le nombre de saisines en retrait de crédit de réduction de peine aux seuls incidents les plus graves, ne retire pas au chef d'établissement la

possibilité de saisir le juge aux fins de retrait de crédit de réduction de peine, ni le Ministère public de requérir en commission d'application des peines un tel retrait.

Libération sous contrainte

Aix, 14 avril 2023, n° 23/00486

Infirmer le refus d'accorder une mesure de libération sous contrainte au motif unique que l'intéressé conteste formellement les faits pour lesquels il a été condamné et que cet élément constitue un risque de récidive.

Chambre d'application des peines

1. Règles générales :

1.1 Procédure :

Par application de l'article 712-10 du code de procédure pénale, et dès lors qu'un condamné libre n'a pas de résidence habituelle en France, seul reste compétent le juge de l'application des peines du tribunal judiciaire dans le ressort duquel a son siège la juridiction qui a statué en première instance.

(04 juillet 2023, 23/00661)

Le condamné ayant informé le service pénitentiaire d'insertion et de probation qu'il était placé sous curatelle renforcée, il appartient dès lors au juge de l'application des peines de faire application de l'article 712-16-3 du code de procédure pénale, d'aviser le service chargé de cette mesure de protection de la tenue d'un débat contradictoire et de faire désigner au condamné un avocat.

(07 mars 2023, 22/01656)

Il appartient à la cour de prendre en considération une peine d'emprisonnement mise à exécution après le jugement du juge de l'application des peines pour apprécier la recevabilité de la demande d'aménagement de peine sans que toutefois cette dernière peine d'emprisonnement soit concernée par la mesure d'aménagement de peine décidée par la cour.

(29 novembre 2022, 22/01220)

Il appartient à la cour de constater que son appel sur le retrait de la mesure d'aménagement de peine est devenu sans objet lorsque le condamné, qui a fini de purger les peines d'emprisonnement sur lesquelles portait le régime de l'aménagement de peine qui lui a ensuite été retiré, exécute actuellement une nouvelle peine d'emprisonnement mise à l'écrou après sa déclaration d'appel et dont la cour n'est pas saisie.

(29 novembre 2022, 22/01340)

Si l'article 132-19 du code pénal dispose que la juridiction ne peut prononcer une peine d'emprisonnement ferme d'une durée égale ou inférieure à un mois, aucun texte ne prohibe le prononcé d'une peine d'un mois d'emprisonnement assorti d'un sursis probatoire.

Dès lors, la révocation d'une telle condamnation ne saurait être mise en échec par la prohibition susmentionnée, la décision de révocation d'une peine ne pouvant être assimilée au prononcé d'une peine d'emprisonnement.

(31 janvier 2023, 22/01707)

Des dispositions spéciales ont été prévues notamment aux articles D.49-64 et suivants du code de procédure pénale afin de réglementer la place de la victime ou de la partie civile dans le cadre des procédures post-sentencielles et de prendre en compte ses intérêts conformément au texte de l'article 707 dudit code, ce qui semble exclure le recours à une citation de la partie civile comme témoin.

(03 janvier 2023, 22/01372)

1.2 Aménagement de peine des condamnés libres :

Dans la mesure où des faits ont été commis sous l'empire de la loi ancienne, moins sévère, soit avant le 24 mars 2020, date de l'entrée en application de la loi du 23 mars 2019, et d'autres sous l'empire de la loi nouvelle, plus sévère, qu'il s'agisse d'une infraction continue ou de faits répétés, les nouvelles dispositions de l'article 723-15 du code de procédure pénale ont vocation à s'appliquer et il convient, dans l'intérêt du condamné, de retenir, pour l'ensemble des faits, l'application de la loi la plus douce, c'est-à-dire l'ancienne.

(04 juillet 2023, 23/00676)

La cour a retiré une mesure d'aménagement de peine décidée en son principe par la juridiction de jugement alors que le condamné n'a pas comparu lors du débat contradictoire ni à l'audience de la cour et n'a pas non plus déposé de requête sur le fondement de l'article 723-15 du code de procédure pénale.

(27 juin 2023, 23/00577)

Au regard de la situation actuelle du condamné identique à celle existant au moment de son jugement, il apparaît qu'aucun des critères prévus par l'article 723-7-1 du code de procédure pénale ne peut être retenu en vue du retrait de la mesure de détention à domicile sous surveillance électronique.

(06 juin 2023, 23/00408)

Au cas où un individu a été condamné à une mesure de détention à domicile sous surveillance électronique - peine, la juridiction de l'application des peines n'ordonne pas le retrait de la mesure, mais la mise à exécution de l'emprisonnement pour la durée non exécutée.

(03 janvier 2023, 22/01350)

Par application de l'alinéa 2 de l'article 132-52 du code pénal, lorsque le bénéficiaire du sursis probatoire n'a été accordé que pour une partie de l'emprisonnement, la condamnation est réputée non avenue dans tous ses éléments si la révocation du sursis n'a pas été prononcée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent du même texte.

En l'espèce, la mesure de sursis assorti d'une mise à l'épreuve à laquelle la condamnée était soumise ayant pris fin et aucun incident n'ayant émaillé le déroulement de celle-ci, l'exécution de la partie ferme de l'emprisonnement ne peut plus dès lors être recherchée, même après l'inexécution du travail d'intérêt général ayant été prononcé au titre de la conversion de la partie ferme de la peine.

(03 janvier 2023, 22/1257)

2. Sursis avec mise à l'épreuve / sursis probatoire :

2.1 Contenu des obligations :

Si l'article 132-43 du code pénal prévoit que le délai d'épreuve est suspendu de plein droit en cas d'incarcération du condamné quelle qu'en soit la cause et alors que la loi du 30 juillet 2020 a cependant apporté un correctif à cet article en prévoyant que les interdictions de paraître et d'entrer en relation du sursis probatoire ne cessent pas de s'appliquer au cours de l'incarcération, alors même que le délai de probation est suspendu, il convient avant tout de vérifier la date de commission des faits pour savoir si ces nouvelles dispositions sont susceptibles de s'appliquer en l'espèce.

(04 juillet 2023, 23/00844)

2.2 Notification des obligations :

Le condamné, absent à l'audience de la chambre correctionnelle de la cour d'appel et qui ne s'est vu signifier l'arrêt que six mois plus tard, ne peut se voir reprocher de ne pas avoir respecté les obligations générales et particulières d'une mesure de sursis probatoire, même assortie de l'exécution provisoire, dont il n'a pas eu connaissance, ni par la notification desdites obligations, ni même comme c'est le cas en l'espèce par la signification à sa personne de l'arrêt de condamnation, ce qui ne permet pas de prononcer une quelconque révocation du sursis probatoire.

(04 juillet 2023, 23/00690)

Si le condamné a bien été présent aux débats, ce qui a permis de qualifier le jugement de contradictoire, il était en revanche absent au moment où le délibéré a été rendu, ce qui n'a pas permis la notification des obligations à l'audience.

Dans ces conditions et en l'absence de notification ultérieure, il n'est pas possible de lui reprocher de ne pas avoir respecté lesdites obligations, et notamment les obligations générales de répondre aux convocations du juge de l'application des peines ou du service pénitentiaire d'insertion et de probation et de justifier de tout changement de domicile.

(29 novembre 2022, 22/01228)

3. Libération conditionnelle :

3.1 Prolongation de la libération conditionnelle :

L'article 720 du code de procédure pénale qui prévoit la libération conditionnelle comme modalité de la libération sous contrainte ne renvoie pas aux autres articles dudit code et notamment à l'article 732 permettant de la prolonger pour une durée d'un an au plus.

(05 septembre 2023, 23/00697)

3.3 - bis Libération conditionnelle parentale :

Aucune disposition n'impose que l'autorité parentale soit constituée au jour de la requête et il convient de retenir que dès lors que celle-ci est caractérisée au jour où la juridiction de l'application des peines statue, la demande est recevable.

(14 mars 2023, 23/00041)

3.4 Libération conditionnelle à l'étranger

Accord d'une mesure de libération conditionnelle à un condamné de nationalité roumaine qui sera suivi en Roumanie par application des articles 764-1 et suivants du code de procédure pénale.

(04 juillet 2023, 22/01805)

4. Aménagement de peine des condamnés détenus :

4.2 Suspension médicale de peine

L'état de santé du condamné qui n'est pas compatible avec le maintien en maison d'arrêt permet cependant son maintien pérenne dans une structure hospitalo-pénitentiaire à défaut d'un projet de sortie réaliste et adapté avec son état de santé.

(15 novembre 2022, 22/00914)

4.3 Surveillance judiciaire et suivi post-peine

Un individu relevant des dispositions de l'article 723-29 du code de procédure pénale comme ayant été condamné à une peine d'emprisonnement de 7 ans pour une infraction faisant encourir le suivi socio-judiciaire ne saurait se voir imposer un suivi post-peine, seule une surveillance judiciaire pouvant être envisagée.

(14 mars 2023, 23/00087)

Il est nécessaire de préciser sur quel fondement un suivi post-peine est décidé, étant précisé que les obligations pouvant l'assortir ne seront pas les mêmes selon qu'il est ordonné au titre des dispositions de l'article 721-2-I ou de l'article 721-2-II du code de procédure pénale.

(06 décembre 2022, 22/01346)

CHRONIQUE DES ETUDIANTS DE M2

Droit civil / Droit de la famille / Ordonnance de protection / Loyauté de la preuve

Recevabilité d'une preuve déloyale : le droit à la preuve pour les victimes de violences conjugales

CLEMENTINE FREGOSI

Étudiante en Master II Droit civil et Droit international privé à l'Université Aix-Marseille
fregosi.clementine@gmail.com

Violences conjugales / Ordonnance de protection / Application de l'article 9 du Code de procédure civile (non) / Loyauté de la preuve / Droit à la preuve / Contrôle de proportionnalité

CA Aix, 2-3 chambre, 22 février 2022, n° 2022/100

Président : C. Vindreau

Avocats : Me Aurore B, Me François T

La preuve en droit civil est conditionnée à une exigence de loyauté, au visa de l'article 9 du Code de procédure civile, en tant que principe directeur du procès équitable. La prise en compte progressive de la complexité du rapport de la preuve, dans le cadre de violences conjugales, permet de justifier la production d'une preuve déloyale, dès lors que l'atteinte est nécessaire pour établir la vraisemblance des faits allégués, ainsi que proportionnée compte tenu des intérêts antinomiques en présence.

Observation : 1- Le prononcé d'une ordonnance de protection est soumis à une double condition : que soit rapportée la preuve de la vraisemblance des violences alléguées, d'une part, et du danger auquel est exposée la victime, d'autre part. Si les éléments de preuve ainsi requis sont parfois aisément matérialisables en présence de violences physiques ayant engendré des blessures corporelles, il en va différemment s'agissant des violences occultes, pressions et menaces psychologiques subies dans le cadre intra-familial.

La preuve de tels actes au sein d'un couple est d'autant plus complexe à rapporter que les règles de procédure civile érigent comme principe le respect de la loyauté de la preuve. Or, la particularité de ce type de violences est qu'elles n'ont parfois pour seul témoin que la victime elle-même. Ainsi l'application rigoureuse d'une telle règle, conduit la victime à une double peine, subir les violences et la *probatio diabolica*.

Il revient dès lors aux juges du fond de réaliser un juste arbitrage entre l'application *stricto sensu* des règles de droit civil et procédure civile, protectrices du droit à la vie privée et à un procès équitable, et du droit à la preuve du conjoint victime¹.

2- En l'espèce, une épouse saisit le juge aux affaires familiales de Toulon d'une demande d'ordonnance de protection, se prévalant de violences psychologiques subies de la part de son époux depuis 2015. À l'appui de sa demande est joint un constat d'huissier retranscrivant partiellement une conversation téléphonique prise à l'insu de son mari, le 20 juillet 2020. Par un jugement en date du 5 août 2021, la requérante a été déboutée, au motif que la vraisemblance des faits allégués et la situation de danger dans laquelle elle se trouvait, n'étaient pas établies.

Pour se prononcer ainsi, le juge de première instance a notamment estimé que les éléments soumis à son appréciation révélaient « *un climat conflictuel commun à de nombreux couples avant leur séparation* », et que le seul élément de preuve apporté, un enregistrement téléphonique réalisé « *en fraude* »², à l'insu du conjoint, constituait une preuve déloyale cause de l'irrecevabilité de cette dernière.

L'épouse a interjeté appel de cette décision, se prévalant d'une interprétation trop restrictive de l'article 9 du Code de procédure civile.

Se posait ainsi la question de la recevabilité de la pièce n° 4 qu'elle produisait aux débats, laquelle, bien qu'obtenue selon un procédé déloyal, constituait le seul élément de preuve pouvant attester de la vraisemblance des violences psychologiques au sein du couple.

3- La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a dû chercher un juste équilibre entre les droits fondamentaux et les intérêts antinomiques en présence³, en s'interrogeant sur le caractère proportionné de la possibilité d'outrepasser les

¹ A. Boyard et F. Defferrard, « Pour un « droit à la preuve » en matière d'ordonnance de protection », *D*, 2021, p. 2010.

² A. Boyard « Pour une nécessaire extension du « droit à la preuve » en matière d'ordonnance de protection à l'ensemble des litiges d'ordre familial en présence de violences intrafamiliales », *AJ Famille*, 2023, p. 257.

³ C. Siffrein-Blanc, « Prouver la violence conjugale, le recours possible à la preuve déloyale », *CIRPA-France*, janvier 2023.

exigences inhérentes au principe de loyauté, sur le fondement des articles 6 et 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Dans l'arrêt commenté en date du 22 février 2022, la juridiction aixoise a confirmé le jugement de première instance, aux termes d'une motivation enrichie d'apports pratiques.

En premier lieu, la Cour a reconnu la possibilité de verser aux débats une preuve déloyale, dès lors que sa production est « *indispensable à l'exercice du droit à la preuve* » et que « *l'atteinte [est] proportionnée au but poursuivi* ». Toutefois, une telle souplesse quant à l'application de l'article 9 du Code de procédure civile ne doit pas conduire à méconnaître les droits de la défense, notamment le principe du contradictoire. C'est sur ce fondement que les juges d'appel ont considéré que la retranscription partielle de l'enregistrement ne revêtait pas un caractère proportionné au but poursuivi en l'espèce, dès lors notamment que la Cour n'a pu être en mesure de prendre connaissance de l'intégralité des échanges survenus entre les parties, et que le défendeur n'a pas été mis en mesure d'assurer sa défense.

4- L'exigence de licéité de la preuve¹, dont découle le « *principe de loyauté dans l'administration de la preuve* »², fait l'objet d'une appréciation stricte : dès lors que la preuve est illicite, celle-ci est en principe irrecevable. En ce qui concerne notamment la production d'enregistrement d'une communication téléphonique, pléthore d'arrêts en sont l'illustration³. Toutefois, dans le cadre des violences psychologiques, cette application *stricto sensu* de la règle semble remettre en cause l'efficacité opérationnelle qui devrait résulter de l'ordonnance de protection, dès lors que les victimes risquent de se retrouver dans l'impossibilité d'établir la vraisemblance des violences qu'elles subissent, par-delà les moyens dont elles disposent.

Il en résulte dans certains cas, *summum jus, summa injuria*, une application excessivement rigide du droit, susceptible de conduire dans les faits à une forme de déni de justice⁴.

¹ O. Akyurek, « La consécration du principe de loyauté procédurale, une nouvelle proposition émise dans le rapport sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile », *LPA*, 2018, n° 137, p. 6.

² Cass, ass plénière, 7 janvier 2011, n° 09-14.316, *Bull. civ.*, I.

³ Cass, ass. plénière, 7 janvier 2011, n° 09-14.316, *Bull. civ.*, I : « (...) l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ».

⁴ A. Boyard, « Pour un « droit à la preuve » en matière d'ordonnance de protection », *D*, 2021, p. 2010.

L'arrêt commenté s'inscrit dans la lignée d'autres décisions, rendues notamment par la Cour d'appel de Paris¹ ou le Tribunal Judiciaire de Chartres², aux termes desquelles les magistrats ont manifesté leur volonté de prendre en compte les difficultés inhérentes à l'établissement de la preuve dans le cadre des violences conjugales alléguées.

Néanmoins, à la différence des autres décisions susvisées, les juges aixois évoquent un nouveau fondement à l'appui de leur argument : la notion de « *droit à la preuve* »³, consacrée au visa des articles 6 et 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Un élément de preuve déloyale pourrait dès lors être recevable dans la mesure où la partie requérante démontre son caractère indispensable et proportionné face au but poursuivi. Cela fait écho à l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme qui a déjà inspiré quelques assouplissements dans l'application des règles régissant l'administration de la preuve, devant la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation notamment en matière de secret des correspondances⁴. La recevabilité d'une preuve déloyale reste néanmoins conditionnée à la mise en balance *in concreto*, dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité, des droits fondamentaux en conflit.

5- La première condition posée à la recevabilité d'une telle preuve porte directement sur le fait à établir, l'élément apporté devant être déterminant pour la reconnaissance du fait allégué. En l'espèce, l'enregistrement de la conversation à l'insu de l'époux était présenté comme le seul moyen permettant d'établir la vraisemblance des violences alléguées.

La seconde condition relève d'une véritable mise en balance des intérêts en présence. À cet égard, si le moyen de preuve invoqué porte atteinte au droit à la vie privée, cette atteinte doit être proportionnée au but poursuivi, à savoir la nécessité de permettre l'établissement de la véracité des faits. C'est sur ce point que se concentre l'apport principal de l'arrêt, venant rompre avec le rejet systématique de la preuve illicite, en nuancant une telle application : l'illicéité d'un

¹ CA Paris., 23 mars 2021, RG n° 21/01409.

² TJ Chartres, 6 mai 2022, n° 20/01965, : « *Si les modalités de connaissance des faits par Madame peuvent être en effet considérés comme discutables- celle-ci ayant laissé branché au domicile de Monsieur un babyphone dont elle restait destinataire des enregistrements—il n'en demeure pas moins que Madame a dû déposer plainte pour des faits (...) de violences de Monsieur sur les enfants (...). Cette plainte porte la retranscription de l'enregistrement du babyphone* ».

³ CEDH, 10 octobre 2006, n° 7508/02, L.L. c. France.

⁴ Cass. 1^{ère} civ., 5 avril 2012, n° 11-14.177 : « *la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence* ».

moyen de preuve n'emporte pas nécessairement l'irrecevabilité de celui-ci¹ lorsque la preuve obtenue selon un procédé déloyal est indispensable à l'exercice du droit à la preuve.

6- Si la reconnaissance d'un droit à la preuve pour les victimes de violences conjugales relève d'une évolution dans le cadre du procès civil, il convient de veiller scrupuleusement au respect du principe du contradictoire, et plus généralement des droits de la défense. À la différence de la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt précité, la juridiction aixoise a estimé que la prise en compte de l'enregistrement litigieux était de nature à porter une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux de l'intimé, et qu'il devait être écarté des débats, au motif qu'il ne répondait pas « *au critère du respect de la proportion entre les intérêts antinomiques en présence* ». Elle a notamment relevé que seuls deux extraits « *sélectionnés* » par la requérante étaient retranscrits, de sorte qu'elle ne pouvait connaître la totalité des échanges. Elle a également estimé que la partie défenderesse n'avait pu efficacement se défendre contre une retranscription de quelques secondes sur un échange de plus de 26 minutes. Cela démontre bien la volonté de la juridiction d'appel de ne pas tomber dans une dérive qui conduirait à encourager l'administration de la preuve par la ruse².

7- Il sera précisé que le refus de prendre en considération l'enregistrement obtenu au moyen d'un procédé déloyal n'est pas de nature à faire obstacle à l'évaluation des conditions prévues aux termes de l'article 515-11 du Code civil. La vraisemblance des actes allégués fut ainsi caractérisée en l'espèce, et sanctionnée par le rappel à la loi dont a fait l'objet l'époux. La juridiction aixoise a considéré qu'une telle condition était remplie, « *sans qu'il soit nécessaire d'étudier les autres éléments* ». Concernant la présence d'un danger, la Cour d'appel confirme la décision de première instance en reconnaissant l'insuffisance probatoire des éléments versés au débat. En ce sens, les attestations de suivi de la psychologue de la requérante, font état d'un comportement « *dépressif* » de cette dernière, que les juges attribuent néanmoins « *à l'échec apparent de son mariage* ». De plus, la Cour met en avant l'absence de « *nouveaux comportements harcelants ou insultants* », entre le rejet de la demande en première instance et l'appel. La référence à ce laps de temps écoulé n'est pas anodine, conduisant à apprécier le danger à travers une forme de temporalité. En d'autres termes, le danger n'est caractérisé qu'à partir du moment où il est actuel. Il s'agit ici d'un glissement jurisprudentiel, car la lettre même de l'article 515-11 du Code civil ne fait nullement mention d'une telle caractéristique. Or, là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer. A

¹ G. Loiseau, « La recevabilité de la preuve illicite », *RD*, 2021, p. 117.

² S. Dorol et X. Louise-Alexandrine, « La preuve par ruse », *Lexbase*, 2022.

ce titre le Guide de l'ordonnance de protection¹ rappelle la volonté du législateur d'apprécier cette notion dans un sens large, en ne se limitant pas à la présence d'un danger « *actuel* ». La juridiction aixoise aurait ainsi peut-être pu se limiter au seul manque d'éléments probants pour justifier « *l'absence de mise en danger démontrée* ».

8- Au-delà des conditions requises afin qu'une ordonnance de protection puisse être délivrée, la Cour d'appel semble enfin avoir pris en compte l'absence d'un élément qui jusqu'alors n'était pas requis aux termes de l'article 515-11 du Code civil : « *l'urgence caractérisée* ». L'emploi de la conjonction de coordination « *et* » vient induire une superposition et donc une distinction entre la « *mise en danger démontrée* » et « *l'urgence caractérisée* ».

Est-ce à dire qu'il existerait des violences mettant en danger la victime, sans pour autant caractériser l'urgence ?

Il ne pourrait s'agir en réalité que d'une manière pour les juges aixois de souligner l'absence de danger démontré en l'espèce, en relevant qu'aucun des éléments versés aux débats ne permettait de retenir qu'une urgence était caractérisée.

Droit civil / Droit de la famille / Compétence / Autorité parentale

Insuffisance du danger pour justifier de la compétence du juge des enfants

CAMILLE JAUBERT
Étudiante en Master 2 « Droit civil et Droit international privé » à Aix-Marseille Université
camillejaubert16@gmail.com

Autorité parentale / Droit de visite et d'hébergement des parents divorcés / Décision antérieure du juge aux affaires familiales / Compétence du juge des enfants en l'absence de placement de l'enfant (non) / Revirement jurisprudentiel / Notion d'urgence / Protection de l'enfant

Cass. 1^{ère} civ., 20 octobre 2021, n° 19-26.152, *Juris-data* n° 016675
Sur pourvoi : CA Aix, chambre 2-5 spéciale des mineurs, 30 octobre
2019, n° 19/00248

¹ Ministère de la Justice, Guide pratique de l'ordonnance de protection, 2021, p. 21.

Président : M. Chauvin

Avocats : SCP Waquet, Fardet et Hazan, SCP Richard

Si la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation reconnaissait la compétence du juge des enfants pour statuer sur les droits de visite et d'hébergement des parents antérieurement fixés par le juge aux affaires familiales, dès lors qu'un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour l'enfant était survenu après la première décision rendue, elle exige désormais un placement de l'enfant pour fonder sa compétence.

Observations : 1- Alors qu'il était autrefois possible d'avoir aisément recours au juge des enfants pour modifier les modalités d'exercice de l'autorité parentale préalablement fixées par un juge aux affaires familiales, l'accès à ce juge est désormais limité à des conditions nouvelles, susceptibles de remettre en cause la protection effective de l'enfant.

2- En l'espèce, en prononçant le divorce d'un couple, le juge aux affaires familiales avait fixé la résidence de l'enfant au domicile du père et accordé un droit de visite et d'hébergement à la mère. Le juge des enfants a par la suite ordonné une mesure d'assistance éducative en milieu ouvert au bénéfice de l'enfant, en plaçant ce dernier chez son père et en accordant un droit de visite médiatisé à la mère jusqu'à la prochaine décision du juge aux affaires familiales.

La chambre spéciale des mineurs de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, par un arrêt du 30 octobre 2019, a annulé le jugement rendu par le juge des enfants qui avait ainsi statué sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale des parents, antérieurement fixées par le juge aux affaires familiales. Les juges du fond estimaient alors que confier l'enfant au parent chez lequel la résidence de l'enfant était déjà fixée ne constituait pas un placement. Puisque l'enfant n'avait pas été placé au titre d'une mesure d'assistance éducative dans les conditions légales posées par l'article 375-3 du Code civil, seul le juge aux affaires familiales pouvait selon eux statuer sur le droit de visite et d'hébergement de la mère. Sur le fondement de l'article 375-3 du Code civil, le père forma un pourvoi en cassation en soutenant la compétence du juge des enfants dès lors qu'un danger nouveau est survenu postérieurement à la décision du juge aux affaires familiales. Il argua également du fait que, conformément aux articles 375-2 et 375-3 du Code civil, le juge des enfants peut modifier ces modalités, même s'il décide de confier l'enfant au parent qui a déjà la résidence habituelle.

3- Il revenait ainsi à la Cour de cassation de déterminer si le juge des enfants constatant un danger nouveau pouvait, en plaçant l'enfant chez le parent déjà hébergeant, modifier les droits de visite et d'hébergement fixés en amont par le juge aux affaires familiales. A cette question, la première chambre civile de la Cour de cassation répond par la négative au soutien d'une motivation dite « enrichie ». Par un arrêt du 20 octobre 2021, la Cour rejette le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, au visa des

articles 375-3 et 375-7, al. 4 du Code civil. La Haute juridiction fait ainsi une stricte application de l'article 375-3 du Code civil¹ en précisant que la décision du juge des enfants de confier l'enfant au parent déjà bénéficiaire d'une décision du juge aux affaires familiales fixant la résidence de l'enfant à son domicile, ne correspondait pas à « l'autre parent » tel qu'exigé par la lettre du texte. Elle retient à ce titre, qu'en l'absence de mesure de placement conforme aux dispositions légales ordonnée par le juge des enfants, ce dernier n'avait pas compétence pour statuer exclusivement sur le droit de visite et d'hébergement du parent chez lequel l'enfant ne résidait pas de manière habituelle.

4- Par cet arrêt, le détournement procédural autrefois offert par la jurisprudence même de la Cour a été écarté au profit d'une compétence renforcée du juge aux affaires familiales². L'« *instrumentalisation* »³ du juge des enfants avait été rendue possible par l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation⁴ qui reconnaissait la compétence du juge des enfants pour statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, fondée sur la seule survenance d'un danger nouveau par rapport à la décision antérieurement rendue par le juge aux affaires familiales. Sur ce fondement, les justiciables insatisfaits de la décision rendue par le juge aux affaires familiales pouvaient saisir le juge des enfants afin de modifier les mesures antérieurement prises et obtenir une solution pouvant leur être plus favorable. Ainsi, un père pouvait obtenir du juge des enfants une décision lui permettant d'exercer son droit de visite et d'hébergement hors la présence de la mère, alors que le juge aux affaires familiales avait conditionné l'exercice de ce droit à la présence effective de cette dernière. Pour saisir le juge des enfants, il lui suffisait d'invoquer que l'équilibre de l'enfant était menacé par le caractère excessif des liens qui l'unissent à sa mère⁵. La notion de danger se révélant « *suffisamment large* »⁶, et en ne faisant pas du placement de l'enfant une condition nécessaire à la compétence du juge des enfants, la jurisprudence avait offert aux justiciables la possibilité de contourner aisément la procédure. C'est parce que les juges du fond avaient fait front contre cette jurisprudence et en constatant elle-même les dérives procédurales engendrées par celle-ci, que la Cour de cassation y a mis fin. Pour intervenir en matière de droit de visite des

¹ A. Gouttenoire, « La compétence du juge des enfants limitée par la Cour de cassation », *Lexbase Hebdo édition privée* n° 884, novembre 2021.

² V. Égéa, « Revirement de jurisprudence – clap de fin pour les stratégies procédurales de contournement du JAF ! », *Rev. dr. de la famille*, janvier 2022.

³ Cass. 1ère civ., 20 octobre 2021, n° 19-26.152, *Bull. civ.* I, n° 10.

⁴ Cass. 1ère civ., 26 janvier 1994, n° 91.05-083, *Bull. civ.*, I, n° 32 ; Cass. 1ère civ., 10 juillet 1996, n° 95-05.027, *Bull. civ.*, I, n° 313.

⁵ Cass. 1ère civ., 26 janvier 1994, n° 91.05-083, *Bull. civ.*, I, n° 32.

⁶ V. Égéa, « Revirement de jurisprudence – clap de fin pour les stratégies procédurales de contournement du JAF ! », *art. cit.*

parents, le juge des enfants devra donc constater un danger survenu après la décision du juge aux affaires familiales et modifier le lieu de vie de l'enfant, en ordonnant son placement au titre de l'article 375-3 du Code civil. La solution exige de surcroît une modification réelle de l'hébergement de l'enfant¹, puisque le juge des enfants ne devra pas le confier au parent disposant déjà d'une décision du juge aux affaires familiales fixant la résidence à son domicile.

5- Le juge des enfants a désormais en matière civile une compétence limitée aux mesures d'assistance éducative. Dès lors, il n'est plus possible de le saisir aux fins d'une modification prompte de la décision rendue par le juge aux affaires familiales en invoquant un danger qui n'implique pas un placement de l'enfant. Cette décision conduit alors à s'interroger sur les fondements mêmes de la compétence du juge des enfants. Le Code civil fonde en effet cette dernière sur le seul danger (C. civ., art 375), mais ne permet au juge des enfants de statuer sur l'autorité parentale exercée à l'égard de l'enfant en danger, qu'en cas de placement de celui-ci (C. civ., art. 375-7 al. 4). Ce faisant, il conviendrait que les juges et le législateur distinguent la compétence du juge des enfants, fondée sur le danger, et les conséquences de celle-ci. Le placement de l'enfant n'est autre que la conséquence de la compétence du juge des enfants en matière d'assistance éducative, et non son fondement. Il s'agit seulement d'un moyen pour le juge de répondre au danger de l'enfant.

6- La Cour de cassation affirme qu'à défaut de placement de l'enfant ordonné par le juge des enfants, le juge aux affaires familiales a une compétence exclusive pour statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale des parents séparés et ce, y compris en cas d'urgence et de danger. Il ne fait nul doute que l'urgence n'est pas un critère de compétence du juge des enfants puisque le juge aux affaires familiales est compétent pour rendre une décision dans l'urgence, qu'elle tranche le fond de l'affaire ou qu'elle ne fasse que prescrire des mesures provisoires. En effet, ce juge « peut être saisi en qualité de juge des référés »² sur le fondement de l'article 1073 alinéa deuxième du Code de procédure civile, ou encore par le biais de la procédure à bref délai³. Cependant, si l'urgence implique une célérité procédurale, le danger nouveau devrait impliquer la compétence du juge des enfants, même s'il n'y a pas nécessité de placer l'enfant au regard de ce danger imminent. Cette solution semble opter pour une vision pragmatique de la compétence des juges en matière familiale, puisqu'elle reconnaît celle du juge aux affaires familiales pour modifier les droits de visite en présence ou non de danger, au mépris de celle du juge des enfants.

¹ A. Gouttenoire, « La compétence du juge des enfants limitée par la Cour de cassation », *Ibid.*

² Cass. 1ère civ., 20 octobre 2021, n° 19-26.152, *Bull. civ.* I, n° 10.

³ C. proc. civ., art. 1137 al. 2.

7- Or, il conviendrait de s'interroger sur le juge le plus à même de statuer lorsque le conflit implique en premier lieu uniquement le couple, mais finit par générer du danger à l'égard de l'enfant. Au demeurant, l'enfant n'a la qualité de partie à la procédure qu'en cas de mesure d'assistance éducative. De surcroît, lorsqu'une situation de danger se produit au domicile du parent qui exerce son droit de visite et d'hébergement, le juge aux affaires familiales ne pouvant se saisir d'office, ne peut statuer qu'après avoir été saisi par l'un des parents ou le ministère public d'une requête en suspension ou en aménagement du droit de visite de ce parent. Il semblerait ainsi davantage adapté aux exigences de protection de l'enfant de maintenir, en cas de seul danger, l'intervention du juge des enfants en matière d'autorité parentale qui lui, peut se saisir d'office¹, ou même être saisi par l'enfant. Il faut également noter que devant le juge des enfants, l'audition de l'enfant est une obligation qui s'impose au juge, alors même qu'elle est subordonnée à une demande devant le juge aux affaires familiales.

Sous couvert du respect de la compétence du juge aux affaires familiales pour statuer sur l'autorité parentale exercée par les parents séparés, les fondements de la compétence du juge des enfants sont désormais confus. Dès lors, au regard de la décision rendue, on peut se demander si la protection de l'enfant ne sera pas mise à mal, la situation de danger de ce dernier ne fondant plus nécessairement la compétence du juge des enfants, qui se trouve pourtant le plus apte à le protéger.

Droit civil / Droit des obligations / Contrats / Obligation de sécurité

Un, deux, trois, prêts ? Surveillez efficacement !

*PIERRE-JEAN MARINI
Master II mention Droit privé à l'Université d'Aix-Marseille
Parcours : Contentieux de la responsabilité et de l'indemnisation
Institut des assurances d'Aix-Marseille (IAAM)*

Responsabilité civile contractuelle / Obligation de sécurité / Manquement à l'obligation de sécurité (oui) / Obligation de moyens / Obligation de résultat / Sport / Course pédestre hors stade / Association sportive / Charge de la preuve / Faute de l'organisateur / Surveillance / Comportement malveillant.

¹ J-M. Permingeat, « Les compétences concurrentes du juge des enfants et du juge aux affaires familiales », *Ibid.*

CA Aix, ch. 1-6, 5 mai 2022, n° 177, *Juris-data* n° 008026

Président : J.-W. Noël

Avocats : SCP IPT, SELAR L.P. Avocats Provence, SCP BBLM Avocats, SCP D. d'A. & Associés, SCP TPV

A l'occasion d'une course pédestre hors stade, l'obligation contractuelle de sécurité de l'association organisatrice commande, en sus de la délivrance d'une information éclairée aux participants, « la mise en œuvre d'une surveillance effective et efficace qui inclut nécessairement la prévention du débalisage par des individus malveillants ». En précisant les contours de l'obligation à la charge de l'association, la cour d'appel change la physionomie de l'obligation de sécurité qui semble revêtir l'apparence d'une obligation de résultat, nonobstant la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière.

Observations : 1- De jurisprudence constante, pèse sur l'organisateur d'une manifestation sportive une obligation « de sécurité, de prudence et de diligence¹ » envers les participants, quand bien même ces derniers pratiquent librement l'activité sportive. Selon le critère traditionnel de distinction² tenant au rôle actif du créancier³ (et le rôle actif d'un coureur ne fait pas débat), il s'agit là d'une obligation contractuelle de sécurité de moyens. Or, bien que critiquée, l'obligation de sécurité s'épanouit en matière sportive⁴. L'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, en date du 5 mai 2022, fait montre d'une certaine sévérité quant à l'appréciation de l'exécution de son obligation par l'organisateur sportif et appelle quelques observations.

2- En l'espèce, une association a organisé une course pédestre au cours de laquelle un participant a été blessé en glissant sur un rocher après s'être engagé dans une direction erronée. Il ressort de l'arrêt que l'erreur de la victime et de plusieurs autres coureurs résultait du débalisage du parcours en raison de l'acte malveillant de quelques « énergumènes sans doute idiots ». La victime a par suite saisi le tribunal judiciaire d'Aix-en-Provence d'une action en réparation de son

¹ Cass. 1^{ère} civ., 15 décembre 2011, nos 10-23.528 et 10-24.545, F-P+B+I, *Bull. civ.*, I, n° 219 ; *JCP G* 2011, p. 1143, obs. J.-J. Barbieri ; *D.* 2012, p. 539, note M. Develay, n° 704 ; *RTD civ.* 2012, p. 121, obs. P. Jourdain ; *RDC* 2012, p. 430, obs. J.-S. Borghetti.

² Cass. com., 7 février 1949, *JCP* 1949, II, 4959, obs. R. Rodière ; *D.* 1949, p. 377, note F. Derrida.

³ C. Bloch, *L'obligation contractuelle de sécurité*, PUAM, 2002, p. 16 – F. Buy et al., *Droit du sport*, LGDJ, 6^e éd., 2018, p. 607 – Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 12^e éd., 2022, p. 543.

⁴ F. Buy et al., *op. cit.*, p. 608 : « défaut des installations », « carence dans l'encadrement », « défaut de compétence professionnelle », « défaut de surveillance », « d'anticipation ou de secours », p. ex.

préjudice. Cette dernière étant régulièrement inscrite à la course, elle a choisi d'agir sur le fondement de la responsabilité civile contractuelle (C. civ., art. 1147 anc.). Le jugement, après avoir dit que l'association a manqué à son obligation contractuelle de sécurité, a déclaré celle-là entièrement responsable du préjudice subi par la victime et l'a condamnée avec son assureur au paiement des sommes sollicitées. L'association et son assureur ont interjeté appel complet du jugement.

3- Au soutien de leurs demandes, les appelantes font valoir l'absence de manquement à l'obligation d'information et de sécurité de l'association organisatrice en rappelant l'existence d'une signalétique et l'annonce par le *speaker* d'un débalisage. L'association argue également du caractère « *purement fortuit* » de l'accident, sans lien avec le débalisage, et conteste son emplacement et *de facto* sa causalité. Elle invoque enfin prudemment la faute de la victime consistant en une « *erreur d'appréciation* ». *A contrario*, les intimés, au nombre desquels compte la victime, concluent au manquement de l'association à son obligation de sécurité et à l'existence d'un défaut de balisage au lieu de l'accident, la « *bonne direction* [impliquant] *notamment de quitter le chemin principal* ». Ces derniers rappellent aussi, qu'en sus de son obligation contractuelle de sécurité à leur égard, l'organisateur est tenu au respect des règles techniques édictées par la fédération *ad hoc*¹ (C. sport, art. L. 331-1).

4- L'échec de l'association organisatrice d'une course pédestre à prévenir le débalisage partiel du parcours par des individus malveillants caractérise-t-il la mauvaise exécution de son obligation contractuelle de sécurité ? Telle est la question qui se posait à la cour d'appel d'Aix-en-Provence à l'occasion de cette affaire. Les magistrats de la chambre 1-6, en confirmant (partiellement) le jugement entrepris², y ont répondu positivement. Néanmoins, la réponse à une telle question ne peut faire l'économie d'une question préliminaire : quel degré d'exigence l'obligation contractuelle de sécurité à la charge de l'association sportive revêt-elle, obligation de moyens ou de résultat ? Bien que la première solution semblât acquise, la *summa divisio* s'estompe sous la plume de la cour d'appel. C'est là tout l'intérêt de l'arrêt. Avant même de rappeler le rôle actif du coureur et la charge de la preuve qui pèse sur lui – c'est-à-dire l'apanage de l'obligation de moyens –, la cour d'appel distingue deux caractères de cette

¹ V. p. ex. Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 2006, n° 03-12.537, FS-P+B, *Bull. civ.*, I, n° 249, p. 218 : « *Mais attendu que l'arrêt énonce à bon droit que le seul respect des obligations de sécurité fixées par les instances sportives est insuffisant pour exonérer une association de ses devoirs en matière de sécurité et que, au-delà d'un strict respect des prescriptions sportives, il existe à la charge de cette association une obligation de prudence et de diligence* » ; *RCA* 2006, n° 7-8, comm. 239 ; *JCP E* 2006, p. 2194.

² La cour confirme le jugement à l'exception de l'indemnisation du préjudice d'agrément et du montant des sommes allouées aux tiers-payeurs notamment.

obligation de sécurité : 1° « la délivrance d'une information éclairée, au moyen d'un balisage adapté destiné à permettre au coureur de rester dans l'axe du tracé de la course » et 2° « la mise en œuvre d'une surveillance effective et efficace qui inclut nécessairement la prévention du débalisage par des individus malveillants ». Cette double précision, qui ne semble pas empruntée à la Cour de cassation, interroge tant elle apparaît incompatible avec l'obligation de moyens.

5- Concernant le premier caractère tenant à la délivrance d'une information éclairée, la cour d'appel reprend dans sa motivation quelques-unes des règles techniques et de sécurité, édictées par la Fédération française d'athlétisme (FFA). Or, ladite réglementation des manifestations hors-stade a été adoptée le 27 juin 2015 et était applicable à compter du 1^{er} novembre 2015, c'est-à-dire postérieurement à la course organisée le 20 septembre 2015. La motivation de l'arrêt écarte cette « circonstance » en rappelant que l'appréciation de la responsabilité de l'organisateur n'exige pas que la violation de la réglementation applicable soit avérée. Partant, la cour juge, d'après les pièces produites par les intimés et notamment le témoignage de plusieurs coureurs égarés, de la réalité du débalisage. Si la position des juges du fond en faveur de l'indifférence de l'entrée en vigueur du règlement laisse sceptique l'observateur de cet arrêt, il semble bien que la réalité du débalisage soit établie au niveau du kilomètre 16. Néanmoins, ce n'est pas là une réelle difficulté puisque les deux parties s'accordent sur l'existence de ce débalisage, bien qu'elles en discutent l'emplacement exact. Il est avéré que ce dernier est le fruit d'un acte intentionnel et malveillant.

6- Secondement, la cour précise que l'obligation de sécurité implique également « la mise en œuvre d'une surveillance effective et efficace qui inclut nécessairement la prévention du débalisage par des individus malveillants ». Or, le choix des adjectifs « effectif » et « efficace » et l'appréciation du cas d'espèce semblent dépasser la simple obligation de moyens. La Cour de cassation, comme dans son arrêt en date du 15 décembre 2011¹, fait généralement le choix des termes « prudence » et « diligence ». Le Professeur Jourdain relevait ainsi que « les termes de l'arrêt évoquent nettement² » l'obligation de moyens. La portée des adjectifs choisis par la cour d'appel est tout autre. Selon le Dictionnaire de

¹ Cass. 1^{ère} civ., 15 décembre 2011, nos 10-23.528 et 10-24.545, *op. cit.* : « Qu'en statuant ainsi, alors que l'association sportive est tenue d'une obligation contractuelle de sécurité, de prudence et de diligence envers les sportifs exerçant une activité dans ses locaux et sur des installations mises à leur disposition, quand bien même ceux-ci pratiquent librement cette activité, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». V. égal. Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 2006, n° 03-12.537, *op. cit.*

² P. Jourdain, *op. cit.*

l'Académie française¹, est « efficace » l'action « qui produit l'effet attendu ; qui réussit ». Il ne s'agit pas là d'une simple question sémantique. Ce caractère d'efficacité adjoint à l'obligation contractuelle de sécurité de l'association apparaît difficilement conciliable avec la notion d'obligation de moyens.

7- Dans le cas d'espèce, il ne semble pas y avoir de doute quant à la réalité du balisage le long du parcours et à l'information du public et des coureurs par le *speaker*. Le débalisage temporaire au niveau du kilomètre 16 constitue dès lors un fait malveillant, de surcroît corrigé en fin de course (après l'accident). En démontrant la réalité du retrait intentionnel d'une balise par un tiers et le rôle causal du débalisage dans la survenance de l'accident, la victime ne démontre en réalité que l'absence de résultat des mesures de sécurité et de surveillance mises en œuvre par l'association. Pour autant, l'absence de satisfaction du créancier ne suffit pas à caractériser la faute du débiteur dans le cadre de l'obligation de moyens. Or, pour confirmer la responsabilité de l'association, la cour d'appel retient que les moyens mis en œuvre n'ont pas été *efficaces* : la faute de l'association a consisté à ne pas procurer le résultat promis. Cette décision apparaît d'autant plus sévère que la course à pied ne constitue pas un sport particulièrement dangereux par nature. Dans ce cas-là d'ailleurs, l'obligation est une obligation de moyens renforcée² et non de résultat.

8- Dans ces circonstances, l'association est bien en peine de se défendre. Bien que cette dernière ait évoqué vainement l'absence de lien de causalité et prudemment l'hypothèse d'une faute du coureur, la démonstration de la faute de la victime est rendue difficile, voire impossible, par les circonstances de fait. Le débalisage malveillant et la présence de plusieurs coureurs engagés sur le mauvais sentier rendent cet argument inopérant. Quant à la force majeure, le caractère de l'imprévisibilité fait défaut : il appert que les actes malveillants de débalisage sont notoires à l'occasion de ces événements sportifs. Néanmoins, sur le terrain de l'obligation de moyens, la démonstration de l'existence de dispositifs de sécurité et d'information et de la correction du débalisage avant la fin de la course (comme le prouve une photographie produite aux débats), tout comme le fait d'un tiers, devraient permettre de réfuter le manquement allégué. Seule l'exigence d'une surveillance « *effective et efficace* » – c'est-à-dire un degré d'exigence tel que celui de l'obligation de résultat – permet dès lors de limiter les causes d'exonération à la démonstration de la force majeure, justement écartée en l'espèce.

¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd. [en ligne].

² V. p. ex. Cass. 1^{ère} civ., 16 mai 2018, n° 17-17.904, F-P+B, *Bull. civ.*, I, n° 89, *Juris-data* n° 2018-008269, *RCA* 2018, p. 223 ; *Contrats, conc. consom.* 2018, p. 148, obs. L. Leveneur.

9- En conclusion, bien que la cour d'appel rappelle *in limine* le caractère de moyens de l'obligation de sécurité qui pèse sur l'association, les prémisses ainsi posées et la conclusion de la cour, c'est-à-dire la faute consistant en l'inefficacité des mesures prises, apparaissent contradictoires. En précisant les contours de l'obligation de sécurité à la charge de l'organisateur, la cour en modifie la physionomie. Si l'exigence de surveillance du parcours durant tout le déroulé de la course semble être une indispensable précaution, le degré d'exigence imposé par la cour est discutable. Dès lors que la mesure de surveillance doit être « *effective et efficace* », cette dernière tend vers l'obligation de résultat et dépasse assurément l'obligation de moyens classiquement à la charge des associations sportives. Toutefois, l'histoire ne dit pas encore si la Cour de cassation aura l'occasion de connaître de l'affaire et d'y voir une violation du droit ou de confirmer cette évolution de la jurisprudence en précisant (plus durement) les contours de l'obligation de sécurité des associations sportives... une telle position ne manquerait pas d'influer sur l'activité de ces dernières.

Droit économique / Droit de la consommation / Contrats / Nullité

Entre application objective et subjective du droit de la consommation au contrat hors établissement conclu entre professionnels, une confusion persistante

ANNE-CECILE KNECHT
Etudiante en M2 Droit civil et Droit international privé
Laboratoire de Droit privé et de sciences criminelles

Contrat hors établissement / Article 221-3 du Code de la consommation / Obligation d'information / Droit de rétractation / Compétences et connaissances du petit professionnel / Abandon du critère du rapport direct / Délimitation du critère du champ de l'activité principale

CA Aix, 3e ch., 9 décembre 2021, n° 19/00178

Président : C. Cesaro-Pautrot
Avocats : Me M. Lombardi et Me N. Mattei

Dans le cadre d'un contrat hors établissement, l'installation d'un système d'alarme en tant qu'objet du contrat n'entre pas dans le champ de l'activité principale du professionnel de restauration qui peut ainsi bénéficier de l'application du droit de la consommation.

Observations : 1- Traditionnellement la qualification du contrat hors établissement et l'application du régime consumériste dont il découle dépend du fait que cet acte est le fruit du démarchage d'un professionnel qui conclut un contrat hors de son siège social avec un consommateur. Pourtant, depuis la loi dite « Hamon »¹, la qualification du contrat hors établissement est étendue aux conventions conclues entre deux professionnels dès lors notamment que « *l'objet du contrat ne rentre pas dans le champ de l'activité principale du professionnel* »² démarché. L'appréciation de ce dernier critère prête encore à confusion comme le démontre cet arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 9 décembre 2021. En l'espèce, en août 2016, un restaurant-pizzeria a conclu un contrat avec une société d'installation de système d'alarme. La société de surveillance n'a accompli aucune formalité particulière au moment de l'installation et n'a envoyé qu'une facture au restaurant. L'exploitant de l'établissement de restauration assigne la société de surveillance en nullité du contrat de prestation de services pour non-respect de l'obligation d'information précontractuelle portant sur le droit de rétractation³.

La société de surveillance conteste l'opposabilité de cette disposition, faisant valoir que la conclusion du contrat entrait dans le cadre de l'activité professionnelle du restaurant puisque le système d'alarme servait directement à cette activité, et qu'en sa qualité de professionnel ce dernier ne pouvait revendiquer à son profit l'application des dispositions du droit de la consommation.

Le restaurant soutenait quant à lui remplir les conditions cumulatives d'application du droit consumériste. Il employait en effet moins de cinq salariés et faisait valoir que l'objet du contrat litigieux n'entrait pas dans le champ de son activité principale⁴. Le contrat avait en outre été conclu hors du siège de la société de surveillance.

Le raisonnement ainsi tenu par l'exploitant de l'établissement de restauration a été approuvé par le juge de première instance. La société de surveillance a donc interjeté appel de la décision, en arguant que le système de surveillance et d'alarme entrant dans le champ d'activité du professionnel, de sorte que les dispositions consuméristes devaient être écartées.

La Cour d'appel rejette également les prétentions de l'appelante en relevant que le matériel de surveillance et d'alarme, objet du contrat, ne peut être considéré comme entrant dans le champ de l'activité principale d'une pizzeria dont l'activité est la restauration, dès lors que l'intimé n'avait aucune

¹ L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

² Article L.221-3 du Code de la consommation.

³ Article L.221-5 et suivants du Code de la consommation.

⁴ *Ibid.*

connaissance ni compétence en matière de système d'alarme. Par conséquent, le restaurant aurait dû être informé du délai et des modalités de son droit à rétractation. Le non-respect de cette obligation précontractuelle amène donc à prononcer la nullité du contrat.

2- Malgré la juste appréciation des nouvelles conditions d'applicabilité du droit de la consommation au professionnel dans un contrat hors établissement, l'opportunité de l'analyse des compétences de l'intimé par la Cour d'appel apparaît contestable et appelle quelques observations. En effet, bien qu'elles soient prises en compte dans l'élaboration législative¹, l'appréhension par le juge de l'expertise du « petit professionnel » quant à l'objet du contrat conclu est non seulement absente des textes mais volontairement écartée par le législateur.

3- Pour rappel, dès 1972², l'application du droit de la consommation a été étendue aux contrats de démarchage téléphonique (les ancêtres des contrats hors établissement) conclus entre deux professionnels dès lors que la convention n'avait pas un « rapport direct » avec l'activité professionnelle de la personne démarchée.

La jurisprudence après hésitation avait d'abord estimé que ce critère du rapport direct était à appréhender de manière subjective. Autrement dit, il fallait que le juge vérifie si l'objet du contrat rentrait dans le champ des compétences du professionnel sollicité. Toutefois, elle abandonne cette considération pour une approche finaliste qui n'étudie que l'utilité de l'objet du contrat à l'activité professionnelle³. Ainsi, en principe, le critère du rapport direct permettait d'établir si l'objet du contrat était utilisé à des fins professionnelles par le professionnel sollicité mettant alors de côté l'appréciation de ses connaissances face à l'objet du contrat. C'est d'ailleurs cette jurisprudence dont la société de surveillance a voulu se prévaloir en soulevant que le droit de la consommation ne pouvait pas s'appliquer en l'espèce dès lors que le « système d'alarme entré dans le cadre de l'activité commerciale de l'intimée, à savoir l'activité serene de son restaurant ».

¹ Voir en ce sens examen des amendements sur le texte n° 810 (2012-2013) sur le projet de loi n° 725 (2012-2013) relatif à la consommation, 11 septembre 2013 : « [L'application du droit de la consommation aux très petites entreprises] ne concerne que les achats qui ne relèvent pas du domaine de compétence de l'entreprise : un boulanger est compétent pour acheter un four, il ne l'est pas pour acheter un logiciel. »

² L. n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, art. 8 d) - ancien art. L. 121-22 du Code de la consommation.

³ Cass. crim. 27 juin 1989, n° 89-80.780, *Bull. crim.*, n° 276 p. 682, note P. Bouzat *RTD com.* 1990, n° 03, p. 514.

Cependant, l'application du critère du rapport direct par les juges menait à des décisions jurisprudentielles contradictoires.¹ Ainsi, la loi Hamon, substituant à l'ancien article L.121-16-1 III du Code de la consommation le nouvel article L. 221-3, a marqué une rupture avec le droit antérieur. L'objet du contrat n'a plus à être en « rapport direct » avec l'activité professionnelle du démarché mais doit « entrer dans le champ de son activité principale ».

4- Par application de cette disposition, la Cour d'appel détermine que dès lors que le professionnel a pour activité recensée « l'exploitation d'un restaurant-pizzeria », l'installation d'un système d'alarme ne pourrait donc pas rentrer « à l'évidence » dans le champ de son activité principale de restauration. Au regard de la récente jurisprudence, le raisonnement de la Cour d'appel d'Aix ne manque pas de cohérence. En ce sens, la Cour de cassation avait déjà estimé que la création d'un site internet n'entraîne pas dans le champ de l'activité principale d'une architecte². Il était alors logique que l'installation de système d'alarme n'entrerait pas non plus dans le champ de l'activité principale d'un restaurant. Bien que les objets de ces contrats avaient vocation à assurer une certaine pérennité de l'affaire et à satisfaire un besoin professionnel, ils demeurent secondaires à l'activité de restauration.

Cette position jurisprudentielle est déjà entérinée dans la jurisprudence de la Cour d'appel d'Aix comme le démontre le foisonnant contentieux local autour des contrats de *leasing* de photocopieuses conclus hors établissement. Ainsi, bien qu'utile à l'activité, le photocopieur demeure secondaire à l'activité du plombier ou du médecin et n'entre donc pas dans le champ de leur activité principale³.

Pour autant, l'appréhension de cette notion, qui semble relever du bon sens, peut devenir rapidement épineuse. En effet, comment distinguer ce qui est utile de ce qui est nécessaire à l'activité principale du professionnel ?

L'instauration de ce nouveau critère a en effet été fréquemment critiquée par la doctrine au motif qu'il est à l'origine des mêmes difficultés que celles générées

¹ Cass. 1ère civ., 3 janvier 1996, n° 93-19.322 *Bull. civ.*, n° 9 p. 6 - Cass. 1ère civ., 30 janvier 1996, 93-18.684, *Bull. civ.*, n° 55 p. 35, note G. Paisant *JCP G*, n° 51, 18 décembre 1996.

² Cass. 1ère civ., 12 septembre 2018, n° 17-17.319, *Bull. civ.*, I, n° 9, p. 88 note C. Durez « Contrats hors établissement : le droit de la consommation au secours du petit professionnel », *D.* 2019 p. 115 - Cass. 1ère civ., 27 novembre 2019 n° 18-22.525, *Bull. civ.*, I, n° 149, p. 163 note J-D Pelletier, *D. actu.* 09 décembre 2019.

³ CA Aix, 10 février 2022, 3e ch., n° 18/18436 sur le fait qu'un plombier-électricien « n'a pas pour activité la reprographie, la location d'un photocopieur a été souscrite à titre professionnel, elle n'entre pas dans le champ principal de son activité » - CA Aix, 24 novembre 2022, 3e ch., n° 19/09377 sur le fait que « l'achat et l'utilisation d'un copieur, même s'il est utile à l'exécution administrative de sa profession, ne rentre pas dans le champ de [...] l'activité principale » du médecin.

par l'application du critère du rapport direct anciennement retenu, dont l'appréciation était incertaine et imprévisible en l'absence de définition légale.¹ Néanmoins, il paraît peu probable que le législateur clarifie à l'avenir la notion dès lors que la Cour de cassation a refusé de transmettre une Question Prioritaire de Constitutionalité (QPC) portant sur l'intelligibilité du nouveau critère « *champ de l'activité principale* ».²

5- Au final, l'appréciation par la Cour d'appel de ce qui peut relever du champ de l'activité principale du professionnel sollicité n'a rien d'inédit vu ces récentes évolutions légales et jurisprudentielles. Toutefois, c'est son étude des compétences et connaissances du dirigeant du restaurant en matière de système d'alarme qui demeure problématique, dans l'arrêt commenté, comme aux termes d'autres décisions relatives à la même problématique³. L'esprit du droit de la consommation se traduit par la mise en œuvre de présomptions relatives aux connaissances des différents acteurs, consommateurs et professionnels. Au même titre que le consommateur est toujours considéré partie faible du contrat, l'objectif du législateur est que le « petit » professionnel soit ainsi « *protégé s'il contracte dans un champ de compétence qui n'est pas le sien* »⁴. Cette protection souhaitée du consommateur est aussi un objectif du droit européen dont découle le droit français en la matière⁵ comme cela est rappelé dans l'arrêt *Costea*, la CJUE ayant souligné que « *le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci* ».⁶

¹ L. Vogel et J. Vogel, *Traité de droit économique, Droit de la consommation Tome 3*, Bruylant, 5^e éd., 2017 p. 946-947.

² Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 2021, n° 21-40.008, *Bull. civ.*, I, N°7, p. 122, note C. Hélaine : « Refus de transmission QPC sur la définition de "l'activité principale" » *D. actu.*, 15 juillet 2021 - note S. Bernheim-Desvaux, « Contrats hors établissement », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 10, octobre 2021, comm. 159.

³ CA Aix, 3^e ch., 24 novembre 2022, n° 19/00256 - CA Aix, 3^e ch., 3 novembre 2022, n° 21/03936.

⁴ Projet relatif à la consommation, rapport n° 282 de MM. M. Bourquin et A. Fouconnier, amendement n° 678.

⁵ Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs transposée par la loi du 17 mars 2014.

⁶ CJUE, 3 septembre 2015, *Horățiu Ovidiu Costea c/ SC Volksbank România SA*, C-110/14, §18, note A. Portmann « L'avocat est un consommateur comme les autres », *D. actu.*, 7 septembre 2015.

De ce fait, aussi bien le législateur européen que le législateur français ont cherché à exclure une applicabilité subjective du droit de la consommation¹. Outre les critères objectifs énoncés en l'article L.221-3 du Code de consommation, cette intention peut se constater à la lecture de l'article liminaire du même code qui définit le consommateur et le professionnel. En vertu de ce texte, un consommateur est « juste » une personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle et le professionnel est « juste » une personne physique ou morale qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, artisanale, agricole, etc. Ainsi, le droit de la consommation s'applique en principe dès lors que le contrat lie un professionnel à un consommateur, indépendamment de leurs connaissances.

Cette mise en évidence des connaissances du restaurateur par le juge aixois dans l'arrêt susvisé en date du 9 décembre 2021 peut sembler dépourvue d'incidence, mais elle est en réalité déterminante car elle peut mener à cassation d'arrêt pour violation de la loi en cas de refus d'application des dispositions consuméristes fondé sur un critère étranger à celui imposé par la loi.²

Droit international privé / Conflit de lois / Divorce

Du mystérieux choix de la loi du for au sens du règlement Rome III

PATENEMA SAWADOGO

Étudiant en Master II droit civil et droit international privé à Aix-Marseille Université

Conflit de lois / Divorce / Choix de loi / Loi du for / Loi applicable / Loi française / Rome III / Validité / Régime matrimonial / Union européenne

Cass. 1ère civ., 26 janvier 2022 n° 20-21.542, B : *Juris-data* n° 000994

¹ CJUE, 3 octobre 2019, *Jana Petruchova c/ ABO Group Holdings Limited*, C-208/18, § 55 : la cour estime qu'est consommateur la personne ayant conclu un contrat-cadre de services financiers même si elle dispose de connaissances accrues en la matière tant que cette expertise n'est pas due à son activité professionnelle.

² Voir en ce sens Cass. 1ère civ. 31 août 2022, n° 21-11.455, *Bull. civ.*, I, n° 8, 2022 p. 16, note S. Bernheim-Desvaux « Précisions et réflexions sur l'application du droit de la consommation aux “petits” professionnels », *Contrats Concurrence Consommation* n° 11, novembre 2022, comm. 179 : « qu'en appliquant ainsi un critère lié au champ de compétence du professionnel, critère étranger à celui imposé par le texte susvisé et tiré de l'inclusion de l'objet du contrat dans champ de l'activité principale du professionnel, [...] la cour d'appel a violé [l'article L.221-3 du Code de la consommation] ».

Sur pourvoi : CA Aix, ch. 2-3, 24 septembre 2020, n° 19/18029

Président : M. Chauvin

Avocats : SCP Foussard et Froger, SARL Matuchansky, Poupot et Valdelievre

Aux termes d'un arrêt en date du 26 janvier 2022, la première chambre civile de la Cour de cassation a apporté une importante précision relative au choix de la loi du for visé par l'article 5 du Règlement « Rome III ». Elle affirme que le choix de la loi d'un État déterminé est valable, au titre de la loi du for, lorsque cette loi coïncide avec celle du juge saisi ultérieurement de la demande en divorce.

Observations : 1- La question de la concordance entre le *forum* et le *jus* est considérée comme un « *sujet immense, qui a toujours été, d'une certaine façon, au cœur du droit international privé* »¹. L'arrêt commenté, qui s'inscrit dans une perspective de promotion du lien entre juridiction saisie et loi applicable, en témoigne. .

En l'espèce, un homme de nationalités russo-mexicaine, et une femme, de nationalité russe, se sont mariés en Russie le 19 avril 1996, sans préalablement conclure de contrat de mariage. Les époux ont fixé leur première résidence habituelle commune en Russie. Par acte authentique du 22 février 2016, ils ont adopté le régime français de la séparation de biens au titre de leurs biens situés en France et ont désigné la loi française en tant que loi applicable à leur divorce éventuel. En 2017, l'épouse dépose une requête en divorce devant une juridiction française.

2- Dans un arrêt du 24 septembre 2020, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence² a jugé que la loi française était applicable au divorce, tout comme à la détermination et à la liquidation du régime matrimonial. L'époux a alors formé un pourvoi en cassation.

3- Au soutien de son pourvoi, il contestait d'abord l'application de la loi française en tant que loi du for sur le fondement de l'article 5 du règlement Rome III. À cet effet, il faisait valoir qu'à l'époque, les époux n'auraient pas opté pour la loi du for au sens des dispositions de ce texte, mais seulement pour la loi française. Or, selon lui, le choix de la loi française entraînait une dissociation entre la juridiction compétente et la loi applicable. Il se prévalait ensuite de la violation de l'article 5 du règlement européen par la Cour d'appel, au motif que les juges du fond n'auraient pas vérifié que son consentement était libre et éclairé lors de la signature de l'acte authentique du 22 février 2016. Il reprochait également à la

¹ S. Corneloup, « Les liens entre forum et ius, réflexions sur quelques tendances en droit international privé contemporain », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris, LGDJ, 2018, p. 461, spec. p. 463.

² CA Aix, ch. 2-3, 24 septembre 2020, n° 19/18029.

Cour d'appel d'avoir violé l'article 5 du règlement européen dès lors que, sa résidence étant toujours fixée en Russie, rien ne justifiait que la loi française soit considérée comme loi du for. Enfin, il contestait l'applicabilité en l'espèce de la loi française à la détermination et à la liquidation du régime matrimonial, faisant valoir que « *l'arrêt dans son dispositif, décide que la loi française est applicable et seule applicable à l'ensemble des biens des époux, sans distinction quand il ressort des motifs de l'arrêt que les biens situés en Russie sont soumis à la loi russe, cependant que les biens meubles et immeubles situés en France sont soumis à la loi française* ».

4- Deux questions ont ainsi été posées à la Cour de cassation : le choix de la loi d'un État déterminé est-il valable, au titre de la loi du for, lorsque cette loi coïncide avec celle du juge saisi ultérieurement de la demande en divorce ? Et la contradiction entre le dispositif, qui se prononce en faveur de l'application de la loi française à l'ensemble des biens des époux, et les motifs, qui circonscrivent cette application aux seuls biens situés en France, équivaut-elle à un défaut de motifs ?

La Cour répond par l'affirmative aux deux questions. En conséquence, elle casse et annule l'arrêt d'appel, mais seulement en ce qu'il a déclaré la loi française applicable à la détermination et à la liquidation du régime matrimonial. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence voit sur ce point sa décision cassée pour contradiction de motifs, en ce qu'elle déclare la loi française applicable à l'ensemble du patrimoine des époux, après avoir pourtant constaté qu'aux termes de l'acte de 2016 elle n'avait été désignée que pour régir les biens situés en France, la loi russe ayant vocation à s'appliquer au reste du patrimoine.

Il est intéressant de rappeler qu'aux termes de la Convention de la Haye du 14 mars 1978¹ applicable à tous les mariages célébrés après le 1^{er} septembre 1992 jusqu'au 29 janvier 2019, à défaut de choix, le régime matrimonial est soumis à la loi de la première résidence habituelle après le mariage², la loi russe en l'espèce. L'article 6 *in fine* de ladite convention permet aux époux d'effectuer un choix ultérieur de loi applicable pour une partie de leur patrimoine, mais uniquement pour les immeubles. De ce fait, le droit français n'était pas applicable à la totalité du patrimoine des époux.

5- S'agissant de la question de l'applicabilité de la loi française au titre de la loi du fort désignée par les parties, elle fera l'objet d'une attention particulière dans la mesure où il s'agit d'un arrêt pionnier rendu en application de l'article 5,1, point d du règlement Rome III, la Cour de justice de l'Union européenne n'ayant pas encore été confrontée à la question.

¹ Il s'agit de la Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

² Conv. La Haye, 14 mars 1978, art. 4.

Il est nécessaire de souligner que les époux n'avaient pas désigné *in abstracto* la loi du for mais avaient clairement choisi la loi française en amont de toute saisine de la juridiction française. Dans une telle hypothèse, rien ne permettait *a priori* de penser que cela visait la loi du for. En effet, contrairement aux points a) à c) du paragraphe 1 de l'article 5, qui se réfèrent au « *moment de la conclusion de la convention* », le point d) ne fournit aucune indication du moment à prendre en considération pour apprécier l'élément de rattachement. L'apport immédiat de l'arrêt est donc clair et d'une grande utilité pratique : les époux peuvent au titre de « loi du for » choisir une loi déterminée, dès lors qu'elle correspond au for ultérieurement saisi du divorce. Cette réponse était cependant loin de s'imposer avec évidence. Une partie de la doctrine estime en effet que la Cour de cassation aurait dû surseoir à statuer afin de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne¹.

La Cour de justice pourrait néanmoins adopter la solution retenue par les juges du quai de l'horloge si la problématique lui était soumise à l'avenir, compte tenu de sa grande faveur pour *l'optio juris* et de son attachement à l'effet utile du droit de l'Union qui permet d'assurer une efficacité maximale du cadre juridique européen².

6- Il faut souligner que cette solution a le mérite de favoriser la prévisibilité pour les parties, et l'unité du *forum* et du *jus*³. En effet, un choix *in abstracto* de la loi du for ne peut constituer un instrument de prévisibilité juridique dès lors « *qu'il est bien difficile pour les parties d'orienter leur comportement sur cette seule directive, qui au moment du choix de loi s'apparente à une "coquille vide"* »⁴. Reste la question de savoir ce qu'il adviendrait en cas de saisine d'un juge autre que celui dont le système juridique a été choisi par les époux. À cette question, certains auteurs ont estimé que « *lorsque la loi choisie au titre du point d) n'est pas celle de la juridiction finalement saisie, le*

¹ E. Fongaro, « Loi applicable au divorce : les précisions de la Cour de cassation quant au choix de la loi du for », *JCP G*, 2022, n° 13, p. 3. Voir également D. Lambert, « Précision sur le choix de la loi du juge saisi comme loi du divorce », *Solution notaire* n° 5, 10 février 2022.

² Le principe d'effet utile du cadre juridique européen a été affirmé dans de nombreux arrêts dont, CJUE 5 juin 2018, Relu Adrian Coman e.a./Inspectoratul General pentru Imigrări e.a., n° C-673/16.

³ M. Farge, « Belle question d'interprétation du Règlement Rome III sur la loi applicable au divorce », *Dr. Famille*, 2022, n° 4, p. 2.

⁴ C. Pons, *La concordance des compétences juridictionnelle et législative. Étude des liens entre le forum et le jus en droit international privé européen*, Thèse, Bordeaux, 2020, n° 780.

choix de la loi applicable restera sans effet et la loi sera déterminée sur la base de l'article 8», relatif à la détermination de la loi applicable à défaut de choix¹.

En clair, la Cour de cassation adopte une position permettant de donner un effet utile au choix des époux, tout en l'entourant à première vue d'une plus grande sécurité juridique. Cette position rejoint tout à fait *la ratio legis* du règlement Rome III².

7- Au-delà des mérites de cette décision, il demeure des questionnements non résolus. D'une part, la solution retenue par la Cour de cassation laisse demeurer un aléa dans la détermination de la loi applicable, dès lors que l'efficacité du choix est tributaire de la saisine *a posteriori* de la juridiction dont la loi a été désignée. Or, il n'est pas certain que cette saisine repose sur un commun accord des époux eu égard au contexte souvent conflictuel qui précède le divorce. En l'espèce, seule l'épouse a déposé une requête en divorce devant le juge français. Il en est résulté, à la date de l'introduction de la procédure en divorce, une mainmise unilatérale de cette dernière sur la validité du choix. Ainsi, il devrait être loisible à l'époux le plus diligent de saisir le juge dont la loi a été choisie d'un commun accord, ou pas, suivant qu'il souhaite ou ne souhaite pas que la clause de choix de loi soit appliquée, ce qui pourrait entraîner dans certains cas une course à la saisine du juge en fonction des intérêts en présence. Par conséquent, l'interprétation de la Cour pourrait créer une sorte d'inégalité des armes³ en accordant une faveur à un époux au détriment de l'autre, et en favorisant le *forum actoris* si le tribunal saisi est celui du domicile du demandeur.

8- D'autre part, l'arrêt commenté soulève une question, plus générale, relative à la loi applicable au divorce. En réalité, le choix de la loi du for « traduit une certaine faveur au divorce et intéresse avant tout les divorces par consentement mutuel reposant sur l'accord des époux »⁴. Mais, qu'en est-il de l'hypothèse où les époux optent pour la loi française afin de bénéficier du divorce par consentement mutuel déjudiciarisé ? Faute de for du divorce, leur choix pourrait demeurer lettre morte. S'il a été proposé en doctrine d'adapter ce critère par « analogie » en permettant aux époux de choisir « la loi de l'État dont l'autorité publique reçoit la volonté des époux, en l'occurrence la loi française, de l'État dans lequel le notaire procède au dépôt de la convention lui

¹ A. Devers et M. Farge, *Le nouveau droit international privé du divorce. À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce*, *Dr. Famille*, 2012, étude n° 13.

² Le considérant 9 du règlement dispose en effet que « Le présent règlement devrait créer un cadre juridique clair et complet dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps dans les États membres participants, garantir aux citoyens des solutions appropriées en termes de sécurité juridique, de prévisibilité et de souplesse (...) »

³ P. Hammje, « Loi applicable au divorce : le choix de la loi du for au sens du règlement Rome III », *JDI*, 2022, n° 42022, p. 5.

⁴ P. Hammje, *Rép. internat. Dalloz*, V° Divorce et séparation de corps, 2018, n° 174.

conférant par-là force exécutoire»¹, une telle proposition ne pourrait prospérer que si le divorce par consentement mutuel sans juge français relevait du champ d'application du règlement Rome III, ce qui n'est pas d'une grande évidence dès lors que dans un arrêt Sahyouni rendu le 20 décembre 2017², la Cour de justice de l'Union européenne a déclaré que seul le divorce « *prononcé soit par une juridiction étatique, soit par une autorité publique ou sous son contrôle* » relève du champ matériel du règlement Bruxelles II bis.

Droit international privé / Droit international privé de la famille / Exequatur

Exequatur d'un jugement d'adoption d'un enfant né de gestation pour autrui à l'étranger

CLOTILDE GARDE

Etudiante en Master 2 Droit civil et Droit international privé, Aix-Marseille Université

Adoption / Compétence indirecte du juge étranger / Ordre public international / Exequatur / Demande d'adoption / Intérêt supérieur de l'enfant / Adoption plénière / Gestation pour autrui

N'est pas contraire à l'ordre public international une demande d'exequatur d'un jugement d'adoption d'un enfant né par suite d'une convention de gestation pour autrui.

CA Aix, chambre 1-1, 6 juillet 2021, n° 2021/265

Président : O. Bue

Observations : 1- Si le débat doctrinal en matière de gestation pour autrui réalisée à l'étranger se matérialise souvent autour de la transcription de l'acte de naissance de l'enfant, l'admission d'une telle filiation dans l'état civil français peut aussi avoir lieu par décision d'exequatur. L'arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence le 6 juillet 2021, relatif à une demande d'exequatur d'un jugement d'adoption d'un enfant né par suite d'une gestation pour autrui à l'étranger, en est l'illustration.

2- En l'espèce, deux hommes ont conclu une convention de gestation pour autrui avec une mère porteuse et une mère génétique aux États-Unis. Le partenaire du père biologique a ensuite adopté l'enfant aux États-Unis en 2016.

¹ Petra Hammje, Rép. internat. Dalloz, *Ibid.*

² CJUE 20 décembre 2017, aff. C-372/16, D. 2018. 8.

Un certificat de naissance a été émis, mentionnant les deux hommes comme parents. Ces derniers se sont ensuite mariés en France. Le procureur de Nantes n'a pas répondu à leur demande de transcription de la décision d'adoption. Ils ont donc saisi le Tribunal Judiciaire de Marseille afin de la voir déclarer exécutoire sur le territoire national. Ayant été déboutés de leur demande par les juges de première instance, ils ont interjeté appel.

La décision d'adoption d'un enfant né par suite d'une gestation pour autrui à l'étranger peut-elle recevoir exequatur en France ? En l'espèce, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a considéré que « *la décision étrangère ne violant pas l'ordre public international de procédure et de fond et ne procédant pas d'une fraude, les conditions [...] de l'exequatur sont réunies* ».

3- Les jugements d'adoption étranger sont exécutoires de plein droit en France¹. Par conséquent, une action en transcription de l'acte de naissance étranger dans les registres d'état civil français sur le fondement de l'article 47 du code civil², simple mesure administrative « *qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation* »³, devrait suffire afin que la filiation fasse foi en France. Toutefois, lorsque cette naissance fait suite à une gestation pour autrui, se posent les questions de la réalité de l'acte de naissance, condition de la transcription, lorsque ce dernier mentionne un parent d'intention, et non la femme qui a accouché, ainsi que de sa contrariété éventuelle à l'ordre public international. En effet, la gestation pour autrui fait l'objet d'une interdiction d'ordre public en vertu des articles 16-7 et 16-9 du code civil. La transcription intégrale des actes de naissance des enfants nés de mère porteuse est désormais possible⁴, dès lors que ces actes sont réguliers, exempts de fraude et établis conformément au droit de l'État de naissance. Toutefois, la pratique a pu diverger en fonction des parquets entre transcription intégrale ou transcription partielle de l'acte de naissance, impliquant parfois pour le parent d'intention de procéder à une demande d'adoption en France.

¹ Cass. soc. 19 avril 1989, n° 87-11.330, *Bull. civ.*, V, n° 294 ; V. Larribau-Terneyre, M. Azavant, « Adoption – Déroulement de l'instance en adoption » in Répertoire de procédure civile, §335.

² C. Bidaud, « La transcription des actes de l'état civil étrangers sur les registres français », *Rev. Crit. DIP* 2020, p. 247.

³ Civ. 1ère, 18 décembre 2019, n° 18-11.815 P : *D.* 2020. 426, note Paricard ; *AJ fam.* 2020. 9, obs. Dionisi-Peyrusse.

⁴ Cass., Ass. plén, 4 octobre 2019, n° 10-19.053, *D.* 2019, p. 2228 ; Civ. 1ère, 18 décembre 2019, n° 18-11.815 ; Civ. 1ère, 18 novembre 2020, n° 19-50.043, *D.* 2020. 2289 ; *ibid.* 2021. 657, obs. P. Hilt. Pour une vue d'ensemble de l'évolution jurisprudentielle : F. Chaltiel, « La gestation pour autrui de nouveau devant la Cour de cassation ou l'équilibre précaire entre prohibition et protection », *LPA*, 10 avril 2020, n° 73, p. 10.

Or la transcription d'un acte d'état civil ne concerne que l'*instrumentum*, le titre, et ne représente donc que la preuve de l'état civil, tandis que l'exequatur concerne le *negotium*, et entraîne comme conséquence la reconnaissance d'un état, en l'espèce la reconnaissance de la filiation, comme valide et réelle¹. L'exequatur offre donc bien plus de sécurité aux parents². En effet, en matière de transcription, l'article 336 du code civil permet au ministère public de contester le titre transcrit si « *des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi* »³. Or, l'exequatur d'un jugement d'adoption confère autorité de la chose jugée au jugement étranger, et rend donc la filiation adoptive irrévocable en vertu de l'article 359 du code civil. Une telle procédure requière donc un contrôle de régularité et de proportionnalité approfondi de la part des juges du fond.

4- Dans la lignée des fameuses jurisprudences Munzer et Cornelissen⁴, trois critères sont aujourd'hui exigés pour évaluer la régularité d'un jugement étranger afin de procéder à l'exequatur : la compétence indirecte de la juridiction étrangère fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, l'absence de fraude à la loi, et la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure. En l'espèce, la cour d'appel évalue ces trois critères successivement. En premier lieu, la compétence indirecte du juge américain est établie ici sans difficulté, puisque la demande concerne un enfant de nationalité américaine, né aux États-Unis, d'une mère domiciliée aux États-Unis. Le juge mentionne également dans le cadre du contrôle de la compétence indirecte du juge étranger le consentement de la mère porteuse à l'adoption, et l'anonymat de la mère génétique. Ensuite, sur l'absence de fraude à la loi, les juges d'appel considèrent que le fait que l'enfant ait été conçu par suite d'une gestation pour autrui « *est impropre à caractériser l'existence dans l'obtention du jugement d'une fraude [...] et ce d'autant que l'affaire a par ailleurs des liens caractérisés avec le pays qui a rendu la décision* ». En effet, la fraude à la loi est une manipulation de la règle de rattachement de droit international privé pour obtenir une décision

¹ M. Farge, « Quid de l'exequatur de la filiation établie à l'étranger des enfants issus de GPA ? », *AJ fam.* 2018, p. 582.

² J. Foyer, « Adoption – Adoption unique », in *Répertoire de droit international*, §309 ; M. Farge, « Chapitre 53 – Efficacité des jugements étrangers », in *Dalloz Action droit de la famille*, 2023 – 2024, §513.271.

³ A. Karila-Danziger, F. Guillaume-Joly, « Transcription à l'état civil français des actes de naissance étrangers dressés dans le cadre d'une GPA, "Fin de partie" », *AJ fam.*, 2021, p. 582.

⁴ Cass. 1ère civ., 7 janvier 1964, *Bull. civ.*, n° 15, *Rev. crit. DIP* 1964, p. 302, note H. Batiffol ; *JDI* 1964 p. 302, note B. Goldman - Cass. 1ère civ., 20 février 2007, n° 05-14.082 ; *Rev. crit. DIP* 2007 p. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt.

favorable¹. Or, en l'espèce, la gestation pour autrui est autorisée selon la loi locale des parents, américains et résidant habituellement aux États-Unis.

S'agissant de l'ordre public international, les juges d'appel relèvent que l'article 346 du Code civil, en vertu duquel l'adoption conjointe est réservée à des parents unis par les liens du mariage, « ne consacre pas un principe essentiel du droit français », puisque les pères n'étaient pas mariés lors de l'adoption. La décision est ensuite approfondie quant au contrôle de proportionnalité opéré entre l'intérêt supérieur de l'enfant et « l'interdit, d'ordre public, de la gestation pour autrui ».

Ce contrôle est effectué en deux temps. En premier lieu, si la prohibition d'ordre public de la gestation pour autrui pourrait justifier un rejet de l'exequatur, en l'espèce, sur le fondement des articles 3 et 8 de la Convention internationale des droits de l'enfant et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, cela représente une atteinte disproportionnée à l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, cet intérêt « exige que soient préservés sa relation et son rattachement à son père biologique, [...] ainsi qu'à son père d'intention », ce au regard des circonstances de l'espèce dont il résulte que l'enfant et son parent d'intention entretiennent des « liens affectifs pérennes et sérieux ». Dans un second temps, se fondant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les juges d'appel envisagent un « renvoi à une procédure d'adoption en France ». En effet, la Cour admet que si le droit au respect de la vie privée de l'enfant « requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention », cette possibilité n'est pas nécessairement la transcription de l'acte de naissance et que « d'autres voies telles que l'adoption [peuvent] convenir »². Or, la Cour de cassation a abandonné sa jurisprudence consistant à renvoyer les parents vers une nouvelle procédure d'adoption en France³. Certes, exequatur n'est pas transcription, mais en matière d'appréciation de la proportionnalité entre interdit d'ordre public international de la gestation pour autrui et intérêt supérieur de l'enfant de voir son lien de filiation reconnu en France, les enjeux sont similaires. Finalement, la cour d'appel écarte cette éventualité sur le fondement d'une appréciation souveraine : « le renvoi à une procédure d'adoption en France, qui aurait les mêmes résultats et qui exige l'introduction d'une nouvelle instance ou à tout autre mode d'établissement de filiation admis, aurait des conséquences manifestement excessives en ce qui concerne le droit au respect de la vie

¹ A. Boiché, « La procédure d'exequatur », *AJ fam.*, 2023, p. 369 ; L. Brunet, M. Mesnil, « Étude jurisprudentielle sur l'exequatur après GPA à l'étranger », *AJ Fam.*, 2023, p. 374.

² Voir en ce sens Cour. EDH, 10 avril 2019, n° P16-2018-001 ; H. Fulchiron, *D.* 2019 p. 1084.

³ Cass. 1ère civ., 13 janvier 2021, n° 19-17929 et 19-50046 : *Juris-data* n° 2021-000447, V. Egéa, « Gestation pour autrui - Transcription de l'acte de naissance dressé à l'étranger, une solution désormais bien établie », *Dr. famille* 2021, n° 4.53.

privée de l'enfant compte tenu du temps écoulé depuis la concrétisation du lien avec le parent d'intention ».

La solution est pertinente : si l'adoption de l'enfant issu d'une gestation pour autrui par le conjoint du parent biologique est possible en France¹, *a fortiori*, l'exequatur du jugement d'une telle adoption doit l'être également.

5- Dans une affaire similaire, la cour d'appel de Versailles avait plus sobrement affirmé en 2018 que les décisions objets de la demande d'exequatur ne violaient pas l'ordre public international français dès lors que « *depuis l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, le mode de conception de l'enfant, plus précisément la gestation pour autrui, est parfaitement indifférent* ». La Cour avait en conséquence estimé que « *ce mode de conception fût-il prohibé par le droit français, ne peut plus faire obstacle à l'établissement ou à la reconnaissance d'une filiation adoptive* »².

Telle n'est pas l'approche des juges aixois aux termes de l'arrêt commenté, qui semblent avoir anticipé dans leur abondante motivation la loi du 2 août 2021³, alors déjà adoptée dans sa version définitive par l'Assemblée nationale⁴. En effet, celle-ci modifie l'article 47 du code civil pour y ajouter que la réalité de l'acte d'état civil étranger est « *appréciée au regard de la loi française* », ce qui semble signifier un retour à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, imposant au parent d'intention d'adopter l'enfant né par gestation pour autrui⁵. En l'espèce, l'audience a été débattue le 1^{er} juin 2021. A ce moment-là, la version définitive du texte n'était pas encore adoptée, et le dernier projet de loi adopté par le Sénat prévoyait l'ajout au code civil d'un article 47-1 empêchant toute transcription « *d'actes d'état civil ou jugement étranger, à l'exception des jugements d'adoption* », des enfants nés par suite d'une gestation pour autrui lorsqu'ils mentionnent une mère qui n'a pas accouché ou deux pères⁶. Si, en l'espèce, le jugement constitue bien un jugement d'adoption, de sorte que l'exequatur aurait donc probablement pu être admis sans discussion en vertu de ce projet de loi, ce

¹ Cass. 1^{ère} civ., 4 novembre 2020, n° 19-15.739 et 19-50.042, publié au *bulletin*.

² CA Versailles, 6 avril 2018, RG n° 17/07183 ; voir aussi CA Metz, 7 mars 2023, RG n° 22/00774.

³ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

⁴ Assemblée nationale, Projet de loi relatif à la bioéthique (texte définitif), n° 640, session du 29 juin 2021, https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115t0640_texte-adopte-seance.

⁵ C. Bidaud, « La force probante des actes de l'état civil étrangers modifiée par la loi bioéthique : du sens à donner à l'exigence de conformité des faits à la réalité "appréciée au regard de la loi française" », *Rev. crit. DIP* 2022, p. 35 ; L. D'Avout, R. Legendre, « Mobilité européenne et filiation : l'état civil à la carte ? », *D.*, 2022, p. 331.

⁶ Sénat, Projet de loi relatif à la bioéthique, n° 53, modifié le 3 février 2021, article 4 *bis*, <https://www.senat.fr/leg/tas20-053.html>.

contexte législatif particulier, affichant une position clairement défavorable du législateur à l'encontre de l'admission en France de filiation faisant suite à des gestations pour autrui effectuées à l'étranger, ne pouvait qu'être pris en compte par les juges. Mais conformément aux positions jurisprudentielles internes et européennes favorables à la reconnaissance des situations personnelles et familiales constituées à l'étranger, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence fait finalement prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant.

INDEX

A

Abus de majorité, 79
Accident, 16, 17, 18, 102, 104
Action paulienne, 82
Adoption, 115, 116, 117
Appel-compétence, 83, 84
Arbitrage, 92
Assemblée générale, 79, 82
Audition, 100
Autorité parentale, 11, 88, 96, 97, 98, 99, 100

B

Bail, 7, 8, 28, 29, 30, 35
Bail commercial, 37, 38, 39
Bail d'habitation, 7, 27, 28, 37
Bioéthique, 119

C

Caducité, 27, 52, 55, 57
Causalité, 16, 81, 104
Cession de créance, 83
Commandement de payer, 25
Concentration des moyens, 80
Conflit de lois, 110
Construction, 20, 21, 24, 30, 32, 33, 35, 37, 40, 42
Contrat de travail, 37, 38, 39
Contrat de travail à durée déterminée, 39
Contrôle de constitutionnalité, 33, 80, 109
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, 118
Convocation, 29, 30, 47, 88
Copropriété, 79, 82
Cour européenne des droits de l'homme, 31, 94

D

Déclaration d'appel, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 52, 57, 86
Dépôt de garantie, 27, 28, 30
Désordres, 79
Divorce, 11, 97, 110, 111, 112, 113, 114
Dol, 62, 72
Droit bancaire, 41, 84
Droit de visite et d'hébergement, 11, 97, 98, 100
Droit et pratique de l'appel, 9
Droit international privé, 110, 111, 113, 114, 116, 117, 119

E

Enfant, 75, 96, 97, 98, 99, 100, 115, 116, 117, 118, 119
Etat
des lieux, 27, 28, 29, 30
Etrangers, 116, 117, 119
Exequatur, 115
Exonération, 104

F

Faute, 16, 18, 32, 100, 114
Faute inexcusable, 16, 17, 18
Fin de non-recevoir, 52, 80
Fonds de commerce, 35
Force majeure, 104
Forclusion, 64, 65, 66, 67, 68, 69

G

Garde à vue, 81

H

Habitation, 7, 27, 28, 29, 35, 36, 37
 Honoraires, 59, 61, 63
 Hospitalisation sans consentement, 43, 47, 81

I

Illicéité, 20, 24, 28, 32, 33, 36, 93, 94, 95
 Indemnisation, 16, 17, 18, 33, 35, 81, 100, 102
 Indivision, 32
 Information (obligation ou devoir de), 102, 105, 106
 Interprétation, 9, 48, 57, 65, 68, 69, 72, 75, 92, 113, 114

J

Jouissance, 8, 21
 Juge aux affaires familiales, 11, 98
 Juge de l'exécution, 11, 26, 63, 80
 Juge de la mise en état, 65

L

Loyauté, 91, 92, 93

M

Mandat, 29

N

Notification, 45, 50, 51, 52, 88
 Nullité, 105, 106, 107

O

Obligation de moyens, 102, 103, 104, 105
 Obligation de résultat, 100, 101, 104, 105
 Obligation de sécurité, 81, 100, 101, 102, 103, 105
 Opposabilité, 83, 106

P

Partie commune, 35, 79, 82
 Peine (exécution), 54, 64, 73, 74, 75, 76, 84, 85, 86, 87, 89, 92, 104
 Piscine, 64

Préjudice, 8, 24, 33, 34, 35, 48, 82, 102
 Préjudice moral, 8, 48
 Prescription, 25, 26, 30, 31, 32, 34, 36, 37, 38, 39, 48, 49, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 82, 83
 Prescription
 extinctive, 26, 64, 66
 Prêt, 42
 Preuve, 7, 91, 119
 Procédure civile, 9, 10, 53, 59, 61, 64
 Procédure pénale, 70, 72
 Procédures collectives, 40
 Propriété, 19, 48, 49

Q

QPC
 irrecevabilité, 80
 Qualification, 22, 24, 37, 38, 39, 41, 65, 68, 70, 71, 72, 73, 106

R

Réception, 29, 34
 Référés, 99
 Régimes matrimoniaux, 110, 111, 112
 Réseau, 55
 Résiliation, 28, 83
 Responsabilité civile, 7, 16, 24, 34, 79, 81, 84, 100, 102
 Responsabilité contractuelle, 81
 Rétractation, 105, 106, 107

S

Saisie immobilière, 25, 26
 Séparation de biens, 111
 Séparation de corps, 114
 Sport, 101, 102, 104
 Surélévation, 33
 Syndic, 79
 Syndicat
 de copropriétaires, 82

T

Tentative, 57, 68, 70, 71, 73
 Tiers, 44, 45, 102, 104
 Titre exécutoire, 59, 60, 80
 Transaction, 27

Travaux, 82

Vices cachés, 64, 65, 67, 69

Violences conjugales, 91

V

Vente, 64

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	3
ÉDITO.....	5
Muriel Giacopelli, Directrice du Bulletin d'Aix	5
Emmanuelle Bonifay, Directrice adjointe de l'IEJ	5
Laurent Saenko, Directeur adjoint de la publication	5
Ludivine Gregoire, Aurelie Musso et Iolande Vingiano-Viricel	5
Redactrices en chef.....	5
JURISPRUDENCE.....	7
Droit civil / Droit immobilier	7
Le drame de la rue d'Aubagne : aspects de droit immobilier.....	7
Méryl Recotillet.....	7
Défaut de demande d'infirmité / Annulation dans le dispositif des conclusions d'appel. Petit essai de comparaison avec la forme de la déclaration d'appel	9
Maxime Scheffer	9
Faute inexcusable exclusive d'indemnisation du piéton : illustration pratique.....	16
Iolande Vingiano-Viricel.....	16
Biens / Immobilier / Empiètement	19
L'empiètement par intermittence existe, et avec l'évidence requise en référé !... ..	19
Jean Capiez	19
L'application subsidiaire de l'article 2242 du Code civil en matière de saisie immobilière	25
Benjamin Derrar	25
Pas de partage des frais d'état des lieux par voie d'huissier en cas de non-respect des règles de forme légale !	27
Benjamin Derrar	27
Application de la théorie des moins-values dans le calcul de l'indemnité d'expropriation !	30
Benjamin Derrar	30
Quel est le point de départ et la nature du délai pour agir en requalification d'une convention de pâturage en bail rural ?	36
Benjamin Derrar	36
Droit commercial / Droit des procédures collectives.....	40
La nécessaire caractérisation de la qualité de dirigeant de fait	40
Bienheureux Abelam	40
Droit de la santé publique / Hospitalisation sans consentement	43

Le contrôle du respect des règles procédurales par les magistrats en matière d'hospitalisation psychiatrique sans consentement	43
Fanny Charlent.....	43
Maintien des soins psychiatriques sans consentement	47
Fanny Charlent.....	47
Un voleur repentant au Carlton.....	48
Jean Capiez	48
L'action en restitution des fruits perçus par le possesseur de l'immeuble d'autrui.....	49
Thibaut Dantzer	49
Notifications des conclusions et communication simultanée des pièces en cause d'appel : temps utile et ordonnance de clôture	50
Maxime Scheffer	50
Procédure civile.....	53
Zoom sur... la réforme de la procédure d'appel.....	53
Maxime Scheffer	53
Procédure civile / Honoraires de l'avocat.....	59
L'irrecevabilité du recours formé contre l'ordonnance de taxe ne dispense pas l'avocat de la faire rendre exécutoire	59
Jean Capiez	59
L'avocat dispose de l'éternité pour faire rendre exécutoire l'ordonnance de taxe du bâtonnier	61
Jean Capiez	61
Procédure civile / Délais	64
Tentative de distinction malheureuse de la différence de nature entre prescription extinctive et forclusion à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence	64
Emmanuel Sébastiani	64
Droit pénal et procédure pénale	70
La section volontaire du flexible de frein d'un véhicule est insuffisante pour caractériser une intention homicide	70
Julie Figuière-Crouzet	70
Droit pénal et procédure pénale / Droit de la sanction pénale / Dispense de peine... 73	
Une dispense de peine pour recel de téléphone portable en détention ne peut être accordée tant que des téléphones subsistent en milieu pénitentiaire	73
Julie Figuière-Crouzet	73
ANALYSES SIMPLIFIÉES	79
Zoom sur quelques arrêts de la CA d'Aix	79
Les membres aixois de l'Atelier Régional de Jurisprudence du Juris-data : J. Capiez, T. Dantzer, F. Charlent, M. Recotillet, M. Scheffer, A. Serrano, I. Viricel.....	79
Copropriété et abus de majorité	79
Concentration des moyens : le défendeur y est également tenu	80
Irrecevabilité de la QPC soulevée par l'appelant placé en liquidation judiciaire	80
Hospitalisation sans consentement : maintien de la mesure si le patient présente des troubles nécessitant des soins et une surveillance médicale constante	81

Dommege dans un spa : la victime doit prouver la faute et le lien de causalité imputables à la société exploitante	81
Préjudice à la suite de travaux sur les parties communes : contre qui agir ?	82
Chambre d'application des peines	85
CHRONIQUE DES ETUDIANTS DE M2	91
Droit civil / Droit de la famille / Ordonnance de protection / Loyauté de la preuve	91
Recevabilité d'une preuve déloyale : le droit à la preuve pour les victimes de violences conjugales	91
Clémentine Frégosi	91
Droit civil / Droit de la famille / Compétence / Autorité parentale	96
Insuffisance du danger pour justifier de la compétence du juge des enfants	96
Camille Jaubert	96
Droit civil / Droit des obligations / Contrats / Obligation de sécurité	100
Un, deux, trois, prêts ? Surveillez efficacement !	100
Pierre-Jean Marini	100
Droit économique / Droit de la consommation / Contrats / Nullité	105
Entre application objective et subjective du droit de la consommation au contrat hors établissement conclu entre professionnels, une confusion persistante	105
Anne-Cécile Knecht	105
Droit international privé / Conflit de lois / Divorce	110
Du mystérieux choix de la loi du for au sens du règlement Rome III	110
Patenema Sawadogo	110
Droit international privé / Droit international privé de la famille / Exequatur	115
Exequatur d'un jugement d'adoption d'un enfant né de gestation pour autrui à l'étranger	115
Clotilde Garde	115
INDEX	121
TABLE DES MATIÈRES	125

Impression

SERVICE IMPRIMERIE

Aix-Marseille Université

3, av. R. Schuman - 13628 Aix-en-Provence Cedex 1

DÉPÔT LÉGAL – 1^{ER} TRIMESTRE 2024